

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

BİRİNCİ DAİRE KARARLARI

DANIŞMA VE İDARİ UYUŞMAZLIKLARA İLİŞKİN KARARLAR

T.C.
DANIŞTAY
Birinci Daire

Esas No : 2008/1150

Karar No : 2008/977

Özeti : 5393 sayılı Belediye Kanunu'nun 11 inci maddesi uyarınca, belediye ve köylerin tüzel kişiliklerinin kaldırılarak bir belediyeye katılmaları hususunda, Danıştayca görüş bildirilmesi için, konuyla ilgili dosyada bulunması gereken bilgi ve belgeler hakkında.

Muş İli, Merkez İlçeye bağlı Ağaçlık, Karaköprü, Sütluce, Yeşilce, Çöğürlü, Tandoğan, Kepenek, Donatım, Soğucak ve Bağlar Köylerinin tüzel kişiliklerinin kaldırılarak Muş Belediyesi sınırları içine katılması hususunda düzenlenen rapor ve ekleri ile İçişleri Bakanlığının konuya ilişkin olarak 5393 sayılı Belediye Kanununun 11 inci maddesine göre görüş bildirilmesi istemine ilişkin 17.9.2008 günlü ve 24643-58686 sayılı yazısı incelendi.

Gereği Görüşülüp Düşünüldü :

5393 sayılı Belediye Kanununun 11 inci maddesinin birinci fıkrasında, meskûn sahası, bağlı olduğu il veya ilçe belediyesi ile nüfusu 50.000 ve üzerinde olan bir belediyenin sınırına, 5.000 metreden daha yakın duruma gelen belediye ve köylerin tüzel kişiliğinin, genel imar düzeni veya temel alt yapı hizmetlerinin gerekli kılması durumunda, Danıştayın görüşü alınarak, İçişleri Bakanlığının teklifi üzerine müşterek kararname ile kaldırılarak bu belediyeye katılacağı, tüzel kişiliği kaldırılan belediyenin mahallelerinin, katıldıkları belediyenin mahalleleri haline geleceği, tüzel kişiliği kaldırılan belediye ile köylerin taşınır ve taşınmaz mal, hak, alacak ve borçlarının katıldıkları belediyeye intikal edeceği hükmüne yer verilmiştir.

İçişleri Bakanlığının 7.4.2005 günlü, 2005/36 sayılı Genelgesinde, Belediye Kanununun 11 inci maddesine göre yapılacak işlemlerde valinin görüşüyle birlikte; 1-Genel imar düzeni veya temel alt yapı hizmetleri bakımından katılmayı gerektiren sebepler ile, mevcut durumda imar ve temel alt yapı hizmetlerinin bir bütün olarak yürütülmesinin önündeki engellerin, nazım imar planları ve daha üst ölçekli planlara göre kentin gelişme durumunu kapsayan ve konusunda uzman kişi veya kuruluşlarca hazırlanacak raporun, 2-Tüzel kişiliği kaldırılacak belediyenin sınırından, katılacağı belediyenin sınırına kadar olan uzaklığı, köyde ise köydeki en son evden katılınacak belediyenin sınırına olan uzaklığı belirten ve teknik elemanlarca tasdikli mesafe cetvelinin, 3-Birleşecek kısımların ayrı renk veya işaretlerle gösterildiği 1/25.000 ölçekli haritanın, 4-İlgili belediye veya köyü bünyesine alacak olan belediyenin meclis kararının ikişer nüsha olarak Bakanlığa gönderileceği belirtilerek, madde hükmünün uygulanmasında soyut olarak belirtilmiş "gerekli kılma" halinin, hangi verilerle somutlaştırılabileceğine ilişkin açıklamalar yapılmıştır.

İçişleri Bakanlığının sözü edilen Genelgesindeki açıklamalar da dikkate alınarak düzenlenen emsal bir katılma dosyasının incelenmesi sonucunda verilen Dairemizin

30.4.2008 günlü, E:2008/319, K:2008/462 sayılı kararında ise, katılma konusunda görüş bildirilebilmesi için, Belediyenin kendi sorumluluğundaki hizmetleri ne derecede, hangi ölçülerde yerine getirdiği, katılma halinde Belediyenin kendi sınırları içinde sunduğu hizmetlerde aksama olup olmayacağı, katılmanın gerekliliğini açıklayan objektif verilere dayanan, mali kaynakları belirtilmiş, yeterli ve detaylı bilgilere yer veren, katılacak belediyelere ve köylere götürülecek hizmetlerin projelerinin bulunup bulunmadığı ve gerçekleştirilebilme imkanları ile finansmanı konusunda açıklık getiren, katılma durumunda Belediyenin ne kadar ilave gelir-giderinin olacağı, halen Belediye tarafından hangi belediye ve köylere hangi ölçüde imar ve altyapı hizmeti verildiği hususlarında somut verilere dayalı tespitin bulunması gerektiği belirtilmek suretiyle, bu konuda görüş bildirilebilmesi için değerlendirilecek verilerin somutlaştırılabilmesi için detaylandırılmasına ihtiyaç duyulmuştur.

Dosyanın incelenmesinden, Muş Valiliğinin 30.7.2008 günlü, 641 sayılı yazısıyla İçişleri Bakanlığından, Muş İli, Merkez İlçeye bağlı Ağaçlık, Karaköprü, Sütlüce, Yeşilce, Çöğürlü, Tandoğan, Kepenek, Donatım, Soğucak ve Bağlar Köylerinin, Muş Belediyesine çok yakın oldukları belirtilerek, plansız ve tarım alanlarındaki yapılaşmanın önlenmesi, deprem riski nedeniyle doğabilecek zararların en aza indirilmesi, atık su, kanalizasyon, arıtma ve çöp hizmeti verilebilmesi için bu köylerin tüzel kişiliklerinin kaldırılarak Muş Belediyesine katılmaları hususunda gereğinin istenildiği, ayrıca bu yazıda, genel olarak belediyelerin ve köylerde oturan şahısların katılma konusunda gönüllü olmadıkları, özellikle mahalli seçimler arifesinde belediyelerin katılma konusunda istekli olmayacakları, 5393 sayılı Kanunun aradığı şekil şartlarına bağlamadan, Kanunun 11 inci maddesiyle getirilen düzenlemeden yararlanmak suretiyle bu köylerin Muş Belediyesine katılmalarının sağlanması gerektiği yolunda ifadelerle yer verildiği, yazının eki olarak, gerekçe raporu, mesafe cetveli, genel harita gibi belgelerin eklendiği, İçişleri Bakanlığına bu talebin incelendiği, Bakanlığın 27.8.2008 günlü, 22757-58534 sayılı yazısıyla Valiliğe, 7.4.2005 günlü, 2005/36 sayılı Genelge dikkate alınarak, köylerin meskun sahası ile Belediye sınırları arası karayolu uzaklığını gösterir A4 boyutunda ve kroki şeklinde ayrı ayrı düzenlenmesi gereken mesafe cetvelinin düzenlenmediği, 1/25000 ölçekli haritada köylerin ve Belediye sınırının farklı renk ve işaretlerle gösterilmediği, köylerle ilgili Belediye Meclis kararının bulunmadığı, ayrıca Danıştay Birinci Dairesinin 30.4.2008 günlü, E:2008/319, K:2008/462 sayılı emsal kararında yer verilen irdellemelere göre gerekçe raporu hazırlanmadığı hatırlatıldıktan sonra, bu eksiklikler giderilerek dosyanın yeniden düzenlenmesinin istenilmesine karşın, Valiliğin 5.9.2008 günlü, 734 sayılı yazısıyla, söz konusu eksikliklerin bir kısmı giderilerek dosyanın Bakanlığa gönderildiği, bu dosyada köylerin katılması konusunda alınmış Muş Belediye Meclis kararının bulunmadığı, mesafe cetvellerinde köylerin karayoluna uzaklıklarının gösterilmesiyle yetinildiği, 1/25000 ölçekli olduğuna dair hiçbir bilgiye yer verilmeyen haritada ise Belediye ve köylerin sınırlarının renkli kalemle işaretlenmediği, "Karaköprü" olarak yazılan yerin de köy mü, mezra mı olduğunun anlaşılamadığı, gerekçe raporunda da, halen 6 Köyün çöp toplama hizmetlerinin Belediyece yerine getirildiğinin, Belediyenin köylere kısa ve orta vadede götürmesi gereken ciddi bir altyapı hizmeti bulunmadığının, Belediye hizmetlerinde aksama olmasının zayıf bir olasılık olduğunun, kaldı ki katılma durumunda Belediyenin gelirinin artacağına, Valiliğin katılma konusundaki isteğinin deprem riski yüksek tarım alanlarındaki plansız yapılaşmanın önlenmesinden ibaret olduğunun, katılmanın Belediyeye mali külfet getirmeyeceğinin belirtildiği anlaşılmıştır.

Bu durumda, dosyada mevcut mesafe cetvelinin Genelge hükümlerinde belirtilen kriterlere uymadığı, Kepenek, Tandoğan, Çöğürlü, Yeşilce, Sütlüce ve Bağlar Köylerine ilişkin cetvellerde bu Köylerin sadece karayoluna uzaklıklarının belirtildiği, oysa köylerdeki en son evlerden Muş Belediyesi sınırına kadar olan, halihazırda köyler ile Muş İli arasında ulaşım için kullanılan karayolu uzaklığını gösterir mesafe cetvellerinin hazırlanması gerektiği, 1/25000 ölçekli olması gereken haritanın ölçeğinin belirtilmediği ve onaysız olduğu, ayrıca haritada köylerin sınırlarının ve Belediye sınırının farklı renk ve işaretlerle gösterilmediği, "Karaköprü"

olarak belirtilen yerin ise köy mü, mezra mı olduğunun anlaşılamadığı, katılma konusunda alınmış Belediye Meclis kararının bulunmadığı, Valilik yazılarından Muş Belediyesinin katılma konusunda istekli olmadığı ve Valilikçe resen köylerin Belediyeye katılmasına gerek görüldüğü anlaşılmakta ise de, bu Köylere hizmet götürecektir, katılmayla mali ve idari durumu etkilenecek olan kurumun Belediye olacağı dikkate alındığında, Belediye Meclisinin katılma konusundaki iradesinin önemli bir unsur olarak değerlendirilmesi gerektiği açıktır.

Öte yandan, katılmayı gerektiren sebeplerin de açıklandığı Valiliğin 30.7.2008 günlü, 641 sayılı yazısında, köylerin hiçbirine atık su, kanalizasyon, arıtma, ayrıştırma ve çöp hizmeti verilmediği, genel imar düzeni veya temel alt yapı hizmetlerinin katılmayı zorunlu kıldığı belirtilmiş iken, Valiliğin 5.9.2008 günlü, 734 sayılı yazısı eki gerekçe raporunda, Bağlar, Ağaçlık, Karaköprü, Yeşilce, Sütluçe ve Donatım köylerinin bir kısım çöp toplama hizmetinin Belediyeye yerine getirildiği belirtilmekle birlikte, bu hizmeti aldığı vurgulanan köylerin muhtar ve ihtiyar heyeti üyelerinin konu hakkında görüşlerine başvurulmadığı, ayrıca katılması istenilen köylere Belediyenin kısa ve orta vadede ciddi bir altyapı hizmeti götürmeyeceği hususlarına yer verildiği, anılan yazılardaki çelişkili ifadelerin yanında, atık su, kanalizasyon, arıtma, ayrıştırma ve çöp hizmeti alamadığı belirtilen bu köylerin katılması halinde Belediyenin kısa ve orta vadede ciddi bir altyapı hizmeti götürmeyeceği yolundaki ifadede ne kastedildiğinin, bu tespitin bir dayanağının bulunup bulunmadığının da anlaşılamadığı, ayrıca dosyada, Belediyenin kendi sorumluluğundaki hizmetleri ne derecede, hangi ölçülerde yerine getirdiği, katılma halinde Belediyenin kendi sınırları içinde sunduğu hizmetlerde aksama olup olmayacağı, katılmanın gerekliliğini açıklayan objektif verilere dayanan, mali kaynakları belirtilmiş, yeterli ve detaylı bilgilere yer veren, katılacak köylere götürülecek hizmetlerin projelerinin bulunup bulunmadığı ve gerçekleştirilme imkanları ile finansmanı konusunda açıklık getiren, katılma durumunda Belediyenin ne kadar ilave gelir-giderinin olacağı hususlarını aydınlatan ve somut verilere dayalı bir tespit bulunmadığı görülmektedir.

Yukarıda açıklanan nedenlerle istem hakkında bu aşamada görüş bildirilmesine yer olmadığından, dosyanın İçişleri Bakanlığına iade edilmek üzere Danıştay Başkanlığına sunulmasına 13.10.2008 gününde oybirliğiyle karar verildi.

T.C.
DANIŞTAY
Birinci Daire

Esas No : 2008/877
Karar No : 2008/979

Özeti : 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu'nun 30 uncu maddesi uyarınca, devir talebinde bulunulabilmesi için, taraflar arasında devir konusunda çıkmış bir uyuşmazlığın bulunması gerektiği hakkında.

İstanbul Vakıflar Bölge Müdürlüğü ile aralarında çıkan uyuşmazlığın 2942 sayılı Kamulaştırma Kanununun 30 uncu maddesi uyarınca çözümlenmesine ilişkin Zeytinburnu Belediye Başkanlığının 4.7.2008 günlü yazısında aynen;

"Zeytinburnu Yeşiltepe Mahallesi ... Pafta,... Ada, ... ve ... Parsel sayılı taşınmazlarda Bezm-i Alem Valide Sultan Vakfı adına kayıtlı dört parseldeki hisselerin 1.250.00 YTL m2 birim fiyatı üzerinden 2942 sayılı Yasanın 30. maddesi uyarınca Belediyemizce devir alınmak istendiği, belirlenen bedelin kabul edilmesi halinde parsellerde bulunan hisselerin devri için yasal işlemlerin sonuçlandırılması aksi takdirde yasa uyarınca

Belediye adına tescil işleminin yapılması için yasa yoluna gidileceği hususunda İstanbul Vakıflar Bölge Müdürlüğü'ne 29.8.2007 gün ve 4635 sayılı yazımız yazılmıştır.

İstanbul Vakıflar Bölge Müdürlüğü'nün 11.9.2007 gün ve 744 sayılı cevabi yazısında talebimiz hakkında işlem yapılamayacağı bildirilmiştir.

Zeytinburnu Yeşiltepe Mahallesi ... Pafta, ... Ada, ... Parsel sayılı 74.00 m2 arsa vasıfla taşınmazın 22/74 hissesi Bezm-i Alem Valide Sultan Vakfı adına 26/74 hissesi ... adına 26/74 hissesi ... adına kayıtlıdır.

Zeytinburnu Yeşiltepe Mahallesi ... Pafta, ... Ada, ... Parsel sayılı 106 m2 miktarlı arsa vasıflı taşınmazın 46/106 hissesi Bezm-i Alem Valide Sultan Vakfı adına 40/106 hissesi ... adına, 20/106 hissesi ... adına kayıtlıdır.

Zeytinburnu Yeşiltepe Mahallesi ... Pafta, ... Ada, ... Parsel sayılı 33 m2 arsa vasıflı taşınmazın 21/33 hissesi Bezm-i Alem Valide Sultan Vakfı adına, 12/33 hissesi ... adına kayıtlıdır.

Zeytinburnu Yeşiltepe Mahallesi ... Pafta, ... Ada, ... Parsel sayılı 62 m2 miktarlı arsa vasıflı taşınmazın 14/62 hissesi Bezm-i Alem Valide Sultan Vakfı adına, 16/62 hissesi ... adına, 32/62 hissesi de ... adına kayıtlı olup bu dört parselin tamamı mer-i imar planında Belediye Hizmet Alanında kalmaktadır.

Bu dört parselin tamamı mer-i imar planında Belediye Hizmet Alanında kalmaktadır.

Belediye Encümeni tarafından bu dört parselin İmar Planındaki amacı doğrultusunda Belediye hizmetlerinde kullanılabilmesi için 17.07.2007 gün ve 2007/391 sayılı Encümen kararı alınmıştır. Bu kararda "şahıs hisselerinin 2942 sayılı kanunla değişik 4650 sayılı kanunun 8-11. maddeleri gereğince kamulaştırılarak satın alınmasına; Bezm-i Alem Valide Sultan Vakfı adına kayıtlı hisselerin ise aynı kanunun 30. maddesi gereğince devir alınmasına" karar verilmiştir.

İstanbul Vakıflar Bölge Müdürlüğü'nün rızai devre yanaşmaması üzerine Danıştay 1. Dairede sorunun 2942 sayılı yasanın 30. maddesi gereğince çözümlenmesi istemli dava açılmıştır.

Devir isteğimiz Danıştay 1. Dairesi'nin 21.3.2008 gün ve 2007/1479 E, 2008/116 K sayılı kararı ile devir isteğimiz "Belediye Hizmet Alanı olarak belirlenen alanın hangi belediye ve hizmet ve projeleri için kullanılacağına somut olarak ortaya konulmadığı anlaşıldığından, mülkiyeti İstanbul Vakıflar Bölge Müdürlüğüne ait ... Ada, ... parsel sayılı taşınmazlardaki hisselerinin devrine ilişkin istemin reddine" denilerek isteğimiz red edilmiştir.

Danıştay 1. Dairesinin red kararı doğrultusunda düzenlenen Yeşiltepe Mahallesi Bilgi Evine ait mimari proje makete ait fotoğraflar ekte sunulmuş olup devir kararı onaylanırsa Zeytinburnu İlçesinin tüm Mahallelerine yapıldığı gibi Yeşiltepe Mahallesi kütüphane ve halkın kullanımına sunulacak diğer hizmetler için halkın ayağına gitmesi amacıyla BİLGİ EVİ yapılacaktır. Ayrıca yapılacak Bilgi Evinin bitişğinde İlköğretim Okulu mevcut olup öğrenciler Bilgi Evi'nin hizmetlerinden rahatlıkla yararlanacaklardır.

Devri istenen parseller 06.07.2007 gün ve 2007/88 tasdik tarihli 1/1000 ölçekli Uygulama İmar Planında Belediye Hizmet Alanında kalmakta olup başka amaçla kullanılması mümkün değildir.

NETİCE :Encümen kararı gereği kamulaştırılmasına karar verilen;
... Pafta ... Ada ... parsel sayılı arsadaki 22/74 hissesinin,
... Pafta ... Ada ... parsel sayılı arsadaki 46/106 hissesinin,
... Pafta ... Ada ... Parsel sayılı arsadaki 21/33 hissesinin,
... Pafta ... Ada ... Parsel sayılı arsadaki 14/62 hissesinin,

2942 sayılı yasanın 30. maddesi gereğince Zeytinburnu Belediye Başkanlığına devrine karar verilmesini mahkeme masraf ve ücreti vekaletin davalıya yükletilmesini bilvekele arz ve talep ederim." denilmektedir.

Gereği Görüşölüp Düşünölüdü :

2942 sayılı Kamulaştırma Kanununun 30 uncu maddesinde, kamu tüzeltkişilerinin ve kurumlarının sahip oldukları taşınmaz mal, kaynak ve irtifak haklarının diğer bir kamu tüzeltkişisi 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 devre muvafakat etmez veya altmış gün içinde cevap vermez ise anlaşmazlığın alıcı idarenin başvurusu üzerine Danıştay ilgili idari dairesince incelenerek kesin karara bağlanacağı hükmü yer almaktadır.

Dosyanın incelenmesinden, Zeytinburnu Belediye Başkanlığı tarafından Dairemize gönderilen 4.7.2008 günlü, 9613 sayılı yazı ile İstanbul Vakıflar Bölge Müdürlüğüne ait Zeytinburnu İlçesi, Yeşiltepe Mahallesi, ... Pafta, ... Ada, ... parsel sayılı taşınmazın 22/74 hissesinin, ... parsel sayılı taşınmazın 46/106 hissesinin, ... parsel sayılı taşınmazın 21/33 hissesinin, ... parsel sayılı taşınmazın 14/62 hissesinin, imar planında Belediye Hizmet Alanı olarak belirlendiği ve bu alana Bilgi Evi yapılacağı belirtilerek 2942 sayılı Yasanın 30 uncu maddesine göre devrine karar verilmesinin istenildiği, anılan yazıda mal sahibi İstanbul Vakıflar Bölge Müdürlüğüne 29.8.2007 günlü, 4635 sayılı yazı ile başvurulduğu, İstanbul Vakıflar Bölge Müdürlüğü'nün 11.9.2007 günlü, 744 sayılı yazısı ile devir istemine muvafakat verilmediği, bunun üzerine Zeytinburnu Belediye Başkanlığınca 1.10.2007 günlü yazı ile Dairemize başvurularak imar planında Belediye Hizmet Alanı olarak belirlenen İstanbul Vakıflar Bölge Müdürlüğüne ait anılan taşınmazın imar planında Belediye Hizmet Alanı olarak belirlendiği ve bu taşınmaza Belediyenin ihtiyacı olduğu belirtilerek 2942 sayılı Kamulaştırma Kanununun 30 uncu maddesi gereğince devrine karar verilmesinin istenildiği, Dairemizin 23.1.2008 günlü, E:2007/1479, K:2008/116 sayılı kararı ile Belediye Hizmet Alanı olarak belirlenen alanın hangi belediye hizmet ve projeleri için kullanılacağına somut olarak ortaya konulmadığı gerekçesi ile devir istemi reddedilerek bu uyuşmazlığın kesin olarak sonuçlandırıldığı, anılan kararımdan sonra Zeytinburnu Belediye Başkanlığı tarafından Dairemize gönderilen 4.7.2008 günlü, 9613 sayılı yazı ile İstanbul Vakıflar Bölge Müdürlüğüne ait, anılan taşınmazın imar planında Belediye Hizmet Alanı olarak belirlendiği ve bu taşınmazlara Bilgi Evi yapılacağı belirtilerek devrine karar verilmesinin istenildiği ancak Dairemiz'in 23.1.2008 günlü, E:2007/1479, K:2008/116 sayılı kararından sonra Zeytinburnu Belediye Başkanlığı tarafından 2942 sayılı Kamulaştırma Kanununun 30 uncu maddesinde gereğince mal sahibi idare olan İstanbul Vakıflar Bölge Müdürlüğüne başvurulmadığı anlaşılmıştır.

Zeytinburnu Belediye Başkanlığınca İstanbul Vakıflar Bölge Müdürlüğüne ait Zeytinburnu İlçesi, Yeşiltepe Mahallesi, ... Pafta, ... Ada, ... parsel sayılı taşınmazın 22/74 hissesinin, ... parsel sayılı taşınmazın 46/106 hissesinin, ... parsel sayılı taşınmazın 21/33 hissesinin, ... parsel sayılı taşınmazın 14/62 hissesinin bulunduğu alanın imar planında Belediye Hizmet Alanı olarak ayrıldığından bahisle imar planındaki amacı doğrultusunda kullanılmak üzere 29.8.2007 günlü, 4635 sayılı dilekçe ile belediyelerine devri istemiyle yapılan başvurunun İstanbul Vakıflar Bölge Müdürlüğü'nün 11.9.2007 günlü, 744 sayılı yazısı ile reddedilmesi üzerine ortaya çıkan uyuşmazlığın Dairemizin 23.1.2008 günlü, E:2007/1479, K:2008/116 sayılı kararı ile kesin olarak sonuçlandırılmıştır. Bu durumda belediyece aynı taşınmazlar üzerine bu kez Bilgi Evi yapılması amacıyla 2942 sayılı Kamulaştırma Kanununun 30 uncu maddesinde belirtilen usule göre mal sahibi İstanbul Vakıflar Bölge Müdürlüğü'ne başvurularak aynı taşınmazların devrinin istenilmesi, mal sahibi idarenin de devre muvafakat etmemesi halinde çıkan uyuşmazlığın çözümü için Dairemize başvurulması gerekirken, taraflar arasında devir konusunda henüz çıkmış bir uyuşmazlık bulunmadan, Zeytinburnu Belediye Başkanlığının söz konusu taşınmazların devrine karar verilmesine ilişkin istemi hakkında bu aşamada karar verilmesine yer olmadığına, dosyanın Danıştay Başkanlığına sunulmasına 13.10.2008 gününde oybirliğiyle karar verildi.

MEMURLAR VE DİĞER KAMU GÖREVLİLERİNİN YARGILANMALARINA İLİŞKİN KARARLAR

T.C. DANIŞTAY Birinci Daire

Esas No : 2008/502

Karar No : 2008/742

Özeti : Özel güvenlik elemanlarına, zabıta hizmetlerinin gördürülemeyeceği hakkında.

KARAR

Hakkında Soruşturma

İzni İstenen : ...- Hatay İli, İskenderun Belediyesi Başkanı

İtiraz Edilen Karar : Hakkında soruşturma izni istenen için soruşturma izni verilmemesine ilişkin İçişleri Bakanının 9.1.2008 günlü, 2008/1901 sayılı kararı

Karara İtiraz Eden : Şikayetçi ...

Soruşturulacak Eylem : Özel güvenlik adı altında çalıştırılan işçileri memurlar eliyle görülmesi gereken işlerde çalıştırmak

Eylem Tarihi : 2005 yılı ve sonrası

İçişleri Bakanlığının 22.4.2008 günlü, 5803 sayılı yazısı ile gönderilen dosya, İçişleri Bakanının 9.1.2008 günlü, 2008/1901 sayılı soruşturma izni verilmemesine ilişkin kararı ve bu karara 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:

Anayasamızın 128 nci maddesinde, Devletin, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekte yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevlerin memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görüleceği hükme bağlanmıştır.

Dosyanın incelenmesinden, özel güvenlik adı altında istihdam edilen işçilerin memurlar eliyle görülmesi gereken hizmetlerde çalıştırıldığı iddiasıyla ilgili olarak yapılan soruşturma sonucu düzenlenen 15.12.2007 günlü 62/58 sayılı ön inceleme raporunda belediye sınırları içerisinde, belediyeye ait su pompaları, yağmur suyu ve kanalizasyon yükseltme istasyonları gibi tesisler ile belediyenin ihtiyaç duyulan diğer tesislerinin fiziki korunmasını sağlamak ve 5393 sayılı Belediye Kanununun 14/a ve 15/m maddelerinde belirtilen görev ve hizmetleri yerine getirebilmek amacıyla, Belediye ve Bağlı Kuruluşlar İle Mahalli İdareler Birlikleri Norm Kadro İlke ve Standartları Yönetmeliğinin 18. maddesinde belirtilen, memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle yürütülmesi zorunlu olmayan hizmetlerin satın alma yoluyla karşılanması ilkesi doğrultusunda, belediye başkanlığınca özel güvenlik elemanı çalıştırılması için 22.9.2005 tarih ve 1629 sayılı yazı ile Hatay Valiliğinden özel güvenlik şirketlerinden hizmet satın alma izni talebinde bulunulduğu ve Hatay Valiliği İl Emniyet Müdürlüğünün 10.10.2005 tarih ve 19457 sayılı yazısı ile 5188 sayılı Özel Güvenlik Hizmetlerine Dair Kanun ve Özel Güvenlik Hizmetlerine Dair Kanun'un Uygulanmasına İlişkin yönetmelik hükümleri doğrultusunda 100 adet personel izninin alındığı, 25.11.2005 tarihinde yapılan ihalenin 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu hükümlerine uygun olarak gerçekleştirildiği, özel güvenlik elemanlarının hizmet alımı sözleşmesinde belirtilen şartlara uygun olarak kendi görev alanlarına giren belediye sınırları içerisinde belediyeye ait su pompaları, yağmur suyu ve kanalizasyon yükseltme istasyonları gibi tesisler ile çocuk bahçesi, park, bulvar ve spor kompleksleri gibi fiziki alanların korunması görevini yerine getirdikleri, zabıta memuru ya da

diğer memurların yürütmesi gereken görevlerde çalıştırılmadıkları gerekçesiyle soruşturma izni verilmemesi önerilmiş, yetkili merci tarafından da aynı yönde karar verilmiş ise de, şikayetçi tarafından Dairemize gönderilmek üzere İskenderun Kaymakamlığı'na verilen itiraz dilekçesi eki belgelere göre özel güvenlik elemanlarının trafik denetleme, kaldırım ve yol işgallerinin önlenmesi, seyyar satıcı ve dilencilerin engellenmesi gibi kamu gücünün kullanılmasını gerektiren ve memur eliyle görülmesi gereken zabıta kontrol ve denetim hizmetlerinde görevlendirildikleri, 26.9.2006 günlü, 1484 sayılı işlemle Zabıta Memuru olarak görevli 24 kişinin İtfaiye Eri kadrosuna atanmasının da anılan zabıta memurları tarafından yürütülmekte olan hizmetlerin özel güvenlikçiler tarafından yürütüldüğü şüphesini uyandırdığı, trafik zabıta hizmetlerinin yürütülmesi sırasında yaşanan bir adli olay nedeniyle Yenişehir Polis Merkezinde ifade veren vatandaşların zabıta memuru gibi görev yapan sivil giyimli özel güvenlik görevlilerinden şikayetçi olduklarının da görüldüğü, Belediye Başkanının ifadesinde de özel güvenlik elemanlarının zabıta hizmetlerine yardımcı olduklarının belirtildiği bu itibarla memur eliyle görülmesi gereken hizmetlerin özel güvenlik elemanlarınca yerine getirildiği konusunda yeterli şüphe olduğu nedeniyle ilgiliye isnat edilen eylemin, hakkında soruşturma yapılmasını gerektirecek nitelikte bulunduğu anlaşıldığından, itirazın kabulüyle, İçişleri Bakanının 9.1.2008 günlü, 2008/1901 sayılı soruşturma izni verilmemesine ilişkin kararının kaldırılmasına, dosyanın İskenderun Cumhuriyet Başsavcılığına, kararın birer örneğinin İçişleri Bakanlığı ile itiraz edene gönderilmesine 20.6.2008 gününde oyçokluğuyla karar verildi.

KARŞI OY

Özel güvenlik hizmetlerinin hizmet satın alınarak yürütülmesine olanak tanıyan mevzuat uyarınca gerekli izinler alınarak ve usulüne uygun olarak yapılan ihale sonucu istihdam edilen özel güvenlik elemanlarının belirtilen alanlarda görev yaptıkları, zabıta memuru olarak çalıştırıldıklarına dair tesbit bulunmadığı, zabıta hizmetlerini yürüten memurlara yardımcı olmalarında da yasal engel bulunmadığı bu itibarla ilgiliye isnat edilen eylemin hakkında soruşturma yapılmasını gerektirecek nitelikte olmadığı şikayetçi itirazının reddi gerektiği görüşüyle çoğunluk kararına karşıyım.

T.C. DANIŞTAY Birinci Daire

Esas No : 2008/746
Karar No : 2008/784

Özeti : 2547 sayılı Kanun'un 53 üncü maddesi hükümlerine uyulmadan, rektör tarafından verilen ve men-i muhakeme ya da lüzum-u muhakeme kararı niteliğinde olmayan, kararın kesinleşmesini sağlamaya yönelik, cumhuriyet savcısının istemi hakkında karar verme konusunda, yasalarla Danıştay Birinci Dairesine verilmiş bir görev bulunmadığı hakkında.

KARAR

Müşteki ...'nın tanı ve tedavisinde görev alan ... Üniversitesi Tıp Fakültesi hekimleri ve diğer ilgililer hakkında ... Üniversitesi Rektörünün iddialar hakkında işlem yapılmasına gerek görülmediğine ilişkin 7.1.2008 günlü, 23-325 sayılı kararının kesinleşmesini sağlamak amacıyla Adana Cumhuriyet Başsavcılığının 4.6.2008 günlü, Soruşturma No:2008/3820 (26)

sayılı yazısı ekinde gönderilen dosya ile yukarıda belirtilen Rektör kararı, Tetkik Hakimi Hüseyin Oğuz'un açıklamaları dinlendikten sonra incelendi;

Gereği Görüşülüp Düşünüldü :

Dosyanın incelenmesinden, müşteki ..., tedavi gördüğü Devlet Hastanesinden ... Üniversitesi Tıp Fakültesi ... Hastanesine sevk edildiğini, ancak kendisinin hastaneye yatırılması gerekirken eve gönderildiğini, muayenesinde gereken dikkat ve özenin gösterilmediğini belirterek kendisini muayene eden doktorlar hakkında Adana Cumhuriyet Başsavcılığına şikayet dilekçesi verdiği, Adana Cumhuriyet Başsavcılığının 11.10.2007 günlü, 2007/75 sayılı kararıyla evrakın takdir ve ifası için ... Üniversitesi Rektörlüğüne gönderildiği, bu iddialar hakkında Tıp Fakültesi Dekanlığınca yaptırılan incelemeye dayanılarak Rektör tarafından, müşteki ...'nın hastalığının tanı ve tedavisinde görev alan hekimler ve diğer ilgililer hakkında 2547 sayılı Yükseköğretim Kanununun 53 üncü maddesi uyarınca işlem yapılmasına gerek olmadığı yolunda 7.1.2008 günlü, 23-325 sayılı kararın verildiği, bu kararın şikayetçinin eşine ve Adana Cumhuriyet Başsavcılığına tebliğ edildiği, bu kararın men-i muhakeme ya da lüzum-u muhakeme şeklinde oluşturulmuş bir karar olmadığı belirtilerek kararın kesinleştirilmesi amacıyla anılan Başsavcılığın 4.6.2008 günlü, Soruşturma No:2008/3820 (26) sayılı yazısı ekinde dosyanın Dairemize gönderildiği anlaşılmaktadır.

2547 sayılı Kanunun 53 üncü maddesinin (c) fıkrasında, yükseköğretim kurumları yöneticilerinin, kadrolu ve sözleşmeli öğretim elemanlarının görevleri dolayısıyla ya da görevlerini yaptıkları sırada işledikleri ileri sürülen suçlar hakkındaki ilk soruşturmanın disiplin amirlerince doğrudan veya görevlendirecekleri soruşturmacı tarafından yapılacağı, ilgililerin statülerine göre oluşturulacak yetkili kurulca son soruşturmanın açılıp açılmamasına karar verileceği, yetkili kurulca verilen lüzum-u muhakeme kararına ilgililerce yapılacak itiraz üzerine, men-i muhakeme kararlarının ise kendiliğinden Danıştay ilgili Dairesince incelenerek karara bağlanacağı hükmü getirilmiş, bu kararlara Cumhuriyet Başsavcılarının itiraz edebileceklerine dair bir hükme yer verilmemiştir.

Bu itibarla, 2547 sayılı Kanunun 53 üncü maddesi hükümlerine uyulmadan ... Üniversitesi Rektörü tarafından verilen ve men-i muhakeme ya da lüzum-u muhakeme kararı niteliğinde olmayan bu kararın kesinleşmesini sağlamaya yönelik Adana Cumhuriyet Savcısının istemi hakkında karar verme konusunda Yasalarla Dairemize verilmiş bir görev bulunmadığından, dosyanın Adana Cumhuriyet Başsavcılığına iadesine 26.6.2008 gününde oybirliğiyle karar verildi.

**T.C.
DANIŞTAY
Birinci Daire**

Esas No : 2008/721
Karar No : 2008/800

Özeti : Soruşturma raporuyla, hakkında Devlet memurluğundan çıkarılma cezası önerisi getirilen ve bu öneri uyarınca savunması istenen kamu görevlisine ve vekiline yapılacak savunmaya esas olmak üzere, soruşturma raporu ve eklerinden istenen belgelerin bir örneğinin verilmemesinin, savunma hakkının hukuka aykırı olarak kısıtlanması sonucunu doğurduğu hakkında.

KARAR

Hakkında Soruşturma

İzni İstenenler :

- 1- ...- Maliye Bakanlığı Müsteşarı
- 2- ...- " Teftiş Kurulu Başkanı
- 3- ...- " Personel Genel Müdürü

İtiraz Edilen Karar : Hakkında soruşturma izni istenenlerin tümü için soruşturma izni verilmemesine ilişkin Maliye Bakanının 28.4.2008 günlü, 2170 sayılı kararı

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

Soruşturulacak Eylem : Maliye Müfettişi olarak görev yapan ... hakkında yapılan disiplin soruşturması üzerine düzenlenen soruşturma raporuyla Devlet memurluğundan çıkarılma cezasıyla cezalandırılması istemiyle sevk edildiği Yüksek Disiplin Kurulunca istenen savunmasına esas olmak üzere talep edilen disiplin soruşturması ve eklerinden bir örneğini, savunma hakkını kısıtlayacak şekilde adı geçen vekili Av. ...'ya vermemek suretiyle görevlerini kötüye kullanmak,

Eylem Tarihi : 2007 Yılı

Maliye Bakanlığının 4.6.2008 günlü, 015625 sayılı yazısı ile gönderilen dosya, Maliye Bakanının 28.4.2008 günlü, 2170 sayılı soruşturma izni verilmemesine ilişkin kararı ve bu karara yapılan itiraz, Tetkik Hakimi Serkan Kızılyel'in açıklamaları dinlendikten sonra, 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun uyarınca incelendi;

Gereği Görüşülüp Düşünüldü :

Anayasanın 139 uncu maddesinin 2 nci fıkrasında, memurlar ve diğer kamu görevlileri ile kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları ve bunların üst kuruluşları mensuplarına savunma hakkı tanınmadıkça disiplin cezası verilemeyeceği hükmüne yer verilerek suretiyle savunma hakkı güvenceye bağlanmıştır.

Öte yandan, 1136 sayılı Avukatlık Kanununun 2 nci maddesinin 3 üncü fıkrasında; yargı organları, emniyet makamları, diğer kamu kurum ve kuruluşları ile kamu iktisadi teşebbüsleri, özel ve kamuya ait bankalar, noterler, sigorta şirketleri ve vakıfların avukatlara görevlerinin yerine getirilmesinde yardımcı olmak zorunda oldukları, kanunlarındaki özel hükümler saklı kalmak kaydıyla, bu kurumların avukatın gerek duyduğu bilgi ve belgeleri incelemesine sunmakla yükümlü oldukları, bu belgelerden örnek alınması vekaletname ibrazına bağlı olduğu ve derdest davalarda müzekkerelerin duruşma günü beklenmeksizin mahkemeden alınabileceği hükme bağlanmak suretiyle de avukatlık görevinin yerine getirilmesi bakımından gereken bilgi ve belgelerin avukatlara verilmesinin bir zorunluluk olduğu kuralına yer verilmiştir.

Dosyanın incelenmesinden, amirleri hakkında yersiz iddialarda bulunmak ve iftira etmek iddiasıyla Hamza Kaçar hakkında yapılan disiplin soruşturması sonrasında düzenlenen 28.8.2007 günlü raporda, adı geçen hakkında 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 125 inci maddesinin (E-g) bendi uyarınca ve memurluk sıfatıyla bağdaşmayacak nitelik ve derecede yüz kızartıcı ve utanç verici hareketlerde bulunduğu bahisle Devlet memurluğundan çıkarılma cezası ile cezalandırılmasının önerildiği, bu öneri hakkında karar verilmek üzere dosyanın Yüksek Disiplin Kuruluna sevk edildiği, Kurulun 17.9.2007 günlü, 025374 sayılı yazısıyla adı geçenden savunmasını yedi gün içinde Kurula gönderilmesinin istendiği, bunun üzerine ... vekili Av. ...'nın 25.9.2007 günlü, 28699 sayılı dilekçesiyle savunma yapılabilmesi için yazılı belge ve diğer delillerin incelenmesi, inceleme sonrasında belgeye ihtiyaç duyulması halinde belge örneklerinin kendilerine verilmesinin Kuruldan talep edildiği, Kurulun 26.9.2007 günlü, 026018 sayılı yazısıyla belirlenen tarih ve saatte idarelerinde olmaları halinde soruşturma evrakının incelenebileceğini şikayetçi vekiline bildirildiği, belirlenen günde soruşturma raporu ve eklerinin inceleyen şikayetçi vekilinin 28.9.2007 günlü dilekçesiyle soruşturma raporu ve 3500-4000 sayfaya yakın rapor eki

belgenin taranmış örneklerinin yüklü olduğu CD'nin incelendiği, ancak belgelerin sayısal çokluğu ve konuların farklılığı nedeniyle anılan soruşturma raporu ve CD'nin örneği olmadan savunma yapılmasının mümkün olmadığından bahisle, 28.8.2007 günlü, 6 sayılı soruşturma raporu ve ekli belgeleri içeren CD ve raporun işleme konulmasına ilişkin 28.8.2007 günlü, 115 sayılı onayın bir örneğinin kendilerine verilmesinin Kuruldan istendiği, bu istem üzerine Personel Genel Müdürlüğünün Teftiş Kurulu Başkanlığı ile Başhukuk Müşavirliği ve Muhakemat Genel Müdürlüğünden görüş istendiği, her iki birim tarafından Personel Genel Müdürlüğüne verilen görüş yazılarında, inceleme dışında belge örneklerinin verilmesinin zorunlu olmadığı hukuki görüşüne yer verildiği, bunun üzerine Yüksek Disiplin Kurulunun 31.10.2007 günlü, 028448 sayılı yazısıyla belgelerin verilmesinin mümkün olmadığına şikayetçi vekiline bildirildiği görülmekte olup, soruşturma raporuyla hakkında Devlet memurluğundan çıkarılma cezası önerisi getirilen ve bu öneri uyarınca savunması istenen kamu görevlisine ve vekiline yapılacak savunmaya esas olmak üzere soruşturma raporu ve eklerinden istenen belgelerin bir örneğinin verilmemesinin savunma hakkının hukuka aykırı olarak kısıtlanması sonucunu doğurduğu, bu nedenle ilgililere isnat edilen eylemin, haklarında soruşturma yapılmasını gerektirecek nitelikte bulunduğu anlaşıldığından, itirazın kabulüyle, Maliye Bakanının 28.4.2008 günlü, 2170 sayılı soruşturma izni verilmemesine ilişkin kararının kaldırılmasına, dosyanın Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığına, kararın birer örneğinin Maliye Bakanlığı ile itiraz eden vekiline gönderilmesine 27.6.2008 gününde oybirliğiyle karar verildi.

T.C.
DANIŞTAY
Birinci Daire

Esas No : 2008/1037

Karar No : 2008/861

Özeti : Rektörlükçe görevlendirilen yetkili kurul, fezleke ve eki bilgi ve belgeleri inceleyerek, gerek gördüğü takdirde yeniden bilgi ve belge toplayıp ifadeler alarak yapacağı toplantıda; şüpheli hakkında, lüzum-u muhakeme ya da men-i muhakeme yönünde bir karar verilmesi, vereceği kararı tutanağa bağlaması, oyçokluğu ile verilmiş ise, muhalif kalan üyenin görüşünün de belirtilmesi gerektiği hakkında.

KARAR

Şüpheli : ...-Kahramanmaraş Sütçü İmam Üniversitesi Fen Edebiyat Fakültesi ... Bölümü Başkanı

Suç : Şikayetçi Yardımcı Doçent Dr. ...'e hakaret etmek

Suç Tarihi : 11.2.2008

İncelenen Karar : Kahramanmaraş Sütçü İmam Üniversitesi Rektörlüğünce oluşturulan Yetkili Kurulun 20.6.2008 günlü, sayısız yazısı

Karara İtiraz Eden : Şikayetçi ...

İnceleme Nedeni : Yasa gereği kendiliğinden

Kahramanmaraş Sütçü İmam Üniversitesi Rektörlüğünün 13.8.2008 günlü, 1769-4435 sayılı yazısı ekinde gönderilen soruşturma dosyası ile yukarıda belirtilen Kurul yazısı ve bu yazıya şikayetçi ... tarafından 29.7.2008 tarihli dilekçe ile yapılan itiraz, Tetkik Hakimi Sebahattin Ünal'ın açıklamaları dinlendikten sonra, 2547 sayılı Yükseköğretim Kanununun 53 üncü maddesi uyarınca incelendi;

Gereği Görüşölüp Düşünölldü:

2547 sayılı Yükseköğretim Kanununun 53/c-3. maddesinde, son soruşturma için açılıp açılmamasına karar verecek kurulların üye tam sayısı ile toplanacağı, kurullara soruşturmayı yapmış olan üyeler ile haklarında karar verilecek üyelerin katılamayacağı, noksanların yedek üyelerle tamamlanacağı, diğer hususlarda bu Kanunun 61 inci maddesi hükümlerinin uygulanacağını belirtildiği, aynı Kanunun 61 inci maddesinde de, bu Kanunda sözü geçen jüri ve kurullarda her üyenin oyunu kabul veya ret yoluyla vermekle görevli olduğu, çekimser oy kullanılamayacağı, kararların toplantıya katılanların salt çoğunluğu ile alınacağı hükmüne yer verilmiştir.

Dosyanın incelenmesinden, şikayetçi tarafından Kahramanmaraş Cumhuriyet Başsavcılığına 14.2.2008 günlü dilekçe verildiği, anılan Savcılıkca görevsizlik kararı verilerek dilekçenin Kahramanmaraş Sütçü İmam Üniversitesi Rektörlüğüne gönderildiği, Rektörlükçe görevlendirilen 3 soruşturmacı tarafından rapor düzenlendiği, bu rapor ve soruşturma dosyasının şüpheli hakkında karar verilmek üzere rektörlükçe yetkili kurula gönderildiği, 3 kişiden oluşan yetkili kurulun "soruşturma raporu" başlığını taşıyan 20.6.2008 tarihli yazısında, şüpheli hakkında kurul başkanı ...'ın lüzum-u muhakeme yönünde oy kullandığı, üye ...'nun men-i muhakeme yönünde oy kullandığı, diğer üye ...'in ise bu tarz bir soruşturmanın Fen Edebiyat Fakültesinde yapılmasının mahsurlu olacağı, soruşturmanın rektörlük tarafından yapılmasının uygun olacağı, kararın da rektörlük makamına bırakılması gerektiği yönünde görüş bildirdiği, Hukuk Müşavirliğinin 25.6.2008 günlü yazısında üyelerin karar verirken çekimser kalamayacaklarının bildirilmesinden sonra yetkili kurulun soruşturma raporu başlığını taşıyan 20.6.2008 günlü başka bir yazısında, şüphelinin lüzum-u muhakemesinin önerildiği, bu yazının kurul başkanınca imzalandığı, üyelerden birinin men-i muhakeme yönünde şerh koyduğu, diğer üyenin ise bu konudaki görüşümü 20.6.2008 günlü soruşturma raporunda belirtmişim şeklinde şerh koyarak 27.6.2008 tarihinde imzaladığı, yetkili kurul başkanı tarafından üye ...'den karar hakkındaki görüşünün men-i muhakeme mi yoksa lüzum-u muhakeme mi olduğunun 1.7.2008 günlü yazı ile sorulduğu, adı geçen üye, kararının men-i muhakeme olduğunu bildirmesi üzerine bu defa yetkili kurul başkanı tarafından şüpheli hakkında lüzum-u muhakeme kararı verilmesi gerektiği yönünde 11.7.2008 günlü karşı oy yazısı düzenlendiği, yetkili kurul başkan ve üyeleri arasındaki bu yazışma ve görüşlerden men-i muhakeme kararı verildiği sonucu çıkarılarak dosyanın yasa gereği incelenmek üzere Dairemize gönderildiği anlaşılmıştır.

Rektörlükçe görevlendirilen yetkili kurul fezleke ve eki bilgi ve belgeleri inceleyerek gerek gördüğü takdirde yeniden bilgi ve belge toplayıp ifadeler olarak yapacağı toplantıda şüpheli hakkında lüzum-u muhakeme ya da men-i muhakeme yönünde bir karar vermesi, vereceği kararı tutanağa bağlaması, oyçokluğu ile verilmiş ise muhalif kalan üyenin görüşünün de belirtilmesi gerekmektedir. İncelenen dosyada yetkili kurul üyelerinden birinin mevzuata aykırı olarak kararın rektörlüğe bırakılmasını önerdiği, başkan ve üyeler ile rektörlük arasında yazışmalar yapıldığı ancak, şüphelinin lüzum-u muhakemesi ya da men-i muhakemesi yönünde yetkili kurul tarafından tarihi ve sayısı belirtilerek bir karar oluşturulmadığı görülmektedir.

Açıklanan nedenlerle yetkili kurulun yazışmaları sonucunda rektörlükçe men-i muhakeme olarak değerlendirilen kararın bozulmasına, yukarıda yapılan açıklamalar dikkate alınarak Yetkili Kurulca yeniden bir karar verilmesi, şikayetçi ve şüpheliye bildirim yapıldıktan sonra kararın türüne göre Yasa gereği veya itiraz edilmesi halinde itiraz dilekçesi ve tebligat alındıklarının da dosyaya eklenerek incelenmek üzere, Dairemize gönderilmesi için dosyanın Kahramanmaraş Sütçü İmam Üniversitesi Rektörlüğüne iadesine, kararın bir örneğinin itiraz edene gönderilmesine 16.9.2008 gününde oybirliğiyle karar verildi.

**T.C.
DANIŞTAY**

Birinci Daire

Esas No : 2008/948

Karar No : 2008/876

Özeti : 2821 sayılı Kanun'un 62 nci maddesinde öngörülen işçi bildirimlerinde bulunulmamasının, yaptırımının adli para cezası olması nedeniyle, bu eylemde bulunan ilgiliye isnat edilen eylemin, hakkında soruşturma yapılmasını gerektirecek nitelikte bulunduğu hakkında.

KARAR

Hakkında Soruşturma

İzni İstenen : ...- Diyarbakır İli, Ergani Belediye Başkanı

İtiraz Edilen Karar : Hakkında soruşturma izni istenen ... için soruşturma izni verilmesine ilişkin İçişleri Bakanının 26.3.2008 günlü, 2008/9903 sayılı kararı

Karara İtiraz Eden : ...

Soruşturulacak Eylem : Belediyeden emekli olan sekiz işçinin işten ayrılış bildirgelerini 15 gün içerisinde Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığına bildirmeyerek 2821 sayılı Sendikalar Kanununun 62 nci maddesine aykırı davranmak

Eylem Tarihi : 2006 yılı ve sonrası

İçişleri Bakanlığının 22.7.2008 günlü, 10330 sayılı yazısı ile gönderilen dosya, İçişleri Bakanının 26.3.2008 günlü, 2008/9903 sayılı soruşturma izni verilmesine 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 Görüşölüp Düşünölldü :

Dosyanın incelenmesinden, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı iş müfettişlerince Belediyede yapılan teftiş sonucu düzenlenen 26.7.2007 günlü ve AC(88) MK (84) inceleme raporuyla, 2821 sayılı Yasanın 62 nci maddesine göre emekli olan sekiz işçinin ayrılış bildirimlerinin yapılmadığının tespit edildiği, bu tespitın doğru olmadığı yolunda dosyada herhangi bir iddia, bilgi ve belgenin bulunmadığı, bu durumda Ergani Belediyesinden emekli olan sekiz işçinin ayrılış bildirimlerinin Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı Diyarbakır Bölge Müdürlüğüne gönderilmediğinin sabit olduğu anlaşılmıştır.

2821 sayılı Sendikalar Kanununun 62 nci maddesinde, işveren, işe aldığı veya herhangi bir nedenle iş sözleşmesi sona eren işçileri, izleyen ayın 15'ine kadar aylık bildirimde Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığına bildirmek zorunda olduğu, 59 uncu maddenin 1 inci fıkrasında da, 62 nci maddede belirtilen bildirim yükümlölüğüne uymayan işverenler hakkında bildirilmeyen her işçi için sanayi kesiminde çalışan 16 yaşından büyük işçiler için belirlenen asgari ücretin aylık brüt tutarının beşte biri kadar ağır para cezasına hükmedileceği öngörölümüştür.

Diğer yandan, 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 45 inci maddesinin 1 inci fıkrasında, suç karşılığında uygulanan yaptırım olarak cezaların, hapis ve adli para cezası olduğu, Türk Ceza Kanununun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında 5252 sayılı Kanunun 5 inci maddesinin 1 inci fıkrasında, kanunlarda öngörölün ağır para cezasının adli para cezasına dönüştürölldüğü, 3 üncü fıkrasında, ağır para cezasından dönüştürölün adli para cezasının ödenmemesi halinde 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanunun 106 ncı maddesi hükümlerine göre hapis süresinin belirlenmesinde bir gün karşılığı olarak yüzmilyon Türk Lirasının esas alınacağı hükme bağlanmış olup, maddenin 3 üncü

fıkrasında ise, hükümlülerin tebliğ olunan ödeme emri üzerine belli süre içinde adli para cezasını ödememesi durumunda, Cumhuriyet Savcısının kararı ile ödenmeyen kısma karşılık gelen gün miktarınca hapsedileceği öngörülmüştür.

Bu durumda, 2821 sayılı Kanunun 62 nci maddesinde öngörülen işçi bildirimlerinde bulunulmamasının yaptırımının adli para cezası olduğu ve bu nedenle ilgiliye isnat edilen eylemin hakkında soruşturma yapılmasını gerektirecek nitelikte bulunduğu anlaşıldığından, soruşturma izni verilmesine ilişkin İçişleri Bakanının 26.3.2008 günlü, 2008/9903 sayılı kararına yapılan itirazın reddine dosyanın Ergani Cumhuriyet Başsavcılığına, kararın bir örneğinin İçişleri Bakanlığı ile itiraz edene gönderilmesine 16.9.2008 gününde oybirliğiyle karar verildi.

T.C.
DANIŞTAY
Birinci Daire

Esas No : 2008/617

Karar No : 2008/878

Özeti : Erken doğan bebeklerin retinopati riskine karşı periyodik olarak göz muayenelerinin yapılması, zamanında retinopati teşhisinin konulamaması nedeniyle tedavinin gerçekleştirilmemesinin, cezai sorumluluk doğurduğu hakkında.

KARAR

Şüpheliler :

1- ...- Cumhuriyet Üniversitesi Tıp Fakültesi Çocuk Sağlığı ve Hastalıkları Anabilim Dalı Başkanı

2- ...- Aynı yerde Öğretim Üyesi

3- ...- " " "

4- ...- " Araştırma Görevlisi

5- ...- " " "

6- ...- " " "

Suçları : Şikayetçiler ... ve ...'in erken doğumla dünyaya gelen ikiz bebeklerinin tedavi ve muayenelerinde gerekli dikkat ve özeni göstermeyerek bebeklerin kalıcı olarak kör olmalarına neden olmak

Suç Tarihi : 2005 Yılı ve devamı

İncelenen Karar : Cumhuriyet Üniversitesi Rektörlüğünce oluşturulan Kurulun 20.3.2008 günlü, sayısız men-i muhakeme kararı

Karara İtiraz Eden : Şikayetçiler ... ve ... vekili Av. ...

İnceleme Nedeni : Yasa gereği kendiliğinden

Cumhuriyet Üniversitesi Rektörlüğünden 12.5.2008 günlü ve 758-1748 sayılı yazısıyla gönderilen soruşturma dosyası ile yukarıda belirtilen Kurul kararı, şikayetçiler vekili tarafından verilen itiraz dilekçesi, Tetkik Hakimi Hamza Eyidemir'in açıklamaları dinlendikten sonra, 2547 sayılı Yükseköğretim Kanununun 53 üncü maddesi uyarınca incelendi;

Gereği Görüşölüp Düşünölldü :

Dosyanın incelenmesinden, şikayetçilerin 28.7.2005 tarihinde prematüre (28 haftalık) olarak dünyaya gelen ikiz bebeklerinin yoğun bakımda 15 gün izlendikten sonra genel durumları düzelince servise çıkarıldıkları, 24.8.2005 tarihindeki kontrollerinde göz konsültasyonu istenildiği, aynı gün yapılan göz muayenelerinde herhangi bir problem olmadığının tespit edildiği ve iki hafta sonrası için göz kontrolü önerildiği, ancak önerilen

tarihte göz muayeneleri yapılmadan 21.9.2005 tarihinde taburcu edildikleri Tıp Fakültesi Pediatri Anabilim Dalında yapılan 30.9.2005 tarihli kontrolde göz konsültasyonu istenilmeden bir ay sonrası için tekrar kontrole çağrıldıkları, sözkonusu kontrolü yapan Pediatri Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi Murat Sancaktar'ın 25.4.2006 günlü ifadesinde, "o tarihte polikliniğin yoğun olması nedeniyle göz muayenesi önerisini yazmamış olabileceğini, ancak muayene olmaları gerektiğini sözlü olarak ifade ettiğini" belirttiği, 1.11.2005 tarihinde yapılan göz muayenelerinde prematüre retinopatisinin tespit edildiği, retinopatinin ortaya çıkması üzerine şikayetçilerin, bebeklerinin muayeneleri için Gazi Üniversitesi Tıp Fakültesi Göz Hastalıkları Anabilim Dalına 14.11.2005 tarihinde müracaat ettikleri, burada düzenlenen 6.12.2005 günlü durum bildirir raporda; bebeklerde Evre V prematüre retinopatisi ve total retino dekolmanı saptandığının belirtildiği, erken doğan bebeklerin retinopati riskine karşı periyodik olarak göz muayenelerinin yapılması gerekirken yapılmadığı ve böylece zamanında retinopati teşhisinin konulamaması nedeniyle tedavilerinin de gerçekleştirilmediği, bu nedenle, şüphelilerin üstlerine atılı suçu işlediklerini doğrulayacak ve haklarında kamu davasının açılmasını gerektirecek yeterli kanıtın dosyada mevcut olduğu anlaşıldığından, Cumhuriyet Üniversitesi Rektörlüğünce oluşturulan Yetkili Kurulun 20.3.2008 günlü ve sayısız men-i muhakeme kararının bozulmasına, şüphelilerin lüzum-u muhakemelerine ve eylemlerine uyan Türk Ceza Kanununun 89 uncu maddesi gereğince yargılanmalarına, yargılamanın Sivas Asliye Ceza Mahkemesinde yapılmasına, dosyanın Sivas Cumhuriyet Başsavcılığına, kararın birer örneğinin Cumhuriyet Üniversitesi Rektörlüğü ile şikayetçiler vekiline gönderilmesine 16.9.2008 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

T.C.
DANIŞTAY
Birinci Daire

Esas No : 2008/653
Karar No : 2008/917

Özeti : Trafik akışına uygun olmayan yükseklikte bulunan logar kapağına çarpan araç sürücüsünün ölümünden, belediye başkanı ve fen işleri müdürünün sorumlu olduğu hakkında.

KARAR

Hakkında Soruşturma

İzni İstenenler :

- 1- ... - Şanlıurfa İli, Akçakale Belediyesi Başkanı
- 2- ... - " " " " Fen İşleri Müdürü

İtiraz Edilen Karar : Hakkında soruşturma izni istenenlerin tümü için soruşturma izni verilmemesine ilişkin İçişleri Bakanının 4.3.2008 günlü, Kont.Bşk.2008/7093 sayılı kararı

Karara İtiraz Eden : Akçakale Cumhuriyet Başsavcılığı

Soruşturulacak Eylem : Trafik akışına uygun olmayan yükseklikte bulunan logar kapağına çarpan araç sürücüsü ...'ın ölümüne neden olmak.

Eylem Tarihi : ...

İçişleri Bakanlığının 15.5.2008 günlü, 7055 sayılı yazısı ile gönderilen dosya, İçişleri Bakanının 4.3.2008 günlü, Kont.Bşk.2008/7093 sayılı soruşturma izni verilmemesine ilişkin kararı ve bu karara yapılan itiraz, Tetkik Hakimi Bihter Akdaş'ın açıklamaları dinlendikten sonra, 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun uyarınca incelendi;

Gereği Görüşölüp Düşünölldü :

Dosyanın incelenmesinden, Akçakale İlçesi İ.H. Olcay Ünver Bulvarında ... isimli şahsın aşırı süratle kullandığı aracıyla, yoldan 10 cm. yüksek olduğı belirlenen logar kapağına çarpıp fren yaptıktan sonra aracın kontrolünü kaybederek yol orta refüjünü aşip devrilmesi sonucunda hayatını kaybettiğı, olaydan Akçakale Cumhuriyet Başsavcılığının haberdar olması üzerine Başsavcılıkça yaptırılan bilirkişi incelemesi neticesinde hazırlanan raporun sonuç kısmında, sürücü ...'ın süratli araç kullanmasından dolayı sekizde üç oranında, olaya sebebiyet veren yol seviyesinden yüksekte olan logar kapağının yapımından ve bakımından sorumlu yetkili kuruluşun (Akçakale Belediye Başkanlığı) ise sekizde beş oranında kusurlu olduğı kanaatine varıldığının belirtildiğı dikkate alındığında ilgililere isnat edilen eylemin, haklarında soruşturma yapılmasını gerektirecek nitelikte bulunduğı anlaşıldığından, itirazın kabulüyle, İçişleri Bakanının 4.3.2008 günlü Kont.Bşk.2008/7093 sayılı soruşturma izni verilmemesine ilişkin kararının kaldırılmasına, dosyanın Akçakale Cumhuriyet Başsavcılığına, kararın birer örneğinin İçişleri Bakanlığı ile itiraz edenlere gönderilmesine 18.9.2008 gününde oybirliğiyle karar verildi.

T.C.
DANIŞTAY
Birinci Daire

Esas No : 2008/960
Karar No : 2008/951

Özeti : İlgilisine, yetkili merci kararının metni yerine, sadece kararın sonucunun tebliğ edilmesinin, usulüne uygun olmayan tebligat olduğı hakkında.

KARAR**Hakkında Soruşturma**

İzni İstenen : ...- Ulaştırma Bakanlığı Sivil Havacılık Genel Müdür Vekili

İtiraz Edilen Karar : Hakkında soruşturma izni istenen için soruşturma izni verilmemesine ilişkin Ulaştırma Bakanının 13.6.2008 günlü, 318 sayılı kararı

Karara İtiraz Eden : Şikayetçi ... vekili Av. ...

Soruşturulacak Eylem : Görevi kötüye kullanmak, rüşvet istemek, şikayetçinin sahibi olduğı Firmaya ait gizli bilgileri açıklamak

Eylem Tarihi : ... yılları

Ulaştırma Bakanlığının 24.7.2008 günlü, 428 sayılı yazısı ile gönderilen dosya, Ulaştırma Bakanının 13.6.2008 günlü, 318 sayılı soruşturma izni verilmemesine ilişkin kararı ve bu karara yapılan itiraz, Tetkik Hakimi Tanju Kızılkuş'un açıklamaları dinlendikten sonra 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun uyarınca incelendi;

Gereği Görüşölüp Düşünölldü :

Dosyanın incelenmesinden, şikayetçi tarafından, işletme ruhsatı karşılığında Genel Müdür Vekili tarafından kendilerinden ... Amerikan Doları rüşvet istenildiğı, Firmasının kurulduğı ... tarihinden itibaren sürekli yıpratıldığı, ruhsat verilmesi için gerekli sürelerin kasıtlı olarak uzatıldığı, diğer firmalardan farklı muamelelere maruz bırakıldığı, sonuçta işletme ruhsatının askıya alındığı, Genel Müdür Vekilinin düzenlediğı basın toplantısında şirkete ait gizli kalması gereken bilgilerin ifşa edildiğinin iddia edilmesi üzerine yapılan ön incelemede, Firmaya ayrıcalıklı davranılmadığı, yapılan uygulamaların yerinde olduğı ve sonuçta da işletme ruhsatının iptal edildiğı, tüm bu işlemler sırasında mevzuata uygun davranıldığı, rüşvet istenildiğı iddiasının subuta ermediğı, Genel Müdür Vekilinin basın

toplantısında, Firma hakkında uçuş emniyetini ve uçuş güvenliğini birinci dereceden etkileyen çok önemli bilgi ve belgelerin Genel Müdürlükte olduğu yolundaki açıklamasının, yapılan denetimlerde nelerin eksik olduğu hususunda ayrıntılı bir açıklama ve sırların ifşası anlamına gelmeyeceği sonucuna varılarak soruşturma izni verilmemesinin teklif edildiği, yetkili merciin 13.6.2008 günlü, 318 sayılı kararıyla ilgili hakkında soruşturma izni verilmediği, şikayetçi tarafından verilen itiraz dilekçesinde ise, kendisine tebliğ edilen yazının ekinde yetkili merci kararının bulunmadığı, ancak konunun Kadıköy Cumhuriyet Başsavcılığı'na verdikleri dilekçeye istinaden yapılan bir soruşturmaya ilgili olduğu tahmininden yola çıkılarak itiraz yoluna başvurulduğunun belirtildiği anlaşılmıştır.

4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanunun 9 uncu maddesinde, yetkili merciin, soruşturma izni verilmesine veya verilmemesine ilişkin kararını Cumhuriyet Başsavcılığına, haklarında inceleme yapılan memur veya diğer kamu görevlilerine ve varsa şikayetçisine bildireceği, soruşturma izni verilmesine ilişkin karara karşı haklarında inceleme yapılan memur veya diğer kamu görevlisi, soruşturma izni verilmemesine ilişkin karara karşı ise Cumhuriyet Başsavcılığı veya şikayetçinin itiraz yoluna gidebileceği hükmüne yer verilmiştir.

Bu hükümdeki ilgililere tebliğ edilmesi öngörülen karar ibaresinden anlaşılması gereken, kararın sonucu değil, karar metninin kendisidir. Dolayısıyla karara karşı itiraz hakkı bulunan ilgiliye karar metninin tebliğ edilmemesi halinde, bu tebligatın usulüne uygun bir tebligat olarak kabul edilmesi olanağı bulunmamaktadır.

Dosyada bulunan, Ulaştırma Bakanlığı Teftiş Kurulu Başkanlığı başlıklı 26.6.2006 günlü, B-II.0.TKB.0.06/664-01/383 sayılı şikayetçi ...'a hitaben yazılı, "Avukatınız ... kanalıyla Kadıköy Cumhuriyet Başsavcılığına verilen dilekçede yer alan, Sivil Havacılık Genel Müdürü ... ile ilgili iddiaların tetkiki sonucunda, adigeçenin üzerine atılı suçları işlediğine dair herhangi bir bilgi veya belge elde edilemediğinden hakkında Ankara Cumhuriyet Başsavcılığına soruşturma izni verilmemesi kararı alındığı, bu itibarla, 4483 sayılı Kanunun 9 uncu maddesi uyarınca mezkûr karara karşı şahsınıza ait itiraz hakkının takdir ve ifası amacıyla bilgi edinilmesini rica ederim" şeklindeki Teftiş Kurulu Başkanı imzalı belgenin adı geçen şikayetçiye tebliğ edildiği ve alındı belgesinde de bu yazıya ait 383 sayılı numaranın bulunduğu görülmektedir.

Bu durumda, yukarıda metnine yer verilen Kanun maddesi hükmü karşısında, ilgisine yetkili merci kararının metni yerine, sadece kararın sonucunun tebliğ edildiği, usulüne uygun olmayan bu tebligatla ilgilinin itiraz hakkının kısıtlandığı anlaşıldığından, yetkili merci kararının metninin şikayetçisine tebliğ edilmesi, karara itiraz edilmesi halinde günlü ve imzalı bildirim alındıları ile itiraz dilekçesinin de eklenerek incelenmek üzere Dairemize gönderilmesi için dosyanın Ulaştırma Bakanlığına iadesine kararın bir örneğinin şikayetçi vekili Av. ...'ya tebliğine 10.10.2008 gününde oybirliğiyle karar verildi.

T.C.
DANIŞTAY
Birinci Daire

Esas No : 2008/1069
Karar No : 2008/954

Özeti : Kurum içindeki bütün iş ve işlemlerin, mevzuata ve usulüne uygun olarak yürütülmesinden, öncelikle bu görevlerde bulunanların sorumlu oldukları hakkında.

KARAR

Hakkında Soruşturma İzni İstenenler :

- 1- ...- Ulaştırma Bakanlığı Sivil Havacılık Genel Müdür Vekili
- 2- ...- " " " " Yardımcısı
- 3- ...- " " " " Hava Ulaşım Dairesi Başkanı
- 4- ...- " " " " " Müdürü
- 5- ...- " " " " " Memuru

İtiraz Edilen Karar : Hakkında soruşturma izni istenenlerin tümü için soruşturma izni verilmemesine ilişkin Ulaştırma Bakanının 7.8.2008 günlü, 433 sayılı kararı

Karara İtiraz Edenler : Şikayetçiler ... ve ... Vekili Av. ...

Soruşturulacak Eylem : Adana'dan Irak'a Türk işçisi taşıyan ve 9.1.2007 tarihinde Irak'ta düşen Moldova tescilli uçağın mali mesuliyet sigortası bulunmadığı halde, Türk havaalanını kullanmasına, iniş ve kalkışına izin vermek suretiyle görevi kötüye kullanmak

Eylem Tarihi : 2007 Yılı

Ulaştırma Bakanlığının 5.9.2008 günlü, 518 sayılı yazısı ile gönderilen dosya, Ulaştırma Bakanının 7.8.2008 günlü, 433 sayılı soruşturma izni verilmemesine ilişkin kararı ve bu karara yapılan itiraz, Tetkik Hakimi Tanju Kızılkuş'un açıklamaları dinlendikten sonra, 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun uyarınca incelendi;

Gereği Görüşölüp Düşünölldü :

Dosyanın incelenmesinden, şikayetçiler vekili tarafından, Ankara Cumhuriyet Başsavcılığına verilen 13.6.2007 günlü dilekçede, murisleri ...'in Irak'ta faaliyet gösteren bir inşaat firmasında işçi olarak çalıştığı ve Adana'dan Irak'a uçmakta olan Moldova tescilli uçağın 9.1.2007 tarihinde düşmesi üzerine vefat ettiği, ancak uçağın mali mesuliyet sigortasının olmadığı halde Türk hava sahasını kullanmasına izin verilerek düşen uçak nedeniyle adı geçen ölümüne neden olunduğu belirtilerek sorumluluğu bulunanlar hakkında suç duyurusunda bulunulması üzerine sadece Sivil Havacılık Genel Müdür Vekili hakkında yapılan ön inceleme sonucunda Ulaştırma Bakanının 16.11.2007 günlü, 06/664 sayılı kararıyla adı geçen için soruşturma izni verilmemesi üzerine bu karara itiraz edildiği, Dairemizin 11.1.2008 günlü ve E: 2007/1420, K: 2008/55 sayılı kararıyla isnat edilen eylemle uygun illiyet bağı bulunanların tam ve doğru olarak ismen ve görev yerleri itibarıyla tespit edilmediği, ön incelemede, Firmanın uçuş izni için sunduğu belgeler arasında 150.000.000 teminatlı bir sigorta poliçesinin bulunduğunun belirtilmesine karşın poliçenin okunaklı olmaması nedeniyle ne kadar bir bedele ilişkin olduğu ve mahiyetinin saptanmasının olanaksız olduğundan, poliçenin tüm unsurlarıyla okunabilen bir örneğinin temin edilmeden ciddi anlamda incelenmediği gerekçesiyle belirtilen eksikliklerin giderildiği yeni bir ön inceleme raporu düzenlenerek yetkili merci tarafından yeniden bir karar verilmek üzere sözü edilen kararın kaldırıldığı, bu kararımızdan sonra yapılan ön incelemede, Sivil Havacılık Genel Müdür Vekilinin yanı sıra yukarıda adı geçen ilgililerin de ön inceleme kapsamına dahil edildiği ve sözü edilen poliçenin onaylı bir örneğinin Moldova yetkili makamlarından istenildiği, başlangıçta uçuş izni verilmesi sırasında 2.6.2004/2006 seri numaralı ilk sigorta poliçesinin 150.000.000 USD teminatlı olmasına rağmen, Sivil Havacılık Genel Müdürlüğünce Moldova Sivil Havacılık Otoritesinden temin edilen aynı uçağa ait ve aynı seri numaralı sigorta poliçesindeki teminat tutarının ise 1.000.000 USD olduğu, ayrıca her iki sigorta poliçesi üzerinde karşılaştırmalı olarak yapılan incelemede, Moldova Sivil Havacılık Otoritesinden sonradan temin edilen sigorta poliçesinde sigortanın geçerli olduğu coğrafi bölgelere yer verilmiş iken, uçuş izni talebi esnasında tevdi edilen sigorta poliçesinde böyle bir ibareye yer verilmediği, her iki sigorta poliçesi arasında basılı kağıt antenti başta olmak üzere yazı karakterinde açıklık-koyuluk, dolgulu-boş gibi bir takım farklılıklar bulunduğu ve poliçeler üzerindeki imza ve mühür yerlerinin birbirinden farklılık gösterdiğinin tespit edildiği,

dolayısıyla uçuş izni ile ilgili işlemlerin gerçeği yansıtmayan sahte bir sigorta poliçesine istinaden verilmiş olduğunun ortaya çıktığı tespitine yer verildikten sonra, sahte poliçeye istinaden verilen uçuş izni ile ilgili işlemlerin hiçbirisinde Sivil Havacılık Genel Müdür Vekili ... ve Genel Müdür Yardımcısı ...'ın imza ve paraflarının bulunmadığı gerekçesiyle adı geçenler hakkında soruşturma izni verilmemesi, uçuş izninde onayı ve parafları bulunan Hava Ulaştırma Daire Başkanı ... ve aynı yerde Müdür ... ve Memur ...'nın ise poliçenin aslının ibraz edilmemesi nedeniyle uçuş izni için verilen poliçe suretine göre işlem yaptıkları ve bu poliçenin sahte olduğunu bilecek durumda olmadıkları gerekçesiyle haklarında soruşturma izni verilmemesinin önerildiği, yetkili merciin 7.8.2008 günlü, 433 sayılı kararıyla ilgililerin tümü hakkında soruşturma izni verilmediği anlaşılmıştır.

Dosyada bulunan uçuş iznine esas sigorta poliçesinin numarasının ve belli belirsiz "150.000.000" ibaresinin dışında okunaklı hiçbir yazısının bulunmadığı, dolayısıyla mahiyeti ve diğer unsurlarıyla uçuş izninin verilmesi için yeterli bir belge olmadığı ilk bakışta anlaşılmaktadır.

5431 sayılı Sivil Havacılık Genel Müdürlüğü Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun'un 4 üncü maddesinde, Genel Müdürlüğün görev ve yetkileri arasında sivil havacılık faaliyetlerine yönelik mevzuata aykırı eylemlerin önlenmesi amacıyla gerekli tedbirleri almak olduğu, 5 inci maddesinde, Genel Müdürün, Genel Müdürlüğün faaliyetlerini ve işlemlerini denetleyeceği hükümlerine yer verilmiştir.

Bu hükümler karşısında, uçuş izni verilmesi işlemlerinde paraflarının ve onaylarının bulunmadığı gerekçesiyle Genel Müdür Vekili ve Genel Müdür Yardımcısı hakkında soruşturma izni verilmemesinin dayanağı bulunmamaktadır. Çünkü, kurum içindeki bütün iş ve işlemlerin mevzuata ve usulüne uygun olarak yürütülmesinden öncelikle bu görevlerde bulunanların sorumlu oldukları tartışmasızdır.

Bu durumda, ilgililerce, okunması olanağı bulunmadığı halde gerçekliği teyit ettirilmeyen sahte sigorta poliçesine istinaden uçuş izni verildiği anlaşıldığından, itirazın kabulüyle yetkili merciin 7.8.2008 günlü, 433 sayılı soruşturma izni verilmemesine ilişkin kararının kaldırılmasına, dosyanın Ankara Cumhuriyet Başsavcılığına, kararın birer örneğinin Ulaştırma Bakanlığı ile itiraz edenler vekiline gönderilmesine 10.10.2008 gününde oybirliğiyle karar verildi.

T.C.
DANIŞTAY
Birinci Daire

Esas No : 2008/905
Karar No : 2008/1077

Özeti : 4483 sayılı Kanun uygulamasında, zımni ret işleminin bulunmadığı hakkında.

KARAR

Ankara Bölge İdare Mahkemesince 12.6.2008 günlü E:2008/171, K.2008/182 sayılı görev ret kararı verilerek Dairemize gönderilen şikayetçi Ramazan Kamanlıoğlu'na ait itiraz dilekçesi ve ekleri, Tetkik Hakimi Ayşe Bilge Çapraz'ın açıklamaları dinlendikten sonra 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun uyarınca incelendi;

Gereği Görüşölüp Düşünüldü:

4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanunun 5 inci maddesinde, izin vermeye yetkili merciin, bu Kanun kapsamına giren bir suç işlediğini bizzat veya 4 üncü maddede belirtilen şekilde öğrendiğinde bir ön inceleme başlatacağı, 9

uncu maddesinde, yapılan ön inceleme sonucunda verilen kararın Cumhuriyet Başsavcılığına, hakkında inceleme yapılan memur veya diğer kamu görevlisine ve varsa şikayetçiye bildirileceği, soruşturma izni verilmesine ilişkin karara karşı hakkında inceleme yapılan memur veya diğer kamu görevlisi, soruşturma izni verilmemesine ilişkin karara ise, Cumhuriyet Başsavcılığı veya şikayetçi tarafından, kararın kendilerine tebliğ tarihinden itibaren 10 gün içinde itiraz edebilecekleri, aynı Kanunun 4 üncü maddesinde, bu kanuna göre memurlar ve diğer kamu görevlileri hakkında yapılacak ihbar ve şikayetlerin soyut ve genel nitelikte olmaması, ihbar ve şikayetlerde kişi ve olay belirtilmesi, iddiaların ciddi bulgu ve belgelere dayanması, ihbar veya 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 tarafında işleme konulmayacağı ve durumun ihbar ve şikayette bulunana bildirileceği hüküm altına alınmıştır.

Dosyada yer alan belgelere göre, Kırşehir İli, Kaman İlçesi, ... ada, ... parsel sayılı 11/16 hissesi şikayetçi ...'na ait taşınmaz üzerinde bulunan tarihi binayı mevzuata aykırı olarak yıktırmak, gerçeğe aykırı tutanak düzenlemek, sahte imza atmak suretiyle görevi kötüye kullanmak eylemlerinden Kaman Belediyesi Başkanı ... hakkında 13.3.2008 gün ve 17235 sayı ile İçişleri Bakanlığı kaydına alınan dilekçeyle şikayet başvurusunda bulunulduğu, şikayetçinin İçişleri Bakanlığınca şikayet başvurusuna herhangi bir cevap verilmemesini zımni ret işlemi olarak kabul edip iptali istemiyle Ankara Bölge İdare Mahkemesine yaptığı başvuru üzerine Ankara Bölge İdare Mahkemesince, inceleme konusu şikayet dilekçesinin işleme konulmaması kararı olarak kabul edilip, buna karşı yapılan itirazın Danıştay Birinci Dairesince incelenmesi gerektiği gerekçesiyle dosyanın Dairemize gönderilmesine karar verildiği anlaşılmıştır.

Bu durumda, 4483 sayılı Kanun kapsamında verilmiş ve dolayısıyla anılan Kanun uyarınca itiraz üzerine Dairemizce incelenebilecek nitelikte bir karar olmadığından şikayetçi isteminin incelenmeksizin reddine, dilekçe ve eklerinin itiraz edene gönderilmesine 24.10.2008 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGI KARARLARI

BAŞKANLAR KURULU KARARLARI

T.C.
DANIŞTAY
Başkanlar Kurulu
Esas No : 2008/27
Karar No : 2008/95

Özeti : Danıştay Beşinci ve İkinci Daireleri arasında iş dağılımını düzenleyen, 2004/13 sayılı Başkanlar Kurulu kararı gereğince; görevli dairenin tespitinde, işlemi tesis eden kurum ve uygulanan mevzuatın belirleyici olduğu hakkında.

... tarafından, Antalya Valiliğine karşı açılan dava sonucunda, Antalya 2. İdare Mahkemesince verilen 25/06/2003 günlü ve E:2002/1538, K:2003/1055 sayılı kararın temyizen incelenmesi aşamasında Danıştay İkinci ve Beşinci daireleri arasında çıkan görev uyuşmazlığına ilişkin dosya incelendi.

Gereği görüşülüp düşünüldü:

Beşinci Daire Başkanı ...'nın, "Uyuşmazlık, Antalya İli, Elmalı İlçe Milli Eğitim Müdürlüğünde memur olarak görev yapan davacının, Antalya Defterdarlığı bünyesinde bir göreve naklen atanma istemiyle Antalya Valiliğine yaptığı başvurunun reddedilmesinden kaynaklanmıştır.

Bu duruma göre davacının, Milli Eğitim Bakanlığı bünyesinde çalışan kişi konumunda bulunduğu, bu bağlamda anılan Bakanlığa bağlı ve ilgili kuruluşlarda görevli kamu personeline ilişkin mevzuattan kaynaklanan davaların görümü ve çözümü görevi, Danıştay Başkanlar Kurulunun 16/06/2004 günlü ve 2004/13 sayılı kararı uyarınca İkinci Daireye ait bulunduğundan dosyanın anılan Daireye gönderilmesi gerekmektedir." yolundaki ayrışık oyuna karşılık,

Dava, Antalya İli, Elmalı İlçe Milli Eğitim Müdürlüğünde memur olarak görev yapan davacı tarafından, Antalya Defterdarlığı bünyesinde bir göreve naklen atanma isteminin reddedilmesine ilişkin 14/11/2002 günlü işlemin iptali istemiyle açılmıştır.

2575 sayılı Danıştay Kanunu'nun 29'uncu ve 26/A maddeleri uyarınca kamu görevlilerine ait mevzuattan doğan uyuşmazlıklara ilişkin davaları çözümlemekle görevli olan Danıştay Beşinci ve İkinci daireleri arasındaki iş dağılımı, Danıştay Başkanlar Kurulunun 16/6/2004 günlü ve 2004/13 sayılı kararıyla belirlenmiş ve Danıştay Beşinci Dairesinde görülmekte olan işlerden; Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı, Çevre ve Orman Bakanlığı, Milli Eğitim Bakanlığı ve Tarım ve Köyşleri Bakanlığı ile bu bakanlıkların bağlı ve ilgili kuruluşlarında görevli kamu personeline ilişkin mevzuattan kaynaklanan dava ve temyiz başvurularının, İkinci Dairede çözülmesi öngörülmüştür.

Danıştay Beşinci ve İkinci daireleri arasında iş dağılımını belirleyen 2004/13 sayılı Başkanlar Kurulu Kararı uyarınca uyuşmazlığı çözümleyecek olan Dairenin tespitinde, kamu görevlisi hakkında işlemi tesis eden kurum ve uygulanan mevzuat belirleyici olmaktadır.

İnceleme konusu olayda, Antalya İli, Elmalı İlçe Milli Eğitim Müdürlüğünde memur olarak görev yapan davacının, Antalya Defterdarlığı bünyesinde bir göreve naklen atanma istemiyle yaptığı başvurunun, Antalya Defterdarlığınca Maliye Bakanlığı Personeli Atama ve Görevde Yükselme Yönetmeliğinin 42'nci maddesi uyarınca reddedildiği ve davanın bu işlemin iptali istemiyle açıldığı anlaşılmaktadır.

Buna göre davacı her ne kadar Milli Eğitim Bakanlığı personeli ise de; dava konusu işlemin Antalya Defterdarlığınca, Maliye Bakanlığı Personeli Atama ve Görevde Yükselme Yönetmeliği hükümleri uygulanmak suretiyle tesis edildiği açıktır.

Açıklanan nedenlerle, Maliye Bakanlığı taşra teşkilatına atanma isteminin reddine ilişkin işleme karşı açılan davanın görümü ve çözümü görevinin, 2575 sayılı Danıştay Kanunu'nun 29'uncu ve daireler arası iş dağılımını belirleyen 16/06/2004 günlü ve 2004/13 sayılı Başkanlar Kurulu Kararı uyarınca Beşinci Daireye ait bulunduğu, dosyanın anılan Daireye gönderilmesine 14/10/2008 gününde oyçokluğu ile karar verildi.

T.C.
DANIŞTAY
Başkanlar Kurulu
Esas No : 2008/22
Karar No : 2008/88

Özeti : Devlet memurluğuna alınmada, adaylığa kabul edilmeye ilişkin kuralların uygulanmasından kaynaklanan uyuşmazlığın, Danıştay Onikinci Dairesince çözülmesi gerektiği hakkında.

... tarafından, Dışişleri Bakanlığına karşı açılan davada, Danıştay Onikinci ve Beşinci daireleri arasında çıkan görev uyuşmazlığına ilişkin dosya incelendi.

Gereği görüşülüp düşünüldü:

Danıştay Başkanı ..., Başsavcı Vekili ..., Üçüncü Daire Başkanı ..., Onüçüncü Daire Başkanı ..., Yedinci Daire Başkanı ..., Onikinci Daire Başkanı ..., Altıncı Daire Başkanı ... ile İkinci Daire Başkanı ..., "Dosyanın incelenmesinden, Dış Ticaret Müsteşarlığında uzman yardımcısı olarak görev yapan davacı tarafından, Dışişleri Bakanlığı aday meslek memurluğu yazılı sınavında başarısız sayılmasına ilişkin işlem ile bu işlemin dayanağı olan Dışişleri Bakanlığı Meslek Memur Adayları Sınav Yönetmeliğinin iptali istemiyle açılan davada, davacının kamu görevlisi olarak çalışan kişi durumunda bulunduğu, davanın ilk kez memurluğa alınma ile ilgili bir uyuşmazlık olmadığı anlaşılmaktadır.

Buna göre, kamu görevlisi olan davacının sınavda başarısız sayılmasına ilişkin bulunan uyuşmazlığın görümü ve çözümü görevi, Danıştay Kanunu'nun 29'uncu maddesi uyarınca Beşinci Daireye ait bulunmaktadır." yolundaki ayrışık oylarına karşılık,

Dava, Dış Ticaret Müsteşarlığında uzman yardımcısı olarak görev yapan davacının, 27-29 Eylül 2006 tarihlerinde yapılan Dışişleri Bakanlığı aday meslek memurluğu yazılı sınavında başarısız sayılmasına ilişkin işlem ile bu işlemin dayanağı olan Dışişleri Bakanlığı Meslek Memur Adayları Sınav Yönetmeliğinin iptali istemiyle açılmıştır.

2575 sayılı Danıştay Kanunu'nun 29 ve 34/B maddelerinde, kamu görevlilerine ait mevzuattan doğan uyuşmazlıklara ilişkin davaları çözümlemek görevinin Danıştay Beşinci ve Onikinci Dairelerine ait bulunduğu kurala bağlanmış, iki daire arasındaki görev bölümünü belirleyen Danıştay Başkanlar Kurulunun 17/01/1995 günlü ve 1995/8 sayılı kararında da, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nda düzenlenmiş olan, Devlet memurluğuna alınma, memurluğun sona ermesi, ilerleme ve yükselme, çalışma saatleri ve izin konularına ilişkin davalar ve 657 sayılı Kanun'un yukarıda anılan konularında düzenleme yapan kamu görevlileri ile ilgili mevzuatın uygulanmasından doğan davaların Onikinci Dairede çözümleneceği, kamu görevlilerine ilişkin olup Onikinci Dairenin görevleri dışında kalan diğer davaların ise Beşinci Dairede görüşülüp çözümleneceği karara bağlanmıştır.

İnceleme konusu olayda uyuşmazlığın, Dışişleri Bakanlığı aday meslek memurluğu giriş sınavına ilişkin bulunduğu; Dışişleri Bakanlığı tarafından yapılan, yazılı ve sözlü sınav

aşamalarından oluşan aday meslek memurluğuna giriş sınavını kazanan kişilerin "aday" meslek memurluğuna atamalarının yapıldığı, davacının da, giriş sınavının ilk aşaması olan yazılı sınavda başarısız sayılması üzerine bu işlemin ve dayanağı düzenleyici işlemin iptali istemiyle dava açtığı anlaşılmaktadır.

Kamu görevlisi olarak görev yapan davacının, bu sınavın her iki aşamasında da başarılı olması halinde "aday" meslek memurluğuna atanacağı açık olup, ilgilinin kamu görevlisi statüsünde bulunmasının uyumsuzluğun niteliği bakımından etkileyici bir unsur olmadığı açıktır.

Kaldı ki, söz konusu meslek memurluğu giriş sınavında başarısız sayılma işlemi ve dayanağı olan düzenleyici işleme karşı kamu görevlisi olmayan bir başka şahsın açacağı davanın Onikinci Dairede çözümleneceği durumu dikkate alındığında, aynı Yönetmeliğin iptali talebiyle açılan davaların farklı dairelerde görüşülüp karara bağlanmasının yaratacağı sakınca da göz önünde bulundurulduğunda davanın bu yönüyle de Onikinci Dairede çözümlenmesi gerekmektedir.

Açıklanan nedenlerle Devlet memurluğuna alınmada adaylığa kabul edilmeye ilişkin kuralların uygulanmasından kaynaklanan uyumsuzluğun görümü ve çözümü görevinin Danıştay Başkanlar Kurulunun 17/01/1995 günlü ve 1995/8 sayılı kararı uyarınca Onikinci Daireye ait bulunduğuna, dosyanın anılan Daireye gönderilmesine 14/10/2008 gününde oyçokluğu ile karar verildi.

T.C.
DANIŞTAY
Başkanlar Kurulu
Esas No : 2008/23
Karar No : 2008/101

Özeti : Yargı kararı üzerine eski görevine iade edilen davacının, maaş farkları üzerinden yapılan vergilendirme işleminin iptali ve kesilen vergilerin iadesi istemiyle açılan davanın, vergi mahkemesince çözümlenmesi gerektiği hakkında.

GÖREVLİ VE YETKİLİ YARGI YERİNİN BELİRLENMESİ KARARI

... tarafından, T.C. Ziraat Bankası A.Ş. Genel Müdürlüğüne karşı açılan davada; İstanbul 9. Vergi Mahkemesince verilen 01/02/2006 günlü ve E:2006/287, K:2006/75 sayılı yetki yönünden ret, Ankara 3. Vergi Mahkemesince verilen 10/05/2006 günlü ve E:2006/611, K:2006/838 sayılı görev yönünden ret, Ankara 3. İdare Mahkemesince verilen 19/10/2006 günlü ve E:2006/2307, K:2006/2038 sayılı yetki yönünden ret kararı ile İstanbul 1. İdare Mahkemesince verilen 17/10/2007 günlü ve E:2007/1652, K:2007/2309 sayılı görev yönünden ret kararı sonucu ayrı yargı çevrelerinde bulunan idare ve vergi mahkemeleri arasında ortaya çıkan görev ve yetki uyumsuzluğuna ilişkin dosya, 2575 sayılı Danıştay Kanunu'nun 52'nci maddesinin 1/e bendi ile 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 43'üncü maddesinin 1/b bendi uyarınca incelendi.

Gereği görüşülüp düşünüldü:

Dosyanın incelenmesinden, T.C. Ziraat Bankası A.Ş'de görev yapmakta iken istihdam fazlası personel olarak belirlenerek, İstanbul Gençlik ve Spor İl Müdürlüğüne 04/11/2002 tarihinde atanan davacının, atama işlemine karşı açtığı dava sonucunda verilen yargı kararı üzerine 22/02/2005 tarihinde T.C. Ziraat Bankası A.Ş'deki görevine iade edildiği; davacı tarafından 31/05/2005 tarihinde davalı idareye yapılan başvuruda, İstanbul Gençlik ve Spor İl Müdürlüğüne atandığı 04/11/2002 tarihi ile bankadaki görevine iade edildiği

22/02/2005 tarihi arasındaki maaş farkı hesaplamalarında, her yıl için yürürlükte bulunan gelir vergisi tarifesine göre vergilendirme yapılması gerekirken, anılan tarihler arasındaki ücret farklarından oluşan toplam matraha, ödemenin yapıldığı andaki gelir vergisi diliminin esas alınmak suretiyle vergilendirme yapılması nedeniyle hatalı yapılan bu uygulamanın düzeltilmesinin istenildiği; davalı idare tarafından istemin reddedilmesi üzerine, yapılan hatalı vergilendirme işleminin iptali ve fazla kesilen vergilerin yasal faiziyle birlikte iade edilmesi istemiyle dava açıldığı anlaşılmaktadır.

2576 sayılı Bölge İdare Mahkemeleri, İdare Mahkemeleri ve Vergi Mahkemelerinin Kuruluşu ve Görevleri Hakkında Kanun'un 6'ncı maddesinde; vergi mahkemelerinin: 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 ve bu konularda, 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'un uygulanmasına ilişkin davaları çözümleyeceği öngörülmüştür.

İnceleme konusu olayda, yargı kararı üzerine T.C. Ziraat Bankasındaki görevine iade edilen davacının maaş farklarına ilişkin vergilendirmenin hatalı yapıldığı ileri sürülmekte ve bu hali ile uyumsuzluk, gelir vergisi yükümlülüğüne ilişkin bulunmaktadır.

Maaş farklarına ilişkin vergilendirmenin ne şekilde yapılacağı, vergi tevkifatı, ücret matrahının tespiti ve bu matraha uygulanacak gelir vergisi oranının belirlenmesi konusuna ilişkin değerlendirmelerin vergi mevzuatı çerçevesinde yapılması gerektiği açıktır.

Buna göre, dava konusu uyumsuzluğun temelini Gelir Vergisine ilişkin bulunması nedeniyle davanın çözümü görevi 2576 sayılı Kanunun 6'ncı maddesi uyarınca vergi mahkemesinin görevinde bulunmaktadır.

Danıştay Başkanvekili Semra Kayır ile Üçüncü Daire Başkanı Gürsoy Gönenç'in, "Dava konusu uyumsuzlukta yetkili mahkeme, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 37'nci maddesinin (d) bendi uyarınca, dava konusu işlemi yapan T.C. Ziraat Bankası A.Ş. Genel Müdürlüğünün bulunduğu yer olan Ankara Vergi Mahkemeleridir. Bu nedenle dosyanın görevsizlik kararını veren Ankara 3. Vergi Mahkemesine gönderilmesi gerekmektedir." yolundaki ayrışık oylarına karşılık,

Uyumsuzluğu çözümlemekle yetkili mahkeme, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 37'nci maddesi uyarınca dava konusu gelir vergisi tevkifatının yapılarak ödemenin gerçekleştirildiği yer olan İstanbul vergi mahkemeleridir.

Açıklanan nedenlerle, uyumsuzluğun görevli ve yetkili İstanbul 9. Vergi Mahkemesinde çözümlenmesi gerektiğine, dosyanın bu Mahkemeye gönderilmesine, kararın ilgili mahkemelere ve taraflara yazılı bildiriminin yapılmasına 14/10/2008 gününde, görevli mahkeme yönünden oybirliği, yetkili mahkeme yönünden oyçokluğu ile karar verildi.

T.C.
DANIŞTAY
Başkanlar Kurulu
Esas No : 2008/51
Karar No : 2008/105

Özeti : 5393 sayılı Belediye Kanunu ve 2007 yılı Bütçe Kanunu'nda düzenlenen fazla çalışma ücretine ilişkin uyumsuzluğun, Danıştay Onbirinci Dairesinde çözümlenmesi gerektiği hakkında.

... tarafından, İstanbul Büyükşehir Belediye Başkanlığına karşı açılan dava sonucunda, İstanbul 1. İdare Mahkemesince verilen 31/03/2008 günlü ve E:2007/1129,

K:2008/524 sayılı kararın temyizden incelenmesi aşamasında, Danıştay Onbirinci ve Sekizinci daireleri arasında çıkan görev uyuşmazlığına ilişkin dosya incelendi.

Gereği görüşülüp düşünüldü:

Onbirinci Daire Başkanı ...'nın, "2575 sayılı Danıştay Kanunu'nun 32'nci maddesinin (a) bendinde, Sekizinci Dairenin, belediyeleri ilgilendiren mevzuatın uygulanmasına ilişkin davaları çözümleneceği kurala bağlanmıştır.

Olayda, uyuşmazlığın, 5393 sayılı Belediye Kanunu'nun 52'nci maddesi uyarınca belediye itfaiye teşkilatında fiilen çalışanlara ödenen maktu fazla çalışma ücretine ilişkin bulunması nedeniyle davanın görümü ve çözümü görevi Sekizinci Daire'ye ait bulunmaktadır." yolundaki ayırtıcı oyuna karşılık,

Dava, İstanbul Büyükşehir Belediye Başkanlığı İtfaiye Daire Başkanlığına bağlı Acil Yardım ve Can Kurtarma Müdürlüğünde hemşire olarak görev yapan davacı tarafından, itfaiye personeline ödenmekte olan fazla mesai ücretinin kendisine de ödenmesi istemiyle yaptığı başvurunun reddine ilişkin 10/05/2007 günlü ve 495 sayılı işlemin iptali ve ödenmeyen maktu mesai ücretinin yasal faiziyle birlikte ödenmesine karar verilmesi istemiyle açılmıştır.

14/03/2008 günlü ve 2008/6 sayılı Danıştay Başkanlar Kurulu kararı ile Danıştay Onbirinci Dairesinden Danıştay İkinci Dairesine devredilen 657 sayılı Devlet Memurları Kanununda düzenlenen parasal haklar ile 969 ve 213 sayılı Kanunlar uyarınca ilgili personele yapılan ek ödemeler hariç kamu görevlilerinin parasal haklarına ilişkin uyuşmazlık dosyalarını çözümlene görevi 06/11/2000 günlü ve 2000/28 sayılı Başkanlar Kurulu kararı uyarınca Danıştay Onbirinci Dairesine ait bulunmaktadır.

5393 sayılı Belediye Kanunu'nun 52'nci maddesinin ikinci fıkrasında, belediye itfaiye teşkilatında fiilen çalışanlara fazla mesai ücreti olarak yılı bütçe kanununda belirlenen üst sınırı aşmamak kaydıyla belediye meclisi kararı ile tespit edilen maktu tutarın ödeneceği belirtilmiştir; 2007 yılı Bütçe Kanunu'nun K cetvelinin III/B-2 maddesinde de, belediyeler ile bunlara bağlı müstakil bütçeli kamu tüzel kişiliğini haiz kuruluşlarda (iktisadi işletmeler hariç), görevlerinin niteliği gereği 657 sayılı Kanunda belirtilen çalışma süre ve saatlerine bağlı olmaksızın zabıta ve itfaiye hizmetlerinde fiilen çalışan personel (destek hizmeti yürüten personel hariç) ile kadrolu olarak fiilen çalışan koruma ve güvenlik personeline belediye meclis kararı ile tespit edilen miktarın, fazla çalışma ücreti olarak maktuen ödeneceği kurala bağlanmıştır.

İnceleme konusu olayda uyuşmazlık; davacının, İstanbul Büyükşehir Belediye Başkanlığı İtfaiye Daire Başkanlığı bünyesinde ve itfaiye hizmetlerinde çalıştığı gerekçesi ile itfaiye hizmetlerini yürütenlere maktuen ödenen fazla çalışma ücretinin tarafına da verilmesi isteminden kaynaklanmakta, başka bir anlatımla, kamu görevlisi olan davacının, Belediye Kanunu ve Bütçe Kanununda düzenlenen parasal hak talebine ilişkin bulunmaktadır.

Buna göre, kamu görevlilerinin parasal haklarına ilişkin bulunan uyuşmazlığın görümü ve çözümü görevi, Danıştay Başkanlar Kurulunun 06/11/2000 günlü ve 2000/28 sayılı kararı uyarınca Onbirinci Daireye ait bulunduğu, dosyanın anılan daireye gönderilmesine 24/12/2008 gününde oyçokluğu ile karar verildi.

T.C.
DANIŞTAY
Başkanlar Kurulu
Esas No : 2008/39
Karar No : 2008/107

Özeti : İstanbul Altın Borsasında görev yapan personelin gizli sicil raporlarının, kamu personelinin sicillerine ilişkin işler kapsamında değerlendirilmesi ve buna ilişkin uyuşmazlıkların ise; Danıştay İkinci Dairesince çözülmesi gerektiği hakkında.

... tarafından, İstanbul Altın Borsasına karşı açılan dava sonucunda, İstanbul 4. İdare Mahkemesince verilen 20/10/2005 günlü ve E:2003/1997, K:2005/1852 sayılı kararın temyizden incelenmesi aşamasında, Danıştay İkinci ve Sekizinci daireleri arasında çıkan görev uyuşmazlığına ilişkin dosya incelendi.

Gereği görüşülüp düşünüldü:

Dava, İstanbul Altın Borsası Başkanlığında, başkan yardımcısı olarak görev yapan davacı tarafından, 2001 yılı personel gizli sicil raporunun olumsuz düzenlenmesine ilişkin işlemin iptali istemiyle açılmıştır.

2575 sayılı Danıştay Kanunu'nun 26/A maddesi uyarınca kamu görevlilerine ait mevzuattan doğan uyuşmazlıkları çözümlemekle görevlendirilen Danıştay İkinci Dairesine; Danıştay Başkanlar Kurulunun 16/06/2004 günlü ve 2004/13 sayılı kararı ile kamu personelinin sicillerine ilişkin dava ve temyiz başvurularını çözümleme görevi verilmiştir.

2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nun 40'ıncı maddesinin birinci fıkrasında, sermaye piyasası araçlarının işlem göreceği borsaların, özel kanunlarında yazılı esaslar çerçevesinde teşkilatlanarak, menkul kıymetlerin ve diğer sermaye piyasası araçlarının güven ve istikrar içinde, serbest rekabet şartları altında kolayca alınıp satılabilmesini sağlamak ve oluşan fiyatları tespit ve ilan etmekle yetkili olarak kurulan kamu tüzel kişiliğini haiz kurumlar olduğu belirtilmiştir; bu Kanunun 40/A maddesi hükmüne dayanılarak çıkarılan, Kıymetli Madenler Borsalarının Kuruluş ve Çalışma Esasları Hakkında Genel Yönetmeliğin 4'üncü maddesinde de, kıymetli madenler borsalarının, bu Yönetmelikte yazılı esaslar dairesinde, borsa içinde oluşturulacak pazarlarda, Hazine ve Dış Ticaret Müsteşarlığı tarafından tanımlanan ve standartları belirlenen, kıymetli madenlerin açık, düzenli ve serbest rekabet şartları içerisinde alınıp satılmasını sağlayan, fiyatlarının tespit ve ilanı işleriyle yetkili ve yönetmelikle verilen diğer işleri yapan tüzel kişiliği haiz kamu kurumları olduğu kuralına yer verilmiştir.

Yukarıda aktarılan 2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu ve ilgili mevzuat hükümleri uyarınca; tüzel kişiliğe haiz bir kamu kurumu olduğu açık olan İstanbul Altın Borsasında görev yapan personel hakkında düzenlenen gizli sicil raporlarının, kamu personelinin sicillerine ilişkin işler kapsamında değerlendirilmesi ve bu sicillerin iptali istemiyle açılan dava ve temyiz başvurularının ise; Danıştay daireleri arasındaki iş ve görev dağılımı uyarınca İkinci Dairece görülmesi gerekmektedir.

Açıklanan nedenlerle davanın görümü ve çözümü görevinin Danıştay Başkanlar Kurulunun 16/06/2004 günlü ve 2004/13 sayılı kararı uyarınca İkinci Daireye ait bulunduğu, dosyanın anılan Daireye gönderilmesine 24/12/2008 gününde oybirliği ile karar verildi.

İDARİ DAVA DAİRELERİ KURULU KARARLARI

BANKALAR VE ŞİRKETLER

T.C.
DANIŞTAY
İdari Dava Daireleri
Kurulu
Esas No: 2007/1724
Karar No: 2008/1706

Özeti : Temettü hariç ortaklık hakları ile yönetimi ve denetimi Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu'na devredilen bankanın, bu devir kararının yargı yerince iptal edilmesi üzerine, devir kararının alındığı tarihteki hukuki ve mali yapısının tekrar tesis edilmesi ve davacılara aynen iadesi mümkün olmamakla birlikte, iptal kararının bir gereği olarak ve başkaca bir hukuki engel yoksa; davacıya, tekrar bankacılık faaliyetinde bulunulabilecek koşulların sağlanması gerektiği hakkında.

Karar Düzeltme İsteminde Bulunan (Davacılar): 1-... A.Ş.

2-...

3-...

Davacıların Vekili : Av. ...

Karşı Taraf (Davalı) : Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu

Vekilleri : Av. ..., Av. ...

İstemin Özeti : Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulunca verilen ve Danıştay Onüçüncü Dairesinin 29.11.2005 günlü, E:2005/5546, K:2005/5699 sayılı kararının onanmasına ilişkin bulunan 21.3.2007 günlü, E:2006/339, K:2007/384 sayılı karara karşı, davacılar kararın düzeltilmesi isteminde bulunmaktadır.

Savunmanın Özeti : Kararın düzeltilmesi isteminin reddi gerektiği savunulmaktadır.

Danıştay Tetkik Hakimi Muhsin Yıldız'ın Düşüncesi : İstemin reddi gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı Gülen Aydınoglu'nun 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 İdari Dava Daireleri Kurulunca, dosyanın tekemmül ettiği anlaşıldığından davacıların yürütmenin durdurulması istemleri görüşülmeyerek dosya incelendi ve 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 54. maddesi uyarınca davacıların karar düzeltme istemleri kabul edilerek Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu'nun 21.3.2004 günlü, E:2006/339, K:2007/384 sayılı kararı kaldırılarak, gereği görüldü:

Dava; ... A.Ş.'nin Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu'na devredilmesine ilişkin 9.7.2001 günlü, 382 sayılı Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurulu kararını iptal eden Danıştay Onuncu Dairesi'nin 21.6.2004 günlü, E:2004/7935, K:2004/5575 sayılı kararının uygulanması

için yapılan başvurunun reddine ilişkin Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurulu'nun 11.8.2004 günlü, 1369 sayılı kararı ile bu kararın yeniden incelenerek kaldırılması için yapılan başvurunun cevap verilmeyerek reddine ilişkin işlemin iptali istemiyle açılmıştır.

Danıştay Onüçüncü Dairesinin 29.11.2005 günlü, E:2005/5546, K:2005/5699 sayılı kararıyla; Anayasanın 2. ve 138. maddeleri ile 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunun 28. maddesinin incelenmesinden anlaşılabileceği üzere, Danıştay, bölge idare, idare ve vergi mahkemelerinin kararlarının gereğinin idarece geciktirilmeksizin yerine getirilmesinin kaçınılmaz bir zorunluluk olduğu, idarî yargıda açılan dava sonucu, mevcut hukukî durumda değişiklik yaratan subjektif bir işlemin iptali yolunda karar alındığında, bu kararın uygulanmasını sağlamak yükümlüğünün işlemin tesis eden idareye ait bulunduğu, iptal kararının yerine getirilmesinin, dava konusu işlemin tesis edildiği anda mevcut olan hukukî durumun davalı idare tarafından yeniden tesisi suretiyle olacağı, ancak davalı idarenin tek taraflı işlemi ile dava konusu işlemin tesisinden önceki hukukî durumun yaratılmasının hukuken veya fiilen mümkün olmadığı hallerde yargı kararının uygulanmamasının söz konusu olabileceği, olayda, ...'ın 9.7.2001 tarihli Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurulu kararı ile 4389 sayılı Kanunun 14.maddesi uyarınca temettü hariç, ortaklık hakları ile yönetim ve denetiminin Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonuna devredilmesinden sonra Fon'ca, ...'ın yönetim ve denetiminin ele alınarak hisse senetlerinin tamamı ile bankanın ödenmiş sermayesine karşılık 50 trilyon TL (50.000.000 YTL) tutarındaki kısmının Fon hesabına kaydedildiği, Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurulunca ...'ın 13.12.2001 tarihinde bankacılık işlemleri yapma ve mevduat kabul etme izninin iptal edilerek, bankanın tasfiyesine karar verilmesinden sonra, Tasfiye Halinde ... A.Ş. Genel Kurulunda, tasfiyenin kaldırılarak bankanın ... A.Ş. bünyesinde birleştirildiği ve tasfiyesiz infisahın gerçekleştiği, ...'ın tüzel kişiliğinin ticaret sicilinden silinerek sona erdiği, bu durumda, Fonun kendisine devredilen, bankacılık yapma ve mevduat kabul etme izni kaldırılmış olan ... hakkında, Bankalar Kanununun 15.maddesi uyarınca yaptığı, üçüncü kişileri de ilgilendiren hukuki tasarruflar ve bankanın tüzel kişiliğinin sona ermesi nedeniyle, idarece, bankanın Fona devrine ilişkin işlemi iptal eden Danıştay Onuncu Daire kararının gereğinin yerine getirilmesinin olanaksız olduğu, başka bir anlatımla, devir kararının alındığı tarihteki ...'ın hukuki ve malî yapısının davalı idarece tesisi suretiyle davacıya iadesinde hukuki ve maddi (fiili) imkânsızlık bulunduğu ve idarenin idari yargı kararını uygulayamadığı sonucuna ulaşıldığından, dava konusu işlemlerde hukuka aykırılık bulunmadığı gerekçesiyle dava reddedilmiştir.

Davacılar; idarenin yargı kararını uygulama görevini hiçbir sebep ve bahane ile yerine getirmekten kaçınmayacağını, ... A.Ş.'nin Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonuna devredilmesinden sonra tesis edilmiş tüm işlemlere karşı ayrı ayrı dava açıldığını ve bu davaların tamamının iptal kararı verilerek sonuçlandığını, idarenin, ...'ın yok edilmesi sırasında tesis ettiği işlemlerin tersine işlemler yapmak suretiyle Bankayı ihya ederek hak sahiplerine iade etmesinde hiçbir imkânsızlık bulunmadığını, nasıl banka başka bir Fon bankası ile birleştirilmiş ise aynı şekilde ayrıştırma ile ihya edilebileceğini, idarenin bütünlüğü ilkesi ile idari işlemlerde paralellik ilkesinden hareketle yargı kararının uygulanması için yeni kararlar alarak uygulamaya koymanın zorunlu olduğunu, ayrıca tam mükellef sermaye şirketlerinin birleştirilmesi gibi bölünme yolu ile mal varlıklarının ayrıştırılabileceği hususunun meri mevzuatta yer alan hükümler ile düzenlendiğini öne sürmekte ve Daire kararının temyizen incelenerek bozulmasını istemektedirler.

Anayasanın 2.maddesinde "Cumhuriyetin nitelikleri" arasında sayılan hukuk devleti ilkesi, vatandaşların hukuki güvenlik içinde bulundukları, devletin eylem ve işlemlerinin hukuk kurallarına bağlı olduğu bir sistemi ifade etmektedir. Anayasa Mahkemesi de, hukuk devletini "İnsan haklarına saygılı ve bu hakları koruyucu âdil bir hukuk düzeni kuran ve bunu devam ettirmekle kendisini yükümlü sayan, bütün eylem ve işlemleri yargı denetimine bağlı olan devlet" biçiminde tanımlamıştır. Hukuk devleti ilkesinin bir gereği olarak yine Anayasanın 138.maddesinin son fıkrasında yer alan; "Yasama ve yürütme organları ile idare,

mahkeme kararlarına uymak zorundadır; bu organlar ve idare mahkeme kararlarını hiçbir suretle değiştiremez ve bunların yerine getirilmesini geciktiremez." hükmü ile yargı kararlarının idarece yerine getirme zorunluluğu açık olarak vurgulanmıştır.

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun " Kararların sonuçları" başlıklı 28. maddesinin 1. fıkrasında da, "Danıştay, bölge idare mahkemeleri, idare ve vergi mahkemelerinin esasa ve yürütmenin durdurulmasına ilişkin kararların icaplarına göre idare, gecikmeksizin işlem tesis etmeye veya eylemde bulunmaya mecburdur. Bu süre hiçbir şekilde kararın idareye tebliğinden başlayarak otuz günü geçemez." kuralı yer almıştır.

Görüldüğü üzere, Danıştay, bölge idare, idare ve vergi mahkemeleri tarafından verilen kararların gereklerinin idarece yerine getirilmesi temel bir kuraldır.

Dosyadaki tüm bilgi ve belgeler incelendiğinde; temettü hariç, ortaklık hakları ile yönetim ve denetimi Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonuna devredilen ...'ın, devir kararının iptal edilmesi üzerine devir kararının alındığı tarihteki hukuki ve mali yapısının tekrar tesis edilmesi ve bankanın o zamanki durumu ile davacılara iade edilmesinin mümkün olmadığı anlaşılmakla birlikte, iptal kararının bir gereği olarak ve başkaca bir hukuki engel yoksa davalı idarenin, davacılara Bankalar Kanunu hükümleri çerçevesinde tekrar bankacılık faaliyetinde bulunabilecek koşulları sağlaması ve bankacılık işlemleri yapma ve mevduat kabul etme izni tanınmak suretiyle banka kurmalarına izin vermesi gerekir.

Açıklanan nedenlerle, davacıların temyiz istemlerinin kabulü ile Danıştay Onüçüncü Dairesinin 29.11.2005 günlü, E:2005/5546, K:2005/5699 sayılı kararının BOZULMASINA, yürütmenin durdurulması istemi hakkında karar verilmediğinden 21.40 YTL yürütmenin durdurulması harcının istekleri halinde davacılara iadesine, 26.6.2008 gününde oyçokluğu ile karar verildi.

KARŞI OY

... A.Ş.'nin Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonuna devredilmesine ilişkin 9.7.2001 günlü, 382 sayılı Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurulu kararını iptal eden Danıştay Onuncu Dairesinin 21.6.2004 günlü E:2004/7935, K:2004/5575 sayılı kararının uygulanması için yapılan başvurunun reddine ilişkin Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurulunun 11.8.2004 günlü, 1369 sayılı kararı ile bu kararın yeniden incelenerek kaldırılması için yapılan başvurunun cevap verilmeyerek reddine ilişkin işlemin iptali istemiyle açılan davada; Danıştay Onüçüncü Dairesince verilen ve davanın reddine ilişkin bulunan 29.11.2005 günlü, E:2005/5546, K:2005/5699 sayılı kararın onanması yolundaki Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu'nun 21.3.2007 günlü, E:2006/339, K:2007/384 sayılı kararına karşı, davacılar karar düzeltme isteminde bulunmaktadır.

... A.Ş.'nin temettü hariç, ortaklık hakları ile yönetim ve denetiminin 4389 sayılı Bankalar Kanununun 14. maddesinin 3 ve 4. fıkraları uyarınca Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonuna devrine ilişkin Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurulunun 9.7.2001 günlü, 382 sayılı kararı, Danıştay Onuncu Dairesinin 21.6.2004 günlü, E:2003/710, K:2003/897 sayılı kararı ile iptal edilmiş ise de; bu süreç içinde aynı Kanunun 15. maddesi uyarınca, kendisine devredilen bir bankanın yönetimi ve denetimi ile ortaklık hakkına sahip olan ve bankanın mali bünyesinin güçlendirilmesi, yeniden yapılandırılması ve üçüncü kişilere devri konusunda yetkili bulunan Fon'ca, ...'ın hisse senetlerinin tamamı ile bankanın ödenmiş sermayesine karşılık 50 trilyon TL. (50.000.000. YTL) tutarındaki kısmının Fon hesabına kaydedildiği ve böylece Bankanın hisse senetleri mülkiyetinin Fon'a intikalinin sağlandığı, sonrasında Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurulunca, ...'ın 13.12.2001 tarihinde bankacılık işlemleri yapma ve mevduat kabul etme izni iptal edilerek bankanın tasfiyesine karar verildiği, fakat daha sonra dava konusu işlemlerin tesis edildiği ve bu işlemler paralelinde Tasfiye Halinde ... A.Ş. Genel Kurulunda, tasfiyenin kaldırılarak bankanın ... A.Ş. bünyesinde devren birleştirilmesine karar verildiği ve tasfiyesiz infisahın gerçekleştiği ve böylece ... A.Ş.'nin tüzel kişiliğinin ticaret sicilinden silinerek sona erdiği anlaşılmıştır.

Ayrıca ... A.Ş.'nin Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonuna devir tarihi itibarıyla mevcut mali yapısı incelendiğinde, Bankanın Fon bünyesinde rehabilite edilmesi ve bilançosunun yeniden yapılandırılması amacıyla Fon tarafından Bankaya kaynak aktarıldığı görülmektedir.

Buna göre Fon tarafından Bankaya, ödenmiş sermayesine karşılık 50 trilyon TL ödeme yapılması yanında, munzam karşılıkları toplamı 104 trilyon TL tutarında munzam karşılık iadesi yapıldığı, yine Fon Yönetim Kurulu kararları ile toplam 1.605.244.500 YTL kaynağın ihtiyari yedek akçe olarak aktarıldığı görülmektedir. Ayrıca kamu tarafından Bankaya aktarılan bu fonların yanısıra, hakim ortakların Bankaya olan toplam borcunun 527.540.082 YTL olduğu belirlenmiştir. Zira Bankanın Fon'a devri ile ilgili olarak Danıştay Onuncu Dairesince verilen iptal kararında, Bankanın mali yapısı ile ilgili Kurum tarafından yapılmış olan tespitlerin gerçeği yansıtmadığına dair bir gerekçe de yer almamıştır.

Öte yandan, Bankanın Fona devrine ilişkin işlemle ilgili iptal kararının gerekçesinin hakim ortak ... grubuna sermaye artırımı için yeterli zamanın tanınmaması olduğundan, özkaynak açığı bulunan Bankanın davacılara iade edebilmesi için davacıların yeterli sermayeyi Bankaya koyabileceklerine dair teminatı davalı idarelere ibraz etmesi zorunluluğu da bulunmaktadır.

Tüm bu tespitlere karşılık davacıların bu zorunluluk ve yükümlülükleri bu güne kadar yerine getirmede/gerçekleştirmede, bu haliyle ...'ın Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonuna devredildiği tarihteki hukuki ve mali yapısının davalı idarece tesisi suretiyle davacılara iadesinin hukuki ve maddi açıdan imkansız olduğu kuşkusuzdur. Kaldı ki, davacı, Bankanın ... ile birleştirilmesine ilişkin Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu Yönetim Kurulu'nun 20.3.2002 günlü, 177 sayılı kararının iptali istemiyle Danıştay Onüçüncü Dairesinde açtığı E:2005/5180 sayılı davasından da vazgeçmiş bulunmaktadır.

Uyuşmazlık Danıştay Onuncu Dairesinin 21.6.2004 günlü, E:2004/7935, K:2004/5575 sayılı kararı uyarınca ...'ın "tersine idari işlemler" tesis edilerek ihya edilmek suretiyle iadesi isteminin reddinden doğmuş ve konu Danıştay Onüçüncü Dairesince bu esas dahilinde incelenerek karara bağlanmıştır. Bu kararın temyiz incelemesi de Kurulumuzca aynı esaslar içerisinde yapılmış ise de, bu kez "iddianın genişletilmesi" yasağına aykırı olarak uyuşmazlık, "davacılara Bankalar Kanunu hükümleri çerçevesinde tekrar bankacılık faaliyetlerinde bulunabilecek koşulların sağlanması ve bankacılık işlemleri yapma ve mevduat kabul etme izni tanınmak suretiyle banka kurmalarına izin verilmesi" hususuna hasredilmiş ve bu yönde hüküm kurulmuştur.

Öncelikle belirtmek gerekir ki, bu yargılama usulüne aykırı bir durumdur. Bu yönde bir değerlendirme yapılmasına hukuken gerek duyulması halinde ise, Danıştay Onüçüncü Dairesinin kararının bu yönden bozularak gerekli değerlendirmenin yapılmasının" hüküm mahkemesi" olan Daireye bırakılması gerekmektedir.

Kaldı ki, ... Grubunun sahibi olduğu diğer banka olan ... A.Ş.'nin hakim sermayedarının mali gücündeki zaafiyet dolayısıyla banka mali bünyesinin güçlendirilmesine imkan bulunmaması, yükümlülüklerinin toplam değerinin varlıklarının toplam değerini aşması ve bankanın yönetim ve denetimini elinde bulunduran ortakların, bankanın kaynaklarını bankanın emin bir şekilde çalışmasını tehlikeye düşürecek biçimde doğrudan veya dolaylı olarak kendi lehlerine kullanmaları nedeniyle Bankanın bankacılık işlemleri yapma izninin 4389 sayılı Bankalar Kanununun 14. maddesinin (3) ve (4) numaralı fıkraları delaletiyle anılan Kanunun 20. maddesinin (2) numaralı fıkrası hükümleri uyarınca kaldırılmasına, Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurulunun 9.7.2001 günlü, 378 sayılı kararı ile karar verilmiştir. Bu işlemin iptali için açılan dava Danıştay Onuncu Dairesinin 10.10.2002 günlü, E:2002/5610, K:2002/3772 sayılı kararıyla süre aşımı yönünden reddedilmiş ve karar Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu'nun 30.12.2004 günlü, E:2004/1180, K:2004/2061 sayılı kararıyla onanmıştır.

Olay tarihinde yürürlükte bulunan 4389 sayılı Bankalar Kanununun değişik 7. maddesinin ikinci fıkrası ve 8. maddesinin ikinci fıkrasının (b) bendi uyarınca, Türkiye'de

kurulacak bir bankanın sermayesinin doğrudan veya dolaylı olarak yüzde on ve daha fazlasına veya bu oranın altında olsa dahi yönetim ve denetim kurullarına üye belirleme imtiyazı veren hisse senetlerine sahip olan ortakların kurucularda aranan nitelikleri taşıması gerekmekte olup, kurucularda aranan nitelikler arasında ise, tasfiyeye tabi tutulan bankalar ile hakkında 14. madde uyarınca işlem yapılmakta olan bir bankada doğrudan veya dolaylı olarak yüzde on ve daha fazla oranda veya bu oranın altında olsa dahi denetim ve yönetim kurullarına üye belirleme imtiyazı veren pay sahibi olmamak şartı yer almıştır. (5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nda da aynı yönde düzenlemeye yer verilmiştir.)

Bu açıdan konu değerlendirildiğinde ise, hakkında Bankalar Kanununun 14.maddesine göre işlem yapılan ... Bankasında Kanunda belirtilen oranın üzerinde dolaylı pay sahibi olduğu anlaşılan davacı ... ve ...A.Ş.'nin, banka kurucusu veya ortağı olabilme hakkını da kaybetmiş oldukları sonucuna varılmıştır.

Açıklanan nedenlerle, davacıların karar düzeltme istemlerinin reddi gerektiği oyuyla, karara karşıyız.

MEMURLAR VE DİĞER KAMU GÖREVLİLERİ

T.C.
DANIŞTAY
İdari Dava Daireleri
Kurulu
Esas No: 2005/270
Karar No: 2008/1286

Özeti : İdarenin yasalarla kendisine tanınan takdir yetkisini adalet, hakkaniyet ve kamu yararı ölçütlerini gözönünde tutarak kullanması gerektiği; bu bağlamda davacının yürüttüğü Hurda İşletmesi Müdür Yardımcısı kadrosu ile Hurda İşletmesi Müdürü kadrosunun, 5434 sayılı Yasa'nın Ek 67. maddesinin uygulanması yönünden, aynı hukuki durum içinde bulunmalarına karşın, eşitlik cetvelinin tespitinde hukuken geçerli bir neden gösterilmeden, bu durum gözardı edilerek, eşitliğe aykırı ve açık takdir hatasına dayalı işlem tesis edildiği hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan (Davacı) : ...

Vekili : Av. ...

Karşı Taraf (Davalı) : Sosyal Güvenlik Kurumu Başkanlığı

Vekili : Av. ...

İstem Özet: Danıştay Onbirinci Dairesinin 9.11.2004 günlü, E:2004/1184, K:2004/4469 sayılı kararının temyizden incelenerek bozulması davacı tarafından istenilmektedir.

Savunmanın Özeti : Danıştay Onbirinci 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 Muhsin Yıldız'ın Düşüncesi : Temyiz isteminin kabulü ile Daire kararının bozulması gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı Dr.Ülkü Özcan'ın Düşüncesi : Danıştay dava dairelerince 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 Danıştay Onbirinci Dairesince verilen kararın onanmasının uygun olacağı düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulunca, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 17. maddesi gereğince davacının duruşma istemi kabul edilmeyerek ve dosyanın tekemmül ettiği anlaşıldığından yürütmenin durdurulması istemi görüşülmeyerek dosya incelendi, gereği görüldü:

Dava, Makina ve Kimya Endüstrisi Kurumu Hurda İşletmesi Müdürlüğünde 12.2.1981-23.7.1993 tarihleri arasında Müdür Yardımcılığı görevinde bulunan davacının, Hurda İşletme Müdürlüğünün Makina ve Kimya Endüstrisi Kurumu Hurda İşletmeleri A.Ş. Genel Müdürlüğü şeklinde yeniden yapılandırılması nedeniyle "Genel Müdür Yardımcılığı" unvanına tanınan ek göstergeden yararlandırılması için yaptığı başvurunun reddine ilişkin 31.3.1995 günlü işlemin ve bu işlemin dayanağı olan "12 No'lu Eşitlik Cetveli"nin "Hurda İşletmesi Müdür Yardımcılığı" kadrosunu "Şube Müdürü" kadrosu ile eşitleyen kısmının iptali istemiyle açılmıştır.

Danıştay Onbirinci Dairesi 9.11.2004 günlü, E:2004/1184, K:2004/4469 sayılı kararıyla; kaldırılmış olan kadrolarda bulunmuş olan iştirakçilerin ek göstergelerini tespiti amacıyla 5434 sayılı Yasanın Ek 67. maddesi uyarınca hazırlanan 12 No'lu Eşitlik Cetvelinin dayanağı olan komisyon raporunda, söz konusu ek göstergelerinin tespiti yoluna gidilirken kaldırılan kadro yerine yeni bir kadronun ihdas edilmesi halinde görevin niteliği ve kapsamının değişmemiş ve aynı görevin yapılıyor olması durumunda, yeni ihdas edilen kadronun esas alındığı, nitelik ve kapsamın değişmiş olması durumunda ise aynı nitelikteki görevi yürüten, nitelikte ve kapsam yönünden benzerlik arzeden görevlerin gözönünde bulundurulduğunun görüldüğü; olayda, yeni yapılan organizasyon çerçevesinde Hurda İşletmeleri A.Ş. Genel Müdürlüğü'nün, İzmir'de bulunan Yüksek Vasıflı Çelik Fabrikaları Müdürlüğü ile Ankara'da bulunan Hurda İşletmesi Müdürlüğü'nün birleştirilmesinden oluşturulduğu, Hurda İşletmeleri A.Ş. Genel Müdürlüğü'nün faaliyet, amaç ve konusunun genişlediği ve böylece görevin kapsam ve niteliğinin oldukça değişerek genişlediği; dolayısıyla kaldırılan Hurda İşletmesi Müdür Yardımcılığı kadrosu ile ihdas edilen Hurda İşletmeleri A.Ş. Genel Müdür Yardımcılığı kadro ve görevinin eşdeğerde olmadığı sonucuna varıldığı; bu durumda, davacının başvurusunun reddine ilişkin işlem ile bu işlemin dayanağı olan 12 No'lu Eşitlik Cetvelinin iptali istenilen kısmında hukuka aykırılık görülmediği gerekçesiyle davayı reddetmiştir.

Davacı, Hurda İşletmesi Müdürünün kadrosunun Genel Müdür kadrosu ile eşitlendiğini, kendisinin yürüttüğü Hurda İşletmesi Müdür Yardımcılığı kadrosunun da Genel Müdür Yardımcılığı ile eşitlenmesi gerekirken şube müdürlüğü ile eşitlenmesinin hukuka ve eşitliğe aykırı olduğunu öne sürmekte ve kararın temyizen incelenerek bozulmasını istemektedir.

5434 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Emekli Sandığı Kanununa, 243 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 50. maddesi ile eklenen ve işlem tarihinde yürürlükte bulunan Ek 67. maddede; "Daha önce bulundukları kadrolar veya aylık almakta oldukları dereceler için belirlenmiş olan ek göstergeler, yürütmekte oldukları görevler veya aylık almakta oldukları dereceler için belirlenen ek göstergelerden yüksek olanlar hakkında 15 inci maddenin (h) fıkrası hükmü dikkate alınarak emeklilik yönünden en yüksek ek gösterge uygulanır. Kaldırılmış kadrolarda bulunmuş olanlardan iştirakçi bulunanlar ile emekli olanlar veya ölmüş bulunanlar için uygulanacak ek göstergeler Devlet Personel Başkanlığının görüşü alınmak

suretiyle Maliye ve Gümrük Bakanlığı ile T.C. Emekli Sandığı Genel Müdürlüğü tarafından birlikte belirlenir.

Bu Kanun Hükmünde Kararnamenin yürürlük tarihinden önce birinci fıkraya kapsamına girenlerin 15 inci maddenin (h) fıkrasındaki şartlar aranmaksızın aylıkları düzeltilir ancak geçmiş süreler için bunlara bir fark ödenmez." düzenlemesine yer verilmiştir.

Anılan hükmün incelenmesinden; daha önce bulundukları kadrolar veya aylık almakta oldukları dereceler için belirlenen ek göstergeler, son defa bulundukları kadrolar veya aylık almakta oldukları dereceler için belirlenen ek göstergelerden fazla olanların emeklilik keseneklerine, görev değişikliğinden önceki ek göstergelerinin esas alınması gerekmektedir. Kaldırılmış kadrolarda bulunanlara uygulanacak ek göstergelerin tespitinin Devlet Personel Başkanlığının görüşü alınarak T.C. Emekli Sandığı Genel Müdürlüğü ile Maliye Bakanlığı tarafından birlikte belirlenmesi öngörülmektedir.

Bu madde hükmüne göre yapılan çalışma sonucunda;

a) Kaldırılan kadro yerine yeni bir kadro ihdas edilmesi halinde, görevin niteliği ve şumülü değişmemiş ve aynı görev yapılıyor olması durumunda yeni ihdas edilen kadro,

b) Kaldırılan kadro yerine aynı kurumda nitelik ve şumülü değişmeden yeni bir kadro ihdas edilmemiş, ancak başka bir kurumda benzer nitelikte kadro var ise benzer nitelikteki bu kadro,

c) Kaldırılan kadro müşavir veya danışman ünvanlı kadrolardan ise aynı nitelikteki görevi yürüten ve şumülü benzerlik arzeden kadro,

esas alınmak suretiyle ek göstergelerin belirlenmesi yolundaki Maliye Bakanlığı, Devlet Personel Başkanlığı ve T.C. Emekli Sandığı Genel Müdürlüğü temsilcilerinden oluşan bir komisyon tarafından rapor hazırlanmış ve ek gösterge uygulamasının raporda belirtildiği şekilde yürütülmesi konusunda da 30.12.1994 tarihli ve 115601-4072 sayılı Maliye Bakanlığı onayı alınmıştır. Aynı raporun ekinde de diğer kuruluşlar yanında MKE Genel Müdürlüğüne bağlı olup daha sonradan bağlı ortaklık haline dönüştürülen fabrikalarda müdür ve müdür yardımcısı, müessesede müdür olarak çalışanların yanı sıra Hurda İşletmesi Müdür Yardımcısına ilişkin XII sayılı eşitlik cetveli düzenlenmiştir. Bu cetvelde de ek gösterge yönünden kimi fabrika müdürleri genel müdür, kimi fabrika müdürleri de yine fabrika müdürü olarak, davacının görev yaptığı Hurda İşletmesi Müdür Yardımcılığı ise Şube Müdürü olarak eşitlenmiştir.

Öte yandan değinilen madde hükmüne dayanılarak daha önce 19.2.1985, 19.7.1985, 17.3.1986, 14.11.1986, 11.2.1987, 30.3.1988, 6.11.1990, 24.8.1992, 28.4.1993, 11.11.1993, 27.4.1994 tarihli olurlar ile yine tespitler yapıldığı; bu arada 28.4.1994 tarihli onayla yapılan tespit sonucu MKE Genel Müdürlüğüne bağlı olup yine bağlı ortaklık haline dönüştürülen 6 fabrika müdürünün genel müdür ile fabrika müdür yardımcılarının da genel müdür yardımcısı ile eşitlenmesine ilişkin "IX sayılı Eşitlik Cetveli"nin, 11.11.1993 tarihli olurla yapılan tespit sonucu da yine MKE Genel Müdürlüğüne bağlı bazı fabrika ve müesseselere ilişkin eşitlemelerin yanı sıra davacının Müdür Yardımcısı olarak çalıştığı İşletmenin Müdürlük (Hurda İşletmesi Müdürü) kadrosunun da "Hurda İşletmeleri A.Ş. Genel Müdürü" kadrosu ile eşitlendiği "X sayılı Eşitlik Cetveli"nin kabul edildiği anlaşılmaktadır.

Olayda davacının, başvurusunun reddine ilişkin işlemde ve davalı idarenin savunmasında Hurda İşletmesi Müdür Yardımcılığı görevini yürüten davacının kadrosunun genel müdür yardımcılığı kadrosu ile eşitlenmeyip şube müdürlüğü kadrosu ile eşitlenmesinin nedeni olarak; Hurda İşletmesi Müdürlüğünün doğrudan Genel Müdürlüğe dönüştürülmeyip, İzmir'de bulunan Yüksek Vasıflı Çelik Fabrikası Müdürlüğü ile birleştirilerek Makine ve Kimya Endüstrisi Hurda İşletmeleri A.Ş. Genel Müdürlüğü adı altında 233 sayılı Kanun Hükmünde Kararname çerçevesinde bağlı ortaklık statüsünde yeni bir organizasyona gidilmesi, bu oluşum sonucu görevin nitelik ve şumülünün çok değişmesi gösterilmekte ise de; aynı gerekçelerin "Hurda İşletmesi Müdürü" yönünden de geçerli olmasına karşın, bu kadronun "X

sayılı Eşitlik Cetveli" ile "Genel Müdür" kadrosu ile eşitlendiği, davacı tarafından bu durum öne sürülerek dava açıldığı halde idarece bu konuda hukuken kabul edilebilir bir neden gösterilmediği görülmektedir.

Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti, eylem ve işlemleri hukuka uygun, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan devlettir.

Bu bağlamda, işlemlerin kamu yararının sağlanması amacına yönelik olması, nesnel, adil ve hakkaniyet ölçütlerini gözetmesi hukuk devleti olmanın gereğidir. Bu nedenle, idarenin yasalarla kendisine tanınan takdir yetkisini adalet, hakkaniyet ve kamu yararı ölçütlerini gözönünde tutarak kullanması gerekir.

Anayasa Mahkemesi'nin pek çok kararında da vurgulandığı gibi, yasa önünde eşitlik herkesin her yönden aynı kurallara bağlı olacağı anlamına gelmez. Kimilerinin haklı bir nedene dayanarak değişik kurallara bağlı tutulmaları eşitlik ilkesine aykırılık oluşturmaz. Durum ve konumlarındaki özellikler, kimi kişiler ya da topluluklar için değişik kuralları ve değişik uygulamaları gerekli kılabilir. Özelliklere, ayrılıklara dayandığı için haklı olan nedenler, ayrı uygulamayı aykırı değil, geçerli kılar. Başka bir anlatımla, kişisel durumları özdeş olanlar arasında, yasalara konulan kurallara dayanılarak değişik uygulamalar yapılamaz.

Buna göre gerek davacının yürüttüğü Hurda İşletmesi Müdür Yardımcısı kadrosu gerek Hurda İşletme Müdürü kadrosu 5434 sayılı Yasa'nın Ek 67. maddesinin uygulanması yönünden aynı hukuki durum içinde bulunmalarına karşın, eşitlik cetvelinin tespitinde hukuken geçerli bir neden gösterilmeden bu durum gözardı edilerek eşitliğe aykırı bir davranış ortaya konulmuştur.

Bu durumda; dava konusu "XII sayılı Eşitlik Cetveli"nin, davacıya ilişkin kısmının açık takdir hatasına dayalı olduğu sonucuna varıldığından, Daire kararında hukuki isabet görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle, davacının temyiz isteminin kabulü ile Danıştay Onbirinci Dairesinin 9.11.2004 günlü, E:2004/1184, K:2004/4469 sayılı kararının bozulmasına, kullanılmayan 18.20,- YTL yürütmenin durdurulması harcının isteği halinde davacıya iadesine, 17.4.2008 gününde oyçokluğu ile karar verildi.

KARŞI OY

Temyiz edilen kararla ilgili dosyanın incelenmesinden; Danıştay Onbirinci Dairesince verilen kararın usul ve hukuka uygun bulunduğu, dilekçede ileri sürülen temyiz nedenlerinin kararın bozulmasını gerektirecek nitelikte olmadığı anlaşıldığından, davacının temyiz isteminin reddi ile Danıştay Onbirinci Dairesinin kararının onanması gerektiği oyuyla, karara katılmıyoruz.

T.C.
DANIŞTAY
İdari Dava Daireleri
Kurulu
Esas No:2005/3292
Karar No:2008/1633

Özeti : 2577 sayılı Yasa'nın 20. maddesinde öngörülen istisnai durum dışında, davacılara dava konusu işlemin dayanağı olan her türlü bilgi ve belgeyi, bu bağlamda disiplin soruşturma raporlarını istemleri halinde, inceleyebilme olanağının tanınmasının, hukuk devletinin adil yargılanma hakkının ve İYUK'nın 20.

maddesinin gereği olduğu, davacının istemesine karşın soruşturma raporu incelenmeden karar verilmesinde, hukuka uyarlık bulunmadığı hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan (Davacı) : ...

Karşı Taraf (Davalı) : Diyanet İşleri Başkanlığı

İstem Özet i : Danıştay Onikinci Dairesinin 14.3.2005 günlü, E:2002/5149, K:2005/765 sayılı kararının temyizen incelenerek bozulması davacı tarafından istenilmektedir.

Savunmanın Özet i : Danıştay Onikinci Dairesince verilen kararın usul ve hukuka uygun bulunduğ u ve temyiz dilekçesinde ö ne sürülen nedenlerin, kararın bozulmasını gerektirecek nitelikte olmadığı belirtilerek temyiz isteminin reddi gerektiğ i savunulmaktadır.

Danıştay Tetkik Hakimi Mustafa Karabulut'un Düşüncesi: Davacının görevine son verilmesi işleminin dayanağ ı olan soruşturma raporunun davacıya incelenmemesinin adil yargılanma hakkına aykırı olduğ u sonucuna varılmaktadır. Bu nedenle, davacı temyiz isteminin kabulü ile Daire kararının bozulması gerektiğ i düşünölmektedir.

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

Temyiz dilekçesinde ö ne sürülen hususlar, söz konusu maddede yazılı nedenlerden hiçbirisine uymadığından, istemin reddi ile temyiz edilen Danıştay Onikinci Dairesince verilen kararın onanmasının uygun olacağı düşünölmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulunca gereğ i göröşöldü:

Dava; davacının, İstanbul İli, Beyoğ lu İlçesi, ... Camii imam hatibi olarak görev yapmakta iken görevine son verilmesine ilişkin 27.5.2002 günlü, 657-3/91 sayılı işlem ile bu işleme dayanak olan Diyanet İşleri Başkanlığı Sınav, Atama ve Nakil Yönetmeliğinin ilgili maddesinin iptali, yoksun kaldığı parasal ve özlük haklarının ödenmesine karar verilmesi istemiyle açılmıştır.

Danıştay Onikinci Dairesi 14.3.2005 günlü, E:2002/5149, K:2005/765 sayılı kararıyla; 657 sayılı Yasanın Devlet memurluğ una alınmada özel şartları belirleyen 48. maddesinin B/2 bendinde; "Kurumların özel kanun veya diğ er mevzuatlarında aranan şartları taşımak" hükmüne yer verildiğ i, aynı Kanunun 98/b. maddesinde ise; memurluğ a alınma şartlarından herhangi birini taşımadığından sonradan anlaşılması veya memurlukları sırasında bu şartlardan herhangi birini kaybetmesi hallerinde Devlet memurlarının, memurluğ unun sona ereceğ inin belirtildiğ i, 657 sayılı Yasaya ve 633 sayılı Diyanet İşleri Başkanlığı Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanuna dayanılarak hazırlanan ve 23.11.1999 gün ve 23885 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğ e giren Diyanet İşleri Başkanlığı Sınav, Atama, Nakil ve Görevde Yükselme Yönetmeliğ inin 13.9.2001 gün ve 24522 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan Diyanet İşleri Başkanlığı Sınav, Atama, Nakil ve Görevde Yükselme Yönetmeliğ inde Değ iş iklik Yapılmasına Dair Yönetmelik ile değ iş ik (uyuş mazlık konusu olay tarihinde yürürlükte bulunan şek liyle) 9. maddesinde; bu Yönetmelik kapsamına giren kadrolara ilk defa atanacaklarda 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun değ iş ik 48. maddesinin (A) bendindeki şartlar ile atanmalarında dini eğ itim yapmış olma niteliğ i arananlar için bu genel şartların yanında "İtikat, ibadet, tavır ve hareketlerinin İslam törelerine uygunluğ unun çevresinde bilinir olduğ u" şeklindeki ortak nitelik şartının aranacağı hüküm altına alındığı, 25.8.2004 gün ve 25564 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğ e giren Diyanet İşleri Başkanlığı Atama ve Yer Değ iş tirme Yönetmeliğ i ile sözü edilen 23.11.1999 günlü Resmi Gazetede yayımlanan Yönetmelik yürürlükten

kaldırılmış ise de 9. maddede öngörülen dava konusu hükmün yeni Yönetmeliğin 5. maddesinde eski şekliyle yer aldığı, Din Hizmetleri Sınıfında görev yapan din görevlilerinin kendilerinden toplumda örnek davranışlar içinde olmaları beklendiğinden aynı zamanda örnek kişilik özellikleri sergileme sorumluluğu taşıdıklarından ayrıca, toplumda kabul gören değerlere ters düşmek yerine inanç, ibadet ve davranış bütünlüğü içinde bu değerlere örnek olma görevini yüklediklerinden, bu hizmet sınıfı için yukarıda sözü edilen ve iptali istenen nitelik şartının aranmasında hukuka ve 657 sayılı Yasanın 48/B-2. maddesine ve aynı zamanda hizmet gereklerine aykırılık bulunmadığı, olayda; hakkında yapılan soruşturma sonucunda davacının, ... Camii Lojmanında ikamet eden Eminönü İlçesi Topkapı Sarayı Camiinde görev yapan müezzin-kayyımın eşi ile zina yaptığının tespit edildiği, bu eylemi nedeniyle Diyanet İşleri Başkanlığı Sınav, Atama, Nakil ve Görevde Yükselme Yönetmeliğinin 9. maddesinde yer alan ortak nitelik şartını kaybettiğinin anlaşıldığı gerekçesiyle 657 sayılı Yasanın 48/B-2 ve 98/b maddeleri uyarınca görevine son verilmesi teklifinde bulunulduğu, bu teklif doğrultusunda dava konusu işlemle görevine son verildiğinin anlaşıldığı, dosyada bulunan bilgi ve belgeler ile soruşturma raporunun birlikte incelenmesinden; anılan Yönetmeliğin 9. maddesinde yer alan; "itikat ibadet, tavır ve hareketlerinin islam törelerine uygunluğunun çevresinde bilinir olduğu" şeklindeki ortak nitelik şartını kaybettiği açık olan davacı hakkında tesis edilen işlemde de hukuka aykırı bir durum görülmediği gerekçesiyle davanın reddine karar vermiştir.

Davacı, hakkında hazırlanan soruşturma raporunu gerek işlemin tesisi aşamasında, gerekse yargılama aşamasında inceleyemediğini; işleme dayanak olarak alındığı belirtilen hususların gerçeği yansıtmadığını; soruşturmanın objektif olarak yapılmadığını ileri sürerek kararı temyiz etmekte ve bozulmasını istemektedir.

Anayasa'nın 36. maddesinin 1. fıkrasında, "Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir." denilmektedir.

AİHM kararlarında belirtildiği üzere adil yargılamanın en önemli gereklerinden biri olarak, mahkeme önünde sahip olunan hak ve yükümlülükler bakımından davanın tarafları arasında tam bir eşitlik gözetilmeli (silahların eşitliği), buna bağlı olarak da toplanan deliller hakkında taraflara görüş bildirme olanağı tanınmalıdır.

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 20. maddesinin olayla ilgili kısımlarında, Danıştay ile idare ve vergi mahkemelerinin bakmakta oldukları davalara ait her çeşit incelemeleri kendiliklerinden yapacakları, mahkemelerin belirlenen süre içinde lüzum gördükleri evrakın gönderilmesini ve her türlü belgenin verilmesini taraflardan ve ilgili diğer yerlerden isteyebilecekleri; taraflardan biri ara kararın icaplarını yerine getirmediği takdirde, bu durumun verilecek karar üzerindeki etkisinin mahkemece önceden takdir edileceği ve ara kararında bu hususun ayrıca belirtileceği; ancak, istenen bilgi ve belgeler Devletin güvenliğine veya yüksek menfaatlerine ilişkin ise, Başbakan veya ilgili bakanın gerekçesini bildirmek suretiyle söz konusu bilgi ve belgeleri vermeyebileceği hükmü yer almaktadır. Anılan maddeye 10.6.1994 günlü, 4001 sayılı Yasayla "Verilmeyen bilgi ve belgelere dayanılarak ileri sürülen savunmaya göre karar verilemez" hükmü eklenmiş ve maddenin 4. fıkrasında yer alan "Getirilen veya idarece gönderilen gizli belge ve dosyalar taraf ve vekillerine incelettirilemez" tümcesi ise yürürlükten kaldırılmıştır.

Anılan yasa değişikliğinin gerekçesinde, " Madde ile 2577 sayılı Kanunun 20. maddesinin 3. fıkrasının sonuna eklenen cümle ile bu fıkra da sayılan haller nedeniyle mahkemeye verilmeyen bilgi ve belgelere dayanılarak ileri sürülen savunmaya göre karar verilemeyeceği öngörülerek, adalete gölge düşürmesinin önüne geçilmesi ve yargılama hukukunun delil sistemi korunmak istenmiştir. Yargılama usulü hukukunda amaç, davaya dayanak yapılan tüm belge ve delillerin tarafların bilgisine sunulması suretiyle gerçeğin ortaya çıkması ve bu suretle hukukun üstünlüğünün sağlanmasıdır. Taraf ve vekillerine incelettirilmeyen belge ve dosyaya dayanılarak karar verilmesi, davacılara gerçek anlamda

iddiasını kanıtlama hakkı tanınmadığını gösterdiği gibi adalete de gölge düşürmektedir. Kaldı ki, uygulamada gizlilik taşımayan belge ve dosyalara gizlilik damgası vurularak bunların ilgililere incelettirilmesi engellenmektedir. Bu nedenle de, Kanunun 20. maddesinin 4. fıkrası da yürürlükten kaldırılmaktadır." denilmiştir.

Diğer yandan, kamu kurum ve kuruluşları ile kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının faaliyetlerinde uygulanacak olan 4982 sayılı Bilgi Edinme Kanunu, demokratik ve şeffaf yönetimin gereği olan eşitlik, tarafsızlık ve açıklık ilkelerine uygun olarak kişilerin bilgi edinme hakkını kullanmalarına ilişkin esas ve usulleri düzenlemek amacıyla çıkarılmış olup, Yasa'nın 4. maddesinde, herkesin bilgi edinme hakkına sahip olduğu, 5. maddesinde ise, kurum ve kuruluşların bu Kanunda yer alan istisnalar dışındaki her türlü bilgi veya belgeyi başvuranların yararlanmasına sunmak ve bilgi edinme başvurularını etkin, süratli ve doğru sonuçlandırmak üzere gerekli idari ve teknik tedbirleri almakla yükümlü oldukları hükümlerine yer verilmiştir.

4982 sayılı Yasa'nın anılan hükümleri birlikte değerlendirildiğinde, idari aşamada dahi kişilerin bilgi ve belgelere erişmelerinin bir hak olarak kabul edilmek suretiyle yasal güvenceye kavuşturulduğu, bu hakkın ancak Yasada belirtilen hallerde sınırlandırılacağı anlaşılmakta; bilgi edinme hakkı demokratik ve şeffaf bir yönetimin gereği olarak kabul edilmektedir.

Yukarıda yapılan açıklamalar, adil yargılanma hakkı, 2577 sayılı Yasa'nın 20. maddesi ve bu maddede yapılan değişiklik birlikte değerlendirildiğinde, maddede öngörülen istisnai durum haricinde davacılara işlemin dayanağı olan her türlü bilgi ve belgeye ulaşabilme ve bu belgeleri inceleyebilme olanağının tanınması gerektiği sonucuna varılmıştır.

Davacılar ancak soruşturma raporunda yer verilen maddi olayı, tanık ifadelerini, inceleme yapanın görüş ve kanaatini, işlemin hukuki dayanağını, soruşturmacının önerilerini açık ve etraflı bir biçimde öğrenme suretiyle adil yargılanma hakkını kullanabilecektir. İncelenemeyen bir soruşturma raporuna karşı iddia ve savunmada bulunmak zor, hatta imkansızdır.

Dava ve temyiz dosyasının incelenmesinden, davacının görevine son verilmesine ilişkin işlemin dayanağı soruşturma raporunun davacı vekilinin talep etmesine karşın Dairesince incelettirilmediği, dava konusu işlemin hukuka uygunluğunun denetiminde ise soruşturma raporunda yer verilen hususlara değinildiği anlaşıldığından Daire kararında hukuka uyarlık bulunmamaktadır.

Bu durumda, makul bir süre verilmek suretiyle, davacıya hakkında düzenlenen soruşturma raporunu incelemesi ve istemi halinde raporla ilgili görüşlerini dosyaya sunması olanağı sağlandıktan sonra işin esası hakkında yeniden bir karar verilmesi gerekmektedir.

Açıklanan nedenlerle, davacı temyiz isteminin kabulüne, Danıştay Onikinci Dairesinin 14.3.2005 günlü, E:2002/5149, K:2005/765 sayılı kararının bozulmasına, 12.6.2008 gününde, esasta ve gerekçede oyçokluğu ile karar verildi.

KARŞI OY

X- Temyiz edilen kararla ilgili dosyanın incelenmesinden, Danıştay Onikinci Dairesince verilen kararın usul ve hukuka uygun bulunduğu, dilekçede ileri sürülen temyiz nedenlerinin kararın bozulmasını gerektirecek nitelikte olmadığı anlaşıldığından, davacının temyiz isteminin reddi ile temyize konu kararın onanması oyuyla karara katılmıyoruz.

KARŞI OY

XX- Dava, imam-hatip olan davacının görevine son verilmesine ilişkin işlem ile bu işlemin dayanağı Diyanet İşleri Başkanlığı Atama ve Yer Değiştirme Yönetmeliğinin 9. maddesinde yer alan ortak nitelik şartını düzenleyen tümcenin iptali istemiyle açılmıştır.

Danıştay Onikinci Dairesince davanın reddine karar verilmiş olup, davacı anılan kararı temyiz etmektedir.

657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 124. maddesinde, disiplin suçlarının niteliğine ve ağırlık derecesine göre Yasanın 125. maddesinde sayılan disiplin cezalarından birinin verileceği belirtilmektedir.

Davacının görevine son verilmesine neden olarak gösterilen eylem disiplin suçu niteliğinde olup, yapılan disiplin soruşturması sonucunda davacıya 657 sayılı yasanın 125. maddesinin (B) bendinin (d) alt bendine göre kınama cezası verilmiştir. Dolayısıyla, idare, davacının eylemi karşılığında bir disiplin cezası uygulamış olup bu ceza ile bağlıdır. Daha sonra farklı bir nitelendirme yapılarak ve ölçülülük ilkesine de aykırı olarak davacının Yönetmeliğin 9. maddesinde yer alan ortak nitelik şartını kaybettiğinden bahisle Yasanın 98/b maddesi uyarınca görevine son verilmesi işleminde hukuka uygunluk bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle, davacı temyiz isteminin kısmen kabulü ile Daire kararının davacının görevine son verilmesi işleminin iptali isteminin reddine ilişkin kısmının bozulması gerektiği oyuyla, karara gerekçe yönünden katılmıyoruz.

T.C.
DANIŞTAY
İdari Dava Daireleri
Kurulu
Esas No. 2006/1872
Karar No: 2008/1742

Özeti : Davacının atanabileceği genel müdürlük kadrosunun, yargı kararı gereği dolu olması nedeniyle, bu göreve iadesi hukuken mümkün olmamakla birlikte, davacının atanacağı kadronun belirlenmesinde; hizmet süresi, daha önce bulunduğu görevler, alındığı ve atandığı görevlerin unvan ve nitelikleri ile bu iki görev arasındaki hiyerarşik kademeler ve değişik kadroların dikkate alınması gerektiği hakkında.

Karar Düzeltme İsteminde Bulunan (Davacı) : ...

Vekili : Av. ..., Av. ...

Karşı Taraf (Davalılar) : 1- Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı

2- Türkiye Elektrik Dağıtım A.Ş. Genel Müdürlüğü

Vekili : Av. ...

İstemin Özeti : Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulunca verilen ve Danıştay Beşinci Dairesinin 5.4.2004 günlü, E:2003/3424, K:2004/1623 sayılı kararının onanmasına ilişkin bulunan 29.12.2005 günlü, E:2004/2447, K:2005/3347 sayılı karara karşı, davacı kararın düzeltilmesi isteminde bulunmaktadır.

Savunmaların Özeti : Kararın düzeltilmesi isteminin reddi gerektiği savunulmaktadır.

Danıştay Tetkik Hakimi Mustafa Karabulut'un Düşüncesi : İstem reddi gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı Mehmet Akkaya'nın 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 İdari Dava Daireleri Kurulunca gereği görüldü:

Davacının İstanbul Boğaziçi Elektrik Dağıtım A.Ş. Genel Müdürü ve Yönetim Kurulu Başkanlığı görevinden alınmasına ilişkin 18.4.2003 günlü, 2003/4168 sayılı Müsterek Kararname ile TEDAŞ Genel Müdürlüğü emrine müşavir olarak atanmasına ilişkin 1.5.2003 günlü işlemin iptali istemiyle açtığı davada; Danıştay Beşinci Dairesince verilen ve davanın reddine ilişkin bulunan 5.4.2004 günlü, E:2003/3424, K:2004/1623 sayılı kararın onanması yolundaki Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulunun 29.12.2005 günlü, E:2004/2447, K:2005/3347 sayılı kararına karşı, davacı karar düzeltme isteminde bulunmaktadır.

Danıştay dava daireleri ile İdari veya Vergi Dava Daireleri Kurullarının temyiz üzerine verdikleri kararların düzeltilmeleri, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 54 üncü maddesinde yazılı sebeplerden birinin varlığı halinde mümkündür.

Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulunca verilen ve Danıştay Beşinci Dairesinin anılan kararının; davacının İstanbul Boğaziçi Elektrik Dağıtım A.Ş. Genel Müdürü ve Yönetim Kurulu Başkanlığı görevinden alınmasına ilişkin 18.4.2003 günlü, 2003/4168 sayılı Müsterek kararnamenin iptali isteminin reddine ilişkin kısmının onanmasının usul ve hukuka uygun bulunduğu, bu kısma yönelik düzeltmeyi gerektiren bir sebebin bulunmadığı anlaşıldığından, davacının, kararın bu kısmının düzeltilmesi istemi yerinde görülmemiştir.

Kararın davacının TEDAŞ Genel Müdürlüğü emrine müşavir olarak atanmasına ilişkin 1.5.2003 günlü işlemle ilgili kısmına gelince; bu kısım yönünden davacı tarafından karar düzeltme dilekçesinde ileri sürülen hususlar, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 54. maddesine uygun bulunduğundan; karar düzeltme isteminin bu kısım yönünden kabulü ile Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulunun 29.12.2005 günlü, E:2004/2447, K:2005/3347 sayılı onama kararının belirtilen kısmı kaldırılarak, gereği görüldü:

Dosyanın incelenmesinden; davacının 1.4.1983 tarihinde TEK İlga Elektrik Dağıtım Müessesesi Müdürlüğünde Elektrik Mühendisi olarak göreve başladığı, Kurumda oniki yıl sürdürdüğü mühendislik görevinden sonra 20.9.1995 tarihinde Karaelmas Elektrik Dağıtım A.Ş. Genel Müdür ve Yönetim Kurulu Başkanlığı görevine atandığı, bu görevde altı yıl süreyle bulunduğu, 29.5.2002 tarihinde Boğaziçi Elektrik Dağıtım A.Ş. (BEDAŞ) Genel Müdürlüğü ve Yönetim Kurulu Başkanlığı görevine atandığı, bu görevden alındıktan sonra 1.5.2003 günlü işlemle TEDAŞ Genel Müdürlüğü emrine müşavir olarak atandığı anlaşılmaktadır.

Diğer yandan, davacının yerine atandığı önceki BEDAŞ Genel Müdür ve Yönetim Kurulu Başkanı ...'nın görevden alınarak Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığına müşavir olarak atanmasına ilişkin 29.5.2002 günlü işleme karşı açtığı davada; Danıştay Beşinci Dairesince verilen ve yürütmenin durdurulması isteminin reddine ilişkin bulunan karara yapılan itirazın Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulunun 20.6.2003 günlü, YD. İtiraz No:2003/730 sayılı kararıyla kabulü ve dava konusu işlemin yürütülmesinin durdurulmasına karar verildiği ve daha sonra bu işlemin Beşinci Daire kararıyla iptal edildiği, temyiz ve karar düzeltme istemlerinin de reddedilerek Dairenin iptal kararının kesinleştiği, dolayısıyla BEDAŞ Genel Müdür ve Yönetim Kurulu Başkanlığı kadrosunun hukuken dolu olduğu; Danıştay Beşinci Dairesinin de davacının bu görevden alınmasına ilişkin işlemin hukuka aykırı görülmediğine ilişkin kararında BEDAŞ Genel Müdür ve Yönetim Kurulu Başkanlığı kadrosunun hukuken dolu olduğuna ilişkin yukarıda belirtilen hususlara temel gerekçe olarak yer verdiği anlaşılmaktadır.

Belirtilen hukuki süreç dikkate alındığında, yargı kararının uygulanmasının gereği olarak davacının BEDAŞ Genel Müdürlüğü ve Yönetim Kurulu Başkanlığı görevine iadesi hukuken mümkün olmamakla birlikte, bu durumda davacının atanacağı kadronun belirlenmesinde, Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulunun 22.3.1999 günlü, E:1997/134, K:1999/407 sayılı kararında da belirtildiği üzere, ilgilinin hizmet süresi, dava konusu işlemin tesis edildiği tarihe kadar bulunduğu görevler, alındığı ve atandığı görevlerin

unvan ve nitelikleri, bu iki görev arasındaki hiyerarşik kademeler ve değişik kadroların idarece dikkate alınması gerekmektedir.

Bu bağlamda uyumsuzluk incelendiğinde, davacının altı yıl Karaelmas Elektrik Dağıtım A.Ş. Genel Müdürü ve Yönetim Kurulu Başkanı olarak görev yaptığı, ayrıca Boğaziçi Elektrik Dağıtım A.Ş. Genel Müdürü ve Yönetim Kurulu Başkanlığı görevinde bulunduğu dikkate alındığında, TEDAŞ Genel Müdürlüğü emrine müşavir olarak atanmasına ilişkin işlemde "açık takdir hatası" bulunmaktadır. İdare tarafından ileri sürülen diğer nedenler ise Kurulumuzca ulaşılan sonucu etkiler nitelikte görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle, Danıştay Beşinci Dairesinin 5.4.2004 günlü, E:2003/3424, K:2004/1623 sayılı kararının; davacının TEDAŞ Genel Müdürlüğü emrine müşavir olarak atanması işleminin iptali isteminin reddine ilişkin kısmının BOZULMASINA, bozulan kısım hakkında yeniden bir karar verilmek üzere dosyanın Danıştay Beşinci Dairesine gönderilmesine, 25.9.2008 gününde oyçokluğu ile karar verildi.

KARŞI OY

Davacının karar düzeltme dilekçesinde ileri sürülen hususlar karar düzeltme isteminin kısmen kabulünü gerektirecek nitelikte bulunmadığından, istemin reddi oyuyla, karara karşıyız.

T.C.
DANIŞTAY
İdari Dava Daireleri
Kurulu
Esas No : 2005/1579
Karar No: 2008/1674

Özeti : Olumsuz düzenlenen sicil, ilgisine bildirilmesi gerektiği hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan (Davalı) : Adalet Bakanlığı

Karşı Taraf (Davacı) : ...

İstemin Özeti : Antalya 2. İdare Mahkemesinin 3.11.2004 günlü, E:2004/728, K:2004/950 sayılı ısrar kararının temyizen incelenerek bozulması davalı idare tarafından istenilmektedir.

Savunmanın Özeti : Savunma verilmemiştir.

Danıştay Tetkik Hakimi Aylin Bayram'ın Düşüncesi : Temyiz isteminin reddi ile İdare Mahkemesinin ısrar kararının onanması gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı Semra Şentürk'ün Düşüncesi : 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 117 nci maddesinde, devlet memurlarının yetersizlikleri halinde sicil raporlarında yazılı bulunan kusur ve eksikliklerinin, uyarılmaları bakımından ,kendilerine bildirileceği öngörülmüştür.

Anılan bildirim, izleyen yıl sicilinin varoluş şartına ilişkin olmayıp bildirimin yasa kuralında öngörülen biçimde veya zamanda yapılmaması memurun görevleri ve statüsü ile ilgili yükümlülüklerini, belirlenen kurallara uygun biçimde yerine getirme gereğini etkilemeyeceğinden bu kurala uyulmaması , işlemin bu nedenle iptalini gerektirmeyecektir.

Diğer yandan iptal kararının iptal edilen idari işlemin tesis edildiği tarihe kadar etkili olması da gözönüne alınarak durum değerlendirildiğinde ,1998 yılı sicilinin olumsuz düzenlenmesine neden olan ,kusur ve eksikliklerinin davacıya bildirilmeyerek 1999 yılında anılan dönem sicilini düzeltme fırsatından yoksun bırakıldığı gerekçesiyle iptal edilmesi davacı hakkında 1999 yılına ilişkin sicil düzenlenmesini de olanaksız kılacaktır.

Bu durumda bozma kararına karşı ısrar eden idare mahkemesi kararında hukuka uyarlık görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle temyiz isteminin kabul edilerek İdare Mahkemesi kararının bozulmasının uygun olacağı düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulunca gereği görüldü:

Dava, Isparta Kapalı Cezaevi İnfaz ve Koruma memuru olan davacının 1998 ve 1999 yılı sicillerinin olumsuz olmasına yaptığı itirazın reddine ilişkin 7.3.2000 günlü, 2000/54 sayılı Isparta Adli Yargı Adalet Komisyonu Kararının iptali istemi ile açılmıştır.

Antalya 2. İdare Mahkemesinin 31.1.2001 günlü, E:2000/289, K:2001/114 sayılı kararıyla; infaz koruma memuru olan davacının 16.2.2000 günlü yazı ile iki yıl olumsuz sicil aldığı belirtilerek uyarıldığı, davacının 25.2.2000 günlü dilekçe ile sözkonusu işleme itiraz ettiği, dava konusu işlemle de, davacının 1998 ve 1999 yılları sicillerinin olumsuz olduğu, Devlet Memurları Sicil Yönetmeliğinin 21. maddesinde belirtildiği gibi, ilk defa yetersiz ve olumsuz sicil alan memurlara gerekli tebligatın yapılacağı ve uyarılacağı belirtilmediği ancak ilk tebliğ ve uyarının yapılmadığı, 1998 ve 1999 yılları gizli sicillerinin olumsuz ve yetersiz olduğu tebliğ edilmekle beraber, olumsuz ve yetersiz sicillerinden dolayı da yargı çevresi dışında bir yere atamalarının yapılması için Adalet Bakanlığı Ceza ve Tevkifevleri Genel Müdürlüğüne komisyon kararı ile teklif edildiği, gelecek yazıya göre işlem yapılacağı, 1. ve 2. sicil amirlerince doldurulan sicil raporlarında bizzat memurun görevinin ifası ile ilgili olup, sicil amirlerinin kendi görüş ve takdirinde bulunduğu, bu nedenle, olumsuz ve yetersiz olarak doldurulan sicillerin kaldırılması itirazının reddedildiği, davanın da bu işleme karşı açıldığının anlaşıldığı, davacının 1998 yılından geriye dönük son üç yıllık sicillerinde genel bir düşüş olduğu ve 1995 yılında uyarı, 1997 yılında kınama cezası ile cezalandırıldığı, 1998 yılı sicilinin olumsuz olduğu hususunun ise davacıya bildirilmediğinin görüldüğü, bu durumda, davacının 1998 yılı sicilinin olumsuz düzenlenmesinde objektif esaslardan uzaklaşıldığı izlenimi uyandıracak bir çelişki saptanmadığından 1998 yılı sicili açısından hukuka aykırılık bulunmadığı, 1999 yılı sicili açısından ise, bir önceki yıl sicilinin olumsuz olduğu hususunun davacıya bildirilmemiş olması dolayısıyla, davacının kusurları ve eksiklikleri belirtilerek uyarılmamış olması nedeniyle anılan dönemde sicilini düzeltme fırsatından yoksun kaldığından 1999 yılı sicilinin olumsuz düzenlenmesinde hukuka uyarlık bulunmadığı gerekçesi ile dava konusu işlemin, 1998 yılı sicilinin olumsuz düzenlenmesine ilişkin kısmına yönelik iptal istemi reddedilmiş, 1999 yılı sicilinin olumsuz düzenlenmesine ilişkin kısmı ise iptal edilmiştir.

Bu kararın iptale ilişkin kısmı temyiz incelemesi sonucunda; Danıştay Onikinci Dairesinin 12.12.2003 günlü, E:2001/2194, K:2003/3978 sayılı kararıyla; 657 sayılı Kanunun 117.maddesi ile Devlet Memurları Sicil Yönetmeliğinin 21.madde hükümleri ile, ilgililere sadece dava açma hakkı yönünden bir imkan sağlandığı, memurun, memurluk görevini yaparken, görevinin gerektirdiği ödev ve sorumlulukları yapmasının, yükümlülükleri yerine getirmesinin ve belirlenen yasaklardan uzak durmasının memur hukukunun bir gereği olduğu, sicil ilgiliye bildirilmesinin amacının, kendilerine dava açma hak ve imkanı sağlamaktan ibaret olup, bildirim yapılmamış olmasının, bu sicile etki eden tutum ve davranışlarından ilgililerin, bir sonraki yılda sorumlu tutulamayacağı sonucuna yol açmayacağı, bu nedenle, İdare Mahkemesince , davacının 1999 yılındaki siciline neden olan tutum ve davranışlarının yargısal denetiminin yapılması, diğer bir deyişle 1999 yılı sicili açısından uyumsuzluğun esasının incelenmesi gerekirken, bir önceki yıl sicilinin olumsuz olduğu hususunun davacıya bildirilmemiş olması dolayısıyla, davacının kusurları ve eksiklikleri belirtilerek uyarılmamış olması nedeniyle anılan dönemde sicilini düzeltme fırsatından yoksun kalmış olmasından dolayı 1999 yılı sicilinin olumsuz düzenlenmesinde hukuka uyarlık bulunmadığı gerekçesi ile dava konusu işlemin bu kısmının iptal edilmesinde hukuki isabet

görülmüdüğü gerekçesiyle bozulmuş ise de; idare mahkemesi bozma kararına uymayarak, dava konusu işlemin 1999 yılı siciline ilişkin kısmına yönelik olarak işlemin iptali yolundaki ilk kararında ısrar etmiştir.

Davalı idare, Antalya 2.İdare Mahkemesinin 3.11.2004 günlü, E:2004/728, K:2004/950 sayılı ısrar kararını temyiz etmekte ve bozulmasını istemektedir.

Temyiz edilen kararla ilgili dosyanın incelenmesinden; Antalya 2.İdare Mahkemesince verilen kararın usul ve hukuka uygun bulunduğu, dilekçede ileri sürülen temyiz nedenlerinin kararın bozulmasını gerektirecek nitelikte olmadığı anlaşıldığından, davalı idarenin temyiz isteminin reddine, Antalya 2.İdare Mahkemesinin 3.11.2004 günlü, E:2004/728, K:2004/950 sayılı ısrar kararının onanmasına, 19.6.2008 gününde oyçokluğu ile karar verildi.

KARŞI OY

Dava, Isparta Kapalı Cezaevi İnfaz ve Koruma memuru olan davacının 1998 ve 1999 yılı sicillerinin olumsuz olmasına yaptığı itirazın reddine ilişkin işlemin iptali istemiyle açılmış; İdare Mahkemesinin, işlemin 1998 yılı siciline ilişkin kısma yönelik olarak davanın reddine, 1999 yılı siciline yönelik olarak ise işlemin iptaline ilişkin kararın iptale ilişkin kısmının Danıştay Onikinci Dairesince bozulması üzerine İdare Mahkemesince bozma kararına uyulmayarak 1999 yılı sicilinin iptali yolundaki ilk kararda ısrar edilmiştir.

Dosyanın incelenmesinden, Isparta Kapalı Cezaevi infaz ve koruma memuru olan davacının 1998 ve 1999 yılları sicillerinin olumsuz olduğunun 16.2.2000 günlü yazı ile bildirildiğı, yapılan itirazın da reddedildiğı, bu işleme karşı açılan davada idare mahkemesince, 1998 yılı sicilinin olumsuz düzenlenmesine neden olan tutum ve davranışlarının davacıya bildirilmediğı, dolayısıyla davacının kusurları ve eksiklikleri belirtilerek uyarılmamış olması nedeniyle anılan dönemde sicili düzeltme fırsatından yoksun kalmış olmasından dolayı 1999 yılı sicilinin olumsuz düzenlenmesinde hukuka uyarlık bulunmadığı gerekçesi ile dava, 1999 yılı sicili açısından kısmen kabul edilerek 1999 yılı sicilinin bu gerekçe ile iptal edildiğı anlaşılmaktadır.

657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 117.maddesi ile Devlet Memurları Sicil Yönetmeliğinin 21.maddesi uyarınca olumsuz sicillerinin, uyarılmaları bakımından ilgililere bildirileceğı hükümleri ile ilgililere dava açma hakkı yönünden bir olanak tanınmış olup, ilgililerin görevlerini, tutum ve davranışlarını genel hukuk kuralları çerçevesinde görev yaptıkları kurum ve kuruluşlarca belirlenen kurallara uygun şekilde belirlemek zorunda oldukları tartışmasız olduğundan, sadece sicilin bildirilmemiş olması nedeniyle bu sicile etki eden tutum ve davranışlarından dolayı ilgililerin bir sonraki yıl da sorumlu tutulamayacağı sonucuna ulaşılamayacağı açıktır.

Bu durumda, İdare Mahkemesince, 1999 yılı sicili açısından da işin esasının incelenmesi gerekirken, bir önceki yıl olumsuz sicilinin bildirilmemiş olması nedeniyle işlemin bu kısmının iptalinde hukuka uyarlık görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle, İdare Mahkemesinin ısrar kararının Danıştay Onikinci Dairesi kararı doğrultusunda bozulması oyuyla karara karşıyız.

T.C.
DANIŞTAY
İdari Dava Daireleri
Kurulu
Esas No:2006/1873
Karar No:2008/1691

Özeti : Davacının lise diplomasının iptal edilmiş olmasına dayanılarak, teknisyen kadrosu iptal edildiğinden, diploma iptaline karşı açılan dava sonunda işlemin iptal edilmesi üzerine; davacının, yeniden önceki hukuki durumu ve statüsüne geçirilmesi, davalı idarece 4502 sayılı Yasa'nın geçici 4. maddesi uyarınca, kurumun şirket statüsüne geçirildiği tarihten sonraki tarih itibarıyla, tüm kadrolu personel için uygulanan prosedürün, davacı için de uygulanması gerektiği hakkında.

Karar Düzeltme İsteminde Bulunan (Davacı) : ...

Vekili : Av. ...

Karşı Taraf (Davalı) : Türk Telekomünikasyon A.Ş. Genel Müdürlüğü

Vekilleri : Av. ..., Av. ...

İstemin Özeti: Ankara 7. İdare Mahkemesince verilen 22.12.2004 günlü, E:2004/3242, K:2004/2420 sayılı ısrar kararının Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulunun 15.12.2005 günlü, E:2005/300, K:2005/2805 sayılı kararı ile onanması üzerine davacı. bu karara karşı, karar düzeltme isteminde bulunmaktadır.

Savunmanın Özeti : Karar düzeltme isteminin reddi gerektiği savunulmaktadır.

Danıştay Tetkik Hakimi Gonca Temizhan'ın Düşüncesi : Karar düzeltme isteminin kabulü ile Ankara 7. İdare Mahkemesinin ısrar kararının Danıştay Beşinci Dairesi kararı doğrultusunda bozulması gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı Saadet Ünal'ın 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

Hüküm veren Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulunca 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 54. maddesi uyarınca davacının karar düzeltme istemi kabul edilerek Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu'nun 15.12.2005 günlü, E:2005/300, K:2005/2805 sayılı kararı kaldırılarak dosya incelendi, gereği görüldü:

Dava, Ankara İl Telekom Müdürlüğünde görev yapan davacının sözleşmeli teknisyen kadrosuna atanmak için yaptığı başvurunun reddine ilişkin 4.4.2001 günlü, 5499 sayılı işlemin iptali ile lise diplomasının iptal edilmesi üzerine yeniden yapılan intibakı sonucunda kendisinden tahsil edilen 989.000.000.-liranın tahsilatın yapıldığı, 17.2.1999 tarihinden itibaren işletilecek yasal faiziyle birlikte maddi, dava konusu işlem nedeniyle uğranıldığı öne sürülen manevi zarara karşılık 1.500.000.000.-lira manevi tazminat ödenmesine karar verilmesi ve dava konusu işlemin dayanağı olan 4502 sayılı Yasanın Geçici 4. maddesinin iptali için Anayasa Mahkemesine başvurulması istemiyle açılmıştır.

Ankara 7. İdare Mahkemesi, 16.7.2002 günlü, E:2001/714, K:2002/934 sayılı kararıyla; hizmetli kadrosunda lise mezunu olarak görev yapmakta iken, ... Endüstri Meslek Lisesinden dışarıdan bitirme sınavlarına katılarak meslek lisesi diploması alan davacının, bu diplomaya dayalı olarak 2.5.1997 tarihinde teknisyen yardımcılığına; 13.5.1998 tarihinde

teknisyenliğe atandığı; davacı adına düzenlenen meslek lisesi diplomasının Milli Eğitim Bakanlığınca iptal edildiği, bu durumun davalı idareye bildirilmesi üzerine, davalı idarenin 17.2.1999 tarihli işlemi ile davacının teknisyen yardımcısı ve teknisyen kadrolarına yapılan atama onayları iptal edilerek yeniden hizmetli kadrosuna atandığı; ayrıca, teknisyen yardımcılığı ve teknisyen kadrolarında ilgiliye yapılan ödemeler zimmete alınarak, tahsil edilmesi yolunda makamdan olur alındığı; davacı tarafından Milli Eğitim Bakanlığına karşı diplomanın iptaline ilişkin işlemin iptali istemiyle Ankara 9. İdare Mahkemesinin 2000/1771 esasına kayıtlı olarak açılan davada; Danıştay Sekizinci Dairesinin bozma kararına uyularak söz konusu işlemin iptaline hükmedildiği, bu karar uyarınca davacının yeniden teknisyen kadrosuna atanması yolunda yaptığı başvurunun dava konusu işlemle reddi üzerine bakılmakta olan davanın açıldığına anlaşıldığı; bu durumda, teknisyen kadrosundan alınarak hizmetli kadrosuna atanmasına karşı dava açmayan ilgilinin, meslek lisesi diplomasının iptali istemiyle açtığı davada verilen iptal kararı sonucunun, yalnızca davacının eğitim durumunu etkileyeceği; eski görevine atanması konusunda idareye bir zorunluluk yüklemeyeceği; anılan iptal kararı gereğince yeniden meslek lisesi mezunu konumuna dönen ilgilinin, teknisyen kadrosuna atanma isteminin idarece, kadro durumu ve personel ihtiyacı gözetilerek değerlendirilmesi gerektiği; 406 sayılı Yasada yapılan değişiklikle Türk Telekom A.Ş.'de münhal olan tüm kadroların iptal edilmesi karşısında, kadrosuzluk nedeniyle davacının teknisyenliğe atanmaması yolunda kurulan dava konusu işlemde hukuka aykırılık bulunmadığı; olayda, davacıya manevi tazminat verilmesini gerektiren koşulların da gerçekleşmediği; davacı adına borç çıkarılan 989.000.000.-liranın 17.2.1999 tarihinde ilgiliden tahsil edilmesine karşın, bu tarihten itibaren 60 günlük süre içinde dava konusu edilmemişinden, davanın bu kısmının süre aşımı nedeniyle esasının incelenemeyeceği gerekçesiyle davanın istirdata ilişkin kısmının süre yönünden, diğer kısımlarının ise esastan reddine karar vermiştir.

Bu kararın temyizden incelenmesi sonucunda; Danıştay Beşinci Dairesinin 18.6.2004 günlü, E:2002/5590, K:2004/2945 sayılı kararıyla; kararın manevi tazminata ilişkin bölümünün onanmasına, dava konusu işlem ile maddi tazminata ilişkin bölümünün ise; davacının teknisyen kadrosundan hizmetli kadrosuna atanmasının dayanağını oluşturan diploma iptaline ilişkin işlemin Danıştay Sekizinci Dairesinin bozma kararı üzerine Ankara 9. İdare Mahkemesince iptal edildiğinin tartışmasız olduğu, iptal kararlarının, dava konusu işlemi ilk tesis edildikleri tarihten itibaren, hiç tesis edilmemiş gibi hukuk dünyasından bütün sonuçları ile çıkartan kararlar olduğu, olayda, davacının "lise diplomasının iptali" üzerine, davalı idarece tesis edilen tüm işlemlerin de; "diplomanın iptaline ilişkin işlemin" yargı kararı ile iptal edilmesi üzerine, hiç tesis edilmemiş gibi hukuk dünyasından çıkartılarak, davacının diplomasının iptalinden önceki hukuki durumu ve statüsüne getirilmesinin gerektiği, bu nedenle, tesis edilen bir dizi işlemin tamamının hiç tesis edilmemiş gibi geri alınması sonucunda da, davacının diploması iptal edilmemiş olsaydı geçen süre içinde akçalı hakları ne durumda olacak idiyse, bu durumun da sağlanması ve diplomanın iptali nedeniyle tesis edilen istirdat işleminin de, yine hiç tesis edilmemiş gibi hukuk dünyasından çıkartılarak, istirdata konu miktarın da davacıya iade edilmesinin gerektiği, olayda, iki ayrı idarenin bulunması ve davalı idarenin statüsünün değişmiş olmasının iptal kararı uyarınca işlem yapılma gerekliliğini ortadan kaldırmayacağı gibi, davalı idarece, davacının diplomasının iptalinden ve teknisyen kadrosundan alınmasından önceki statüsünün tanınmasının esas olup, kurumun şirket statüsüne geçirildiği tarihten sonraki tarih itibarıyla, tüm kadrolu personel için uygulanan prosedüre davacının da tabi olacağının açık olduğu gerekçesiyle bozulmasına karar verilmiş ise de, İdare Mahkemesi kararın bozma kısmına uymayarak ilk kararında ısrar etmiş ve davanın dava konusu işleme yönelik kısmının reddine, maddi tazminata yönelik kısmının ise süre yönünden reddine karar vermiştir.

Davacı, Ankara 7. İdare Mahkemesinin 22.12.2004 günlü, E:2004/3242, K:2004/2420 sayılı ısrar kararını temyiz etmekte ve bozulmasını istemektedir.

Anayasanın 2. maddesinde "Cumhuriyetin nitelikleri" arasında sayılan hukuk devleti ilkesi, vatandaşların hukuki güvenlik içinde bulundukları, devletin eylem ve işlemlerinin hukuk kurallarına bağlı olduğu bir sistemi ifade etmektedir. Anayasa Mahkemesi de, hukuk devletini "İnsan haklarına saygılı ve bu hakları koruyucu âdil bir hukuk düzeni kuran ve bunu devam ettirmekle kendisini yükümlü sayan, bütün eylem ve işlemleri yargı denetimine bağlı olan devlet" biçiminde tanımlamıştır. Hukuk devleti ilkesinin bir gereği olarak yine Anayasanın 138.maddesinin son fıkrasında yer alan; "Yasama ve yürütme organları ile idare, mahkeme kararlarına uymak zorundadır; bu organlar ve idare mahkeme kararlarını hiçbir suretle değiştiremez ve bunların yerine getirilmesini geciktiremez." hükmü ile yargı kararlarının idarece yerine getirme zorunluluğu açık olarak vurgulanmıştır.

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun " Kararların sonuçları" başlıklı 28. maddesinin 1. fıkrasında da, "Danıştay, bölge idare mahkemeleri, idare ve vergi mahkemelerinin esasa ve yürütmenin durdurulmasına ilişkin kararların icaplarına göre idare, gecikmeksizin işlem tesis etmeye veya eylemde bulunmaya mecburdur. Bu süre hiçbir şekilde kararın idareye tebliğinden başlayarak otuz günü geçemez." kuralı yer almıştır.

Görüldüğü üzere, Danıştay, bölge idare, idare ve vergi mahkemeleri tarafından verilen kararların gereklerinin karardaki gerekçe de gözönüne alınmak suretiyle idarece yerine getirilmesi temel bir kuraldır.

Danıştay'ın istikrar kazanmış kararlarına göre iptal kararları, dava konusu işlemi hiç tesis edilmemiş kılan ve işlemin tesisinden önceki hukuki durumun geri gelmesini sağlayan kararlardır.

4502 sayılı Yasanın Geçici 4. maddesinde; "Bu kanunun yürürlüğe girdiği tarihte Türk Telekom'da 399 sayılı Kanun Hükmünde Kararnameye tabi olarak kadrolu veya sözleşmeli personel statüsünde çalışmakta olanlardan isteyenler iş mevzuatına tabi personel statüsüne geçirilir. İş mevzuatına tabi personel statüsüne geçmek istemeyenlerin mevcut statü, sosyal ve özlük haklarıyla istihdamlarına devam olunur" hükmü yer almaktadır.

Danıştay Beşinci Dairesinin 18.6.2004 günlü, E:2002/5590, K:2004/2945 sayılı kararında da belirtildiği gibi olayda lise diplomasının iptal edilmiş olmasına dayanılarak davacının teknisyen kadrosu iptal edildiğinden, diploma iptaline karşı açılan dava sonucunda işlemin iptal edilmesi üzerine davacının yeniden önceki hukuki durumu ve statüsüne getirilmesi, davalı idarece yukarıda anılan 4502 sayılı Yasanın geçici 4. maddesi uyarınca kurumun şirket statüsüne geçirildiği tarihten sonraki tarih itibarıyla tüm kadrolu personel için uygulanan prosedürün davacı için de uygulanması gerekmektedir.

Uyuşmazlığın, 989.000.000 liranın 17.2.1999 tarihinden itibaren yasal faiziyle birlikte tazmini istemine ilişkin kısmına gelince;

Davacının davalı idarede hizmetli kadrosunda çalışmakta iken dışarıdan bitirme sınavı sonucu aldığı meslek lisesi diplomasına dayanılarak 16.5.1997 tarihinde teknisyen yardımcılığına, 13.5.1998 tarihinde de teknisyen kadrosuna atandığı, davacı adına düzenlenen lise diplomasının Milli Eğitim Bakanlığınca iptal edilmesi üzerine 17.2.1999 tarihli işlemle, davacının teknisyen yardımcısı ve teknisyen kadrolarına yapılan atamalarının iptal edildiği ve lise diplomasına dayanılarak 1.1.1996-15.2.1999 tarihleri arasında ödenen ücretlerin zimmete alınarak tahsil edilmesine karar verildiği anlaşılmaktadır.

Davacı, 989.000.000.-liranın tahsil edilmesine ilişkin 17.2.1999 tarihli bu işlemin iptali istemiyle dava açmamış ise de, işlemin dayanağı olan meslek lisesi diplomasının iptal edilmesine ilişkin Milli Eğitim Bakanlığı işleminin iptali istemiyle dava açtığı ve Ankara 9. İdare Mahkemesince 11.1.2001 günlü, E:2000/1771, K:2001/4 sayılı kararı ile Danıştay Sekizinci Dairesinin 4.4.2000 günlü, E:2000/741, K:2000/2547 sayılı bozma kararına uyularak diploma iptaline yönelik işlemin iptaline karar verildiği anlaşıldığından ve davacının bu iptal kararının doğuracağı sonuçlardan yararlanmak istemiyle 2577 sayılı Yasanın 10. maddesi kapsamında idareye başvuruda bulunabileceği açık olduğundan, davacının sözleşmeli teknisyen kadrosuna iadesi ve özlük haklarının geri verilmesi yolundaki

başvurusunun reddi üzerine süresi içerisinde açılan davada, davacıdan tahsil edilen miktarın iadesine karar verilmesi yolundaki istemin İdare Mahkemesince süre aşımı nedeniyle reddedilmesinde isabet görülmemiştir.

Davacı tarafından süresi içinde açıldığı anlaşılan davada, yukarıda yapılan açıklamalar karşısında geçmişe yönelik parasal hakların da tazminen ödenmesi gerekmektedir.

Bu durumda, İdare Mahkemesince verilen ve davanın dava konusu işlem ile maddi kayıplara yönelik bölümün reddi yolundaki ısrar kararında hukuki isabet bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle, davacının temyiz isteminin kabulüne, Ankara 7. İdare Mahkemesinin 22.12.2004 günlü, E:2004/3242, K:2004/2420 sayılı ısrar kararının Danıştay Beşinci Daire kararı doğrultusunda bozulmasına, dosyanın anılan İdare Mahkemesine gönderilmesine 26.6.2008 gününde oyçokluğu ile karar verildi

KARŞI OY

Davacının karar düzeltme dilekçesinde öne sürülen hususlar İdari Dava Daireleri Kurulu'nun 15.12.2005 günlü, E:2005/300, K:2005/2805 sayılı kararının kaldırılmasını gerektirecek nitelikte görülmediğinden, istemin reddi gerektiği oyuyla karara karşıyız.

T.C.
DANIŞTAY
İdari Dava Daireleri
Kurulu
Esas No: 2005/1636
Karar No: 2008/1781

Özeti : 1918 sayılı Yasa'nın 39. maddesinde yer alan kaçakçılık suçunu işlediği kanaatine varıldığından bahisle, 657 sayılı Yasa'nın 125/E-g maddesine istinaden devlet memurluğundan çıkarma cezası ile cezalandırılan davacının, hakkında verilmiş bir mahkumiyet kararı bulunmadığından, davacının üzerine atılı disiplin suçu ve verilen disiplin cezası 4455 sayılı Yasa ile öngörülen af kapsamında bulunmakta olup, soruşturma raporuna istinaden verilen dava konusu işlemde hukuka uyarlık bulunmadığı hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan (Davalılar) : 1- Maliye Bakanlığı
2- Başbakanlık Gümrük Müsteşarlığı

Karşı Taraf (Davacı) : ...
Vekili : Av. ...

İstem Özet: İstanbul 3. İdare Mahkemesince verilen ve Danıştay Onikinci Dairesinin 4.2.2003 günlü, E:2002/3753, K:2003/177 sayılı bozma kararına uyulmayarak, dava konusu işlemin iptali yolundaki ilk kararda ısrar edilmesine ilişkin bulunan 31.12.2004 günlü, E:2004/3058, K:2004/2722 sayılı kararı, davalı idare temyiz etmekte ve kararın bozulması istenilmektedir.

Savunmanın Özeti : .Savunma verilmemiştir.

Danıştay Tetkik Hakimi Pınar İmirzalıoğlu'nun Düşüncesi : Davalı idarenin temyiz isteminin reddi ile İstanbul 3. İdare Mahkemesince verilen ısrar kararının onanması gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı Erkan Cantekin'in Düşüncesi : Temyize konu edilen ısrar kararının Danıştay Onikinci Dairesinin 4.2.2003 günlü, E:2002/3753, K:2003/177 sayılı bozma kararı doğrultusunda bozulması gerektiği düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulunca dosyanın tekemmül etmiş olduğu anlaşıldığından, davalı idarenin yürütmenin durdurulması istemi hakkındaki talebi görüşülmeksizin dosya incelendi, gereği görüldü;

5622 sayılı Tasfiye İşleri Döner Sermaye İşletmeleri Genel Müdürlüğü'nün Gümrük Müsteşarlığına Bağlanması Amacıyla Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun 5. maddesinin 6. fıkrasında; bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihe kadar Maliye Bakanlığı Tasfiye İşleri Döner Sermaye İşletmeleri Genel Müdürlüğü leh ve aleyhine açılmış ve açılacak davalar ile icra takiplerinin bütün hak, yetki, yükümlülük, alacak ve borçlarıyla birlikte Gümrük Müsteşarlığına geçtiği ve bu davalar ile icra takiplerinin Gümrük Müsteşarlığı husumetiyle yürütüleceği öngörüldüğünden, bakılan davada, Başbakanlık Gümrük Müsteşarlığının da davalı konumuna alınmasına karar verildi.

Dava, TASİŞ İstanbul İşletme Bölge Müdürlüğünde ambar memuru olarak görev yapan davacının, 657 sayılı Yasanın 125/E-g maddesi uyarınca Devlet memurluğundan çıkarma cezası ile cezalandırılmasına ilişkin işlemin iptali ile bu işlem nedeniyle yoksun kaldığı parasal ve özlük haklarının yasal faiziyle birlikte ödenmesine karar verilmesi istemiyle açılmıştır.

İstanbul 3. İdare Mahkemesinin 29.3.2002 günlü, E:2001/208, K:2002/584 sayılı kararıyla; 4455 sayılı Af Yasasından söz edilerek, bakılan davada, davacının TASİŞ İstanbul İşletme Bölge Müdürlüğünde ambar memuru olarak görev yapmakta iken 7.3.1996 tarihinde Merter Kaçak Eşya Ambarına alınmış olan 3213 bidon asit anhidritten 2018 bidonun imha edilmesinden sonra arta kalan 1195 bidondan 1088'inin ziyana uğratıldığı iddiasıyla ilgili olarak Tasfiye Kontrolörü tarafından yapılan inceleme sonrasında 30.3.2000 günlü, 01/İR.2/2 sayılı inceleme raporunun düzenlediği, bu raporda; kaçak zannı ile yakalandıktan sonra 7.3.1996 tarihinde Merter 1 Nolu Kaçak Ambarı defterine kaydedilerek ambar memuru ...'a teslim edilen ve ambar memuru ...'ün sorumluluğunda olan Merter 2 Nolu Kaçak Eşya Ambarına konulan 5'er litrelik 3213 asit anhidrit bidondan bozulan 2018 adedinin mahkeme kararına istinaden imha komisyonu tarafından imha edilmesinin ardından, sağlam kalan 1195 adet bidondan 101 adedinin verilen izin üzerine Toprak Mahsulleri Ofisi'ne bırakıldığı, bundan kalan 1094 adedinin de 6.2.1999 tarihinde ambar memuru ...'ın görevli bulunduğu Erenköy Tasfiye ve Kaçak Eşya Ambarına nakledildiği, anılan bidonlardan 6 adedinin Sakarya Üniversitesi Fen Fakültesi yetkililerine teslim edilmesinin ardından da az miktarda yarım veya tam dolu sıvı bulunan 69 adet bidon ve içi boşaltılmış durumda 942 adet bidon olmak üzere toplam 1011 adet bidonun bulunduğu, 77 adet bidonun ise kaybolduğu, söz konusu kayıp, boş ve eksik bidonların Erenköy'e nakledilmeden önce Merterdeki ambarda ... ve ... tarafından ziyaa uğratıldığı veya değiştirildiği 1918 sayılı Yasanın 39. maddesi uyarınca yapılacak adli takibat sonucunda davacının "suçunun sabit görülmesi halinde" 657 sayılı Yasanın 48/A-5 ve 125/ E-g hükmü uyarınca Devlet memurluğundan çıkarma cezasıyla tecziye edilmesinin uygun olacağı kanaatine ulaşıldığı, bu raporun Yüksek Disiplin Kurulu Başkanlığı'na intikal ettirilmesi üzerine, Kurulun 17.1.2001 gün ve 2001/01 sayılı kararı ile davacının 1918 sayılı Yasanın 39. maddesinde yer alan kaçakçılık suçunu işlediği kanaatine varıldığından bahisle 657 sayılı Kanunun 125/E-g maddesine istinaden görevden çıkarma cezasının tesis edildiğinin anlaşıldığı, aynı zamanda soruşturma raporunun bir örneğinin de Bakırköy Cumhuriyet Başsavcılığı'na gönderildiği, Mahkemelerinin 23.1.2002 tarihli ara kararına cevaben davacı vekilince verilen 27.2.2002 havale tarihli yazıda, davacının Bakırköy 1. Ağır Ceza Mahkemesinin E:2000/447 sayılı dosyasında yargılandığı ve davanın halen derdest olduğu ve iş bu kararın verildiği tarihe kadar hakkında verilmiş herhangi bir

mahkumiyet kararı da bulunmadığının görüldüğü, henüz hakkında verilmiş bir mahkumiyet kararı bulunmayan davacının üzerine atılı disiplin suçu ve verilen disiplin cezasının 4455 sayılı Yasa ile öngörülen af kapsamında kaldığının anlaşıldığı, bu duruma göre 23 Nisan 1999 tarihinden önce işlenen ve af kapsamına giren disiplin cezasının verilmesini gerektiren fiillerden dolayı ilgililer hakkında disiplin soruşturması yapılamayacağı, soruşturma raporuna istinaden verilen dava konusu işlemde hukuka uyarlık bulunmadığı, öte yandan, Anayasanın 125. maddesi hükmü uyarınca da hukuka aykırı bulunan dava konusu işlem nedeniyle davacının yoksun kaldığı parasal ve özlük haklarının da dava tarihinden itibaren yasal faiziyle birlikte tazmini gerektiği gerekçesiyle dava konusu işlemin iptaline, davacının dava konusu işlem nedeniyle mahrum kaldığı parasal ve özlük haklarının dava tarihi olan 16.2.2001 tarihinden itibaren yasal faiziyle birlikte davalı idarece davacıya tazminin ödenmesine karar verilmiştir.

Anılan karar temyiz incelemesi sonucunda, Danıştay Onikinci Dairesinin 4.2.2003 günlü, E:2002/3753, K:2003/177 sayılı kararıyla; temyiz istemine konu İdare Mahkemesi kararında; kararın verildiği tarihe kadar hakkında verilmiş bir mahkumiyet kararı bulunmayan davacının üzerine atılı disiplin suçu ve verilen disiplin cezasının 4455 sayılı Yasa uyarınca af kapsamında kaldığının anlaşıldığı, 23 Nisan 1999 tarihinden önce işlenen ve af kapsamına giren disiplin cezasının verilmesini gerektiren fiilden dolayı ilgililer hakkında disiplin soruşturması yapılamayacağı gerekçesiyle dava konusu işlemin iptaline karar verildiği, Dairelerinin 26.9.2002 günlü ara kararı üzerine gönderilen Bakırköy 1. Ağır Ceza Mahkemesinin 16.10.2002 günlü, E:2000/447, K:2002/402 sayılı kararı ile, davacının 1918 sayılı Kanuna muhalefet suçundan yargılanarak beraatine karar verildiğinin anlaşıldığı, 657 sayılı Yasanın 131. maddesi gereğince memurun Ceza Kanununa göre mahkum olması veya olmaması hallerinin ayrıca disiplin cezası uygulanmasına engel olmayacağından, dava konusu olayın disiplin hukuku açısından soruşturma dosyasında mevcut bilgilere göre değerlendirilmesinin gerektirdiği, soruşturma dosyasının incelenmesinden ise; kaçak zannı ile yakalandıktan sonra 7.3.1996 tarihinde Merter 1 Nolu Kaçak Eşya Ambarı defterine kaydedilerek ambar memuru ...'a teslim edilen ve davacı ...'ün sorumluluğunda olan söz konusu bidonların kayıp, boş ve eksik olmasından Merter'deki ambarda görevli davacı ve arkadaşının kusurlu olduğu sonuç ve kanaatine ulaşıldığı, bu durumda, her ne kadar 1918 sayılı Kanuna muhalefet suçundan açılan kamu davasında, davacının beraatine karar verilmiş ise de, davacının cezalandırılmasına dayanak teşkil eden; "Memurluk sıfatı ile bağdaşmayacak nitelik ve derece yüz kızartıcı ve utanç verici hareketlerde bulunmak" fiilinin yukarıda anılan 4455 sayılı Yasa ile affedilen suçlardan olmaması ve davacının da isnat edilen fiilleri işlediğinin anlaşılması karşısında, Devlet memurluğundan çıkarma cezasıyla cezalandırılmasına ilişkin dava konusu işlemde hukuka aykırılık görülmediği gerekçesiyle, bozulmuş ise de, İdare Mahkemesi bozma kararına uymayarak dava konusu işlemin iptali yolundaki ilk kararında ısrar etmiştir.

Davalı idare, İstanbul 3. İdare Mahkemesinin 31.12.2004 günlü, E:2004/3058, K:2004/2722 sayılı ısrar kararının temyizden incelenerek bozulmasını istemektedir.

Temyiz dosyasının incelenmesinden; temyiz edilen kararın usul ve hukuka uygun bulunduğu ve dilekçede ileri sürülen temyiz sebeplerinin kararın bozulmasını gerektirecek nitelikte olmadığı anlaşıldığından, davalı idarenin temyiz isteminin reddi ile İstanbul 3. İdare Mahkemesinin 31.12.2004 günlü, E:2004/3058, K:2004/2772 sayılı ısrar kararının onanmasına, dosyanın anılan İdare Mahkemesine gönderilmesine, 17.10.2008 gününde oybirliği ile karar verildi.

T.C.
DANIŞTAY
İdari Dava Daireleri
Kurulu
Esas No:2005/2483
Karar No:2008/1783

Özeti : Somut bilgi ve belgeye dayalı olarak olumsuz sicil düzenlenebileceği hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan (Davalı) : Tarım ve Köyşleri Bakanlığı

Karşı Taraf (Davacı) : ...

İstemin Özeti : Manisa İdare Mahkemesinin 3.6.2005 günlü, E:2005/141, K:2005/676 sayılı kararının temyizden incelenerek bozulması davalı idare tarafından istenilmektedir.

Savunmanın Özeti: İdare Mahkemesince verilen ısrar kararının 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 Tuncay Dündar'ın Düşüncesi : Temyiz isteminin reddi ile Daire kararının onanması gerektiği düşünülmektedir.

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

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

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulunca gereği görüldü:

Dava, Turgutlu İlçe Tarım Müdürlüğünde mühendis olarak görev yapan davacının, 1999 yılı sicil raporunun olumsuz düzenlenmesi ve bu sebeple de terfisinin yapılmaması yolunda tesis edilen işlemin iptali istemiyle açılmıştır.

Manisa İdare Mahkemesinin 20.2.2001 günlü, E:2000/249, K:2001/133 sayılı kararıyla, sicil amirince sicil raporlarında yanıtlanması istenilen soruların, içeriklerindende anlaşılacağı gibi ilgililerin meslek ve yöneticilik ehliyetlerinin belirlenmesi amacını taşıdıkları, kamu görevlisinin disiplin hukuku kapsamında disiplin cezasını gerektiren bir eyleminin veya disiplin cezasını gerektirmese bile yıl içindeki olumsuz tutum ve davranışlarının sicil raporuna yansıtılması için bu eylem, tutum ve davranışlarının sicil raporu formunda, soruların içeriği ile tam bir uyum sağlaması ve sadece uyum sağladığı kabul edilen sorunun karşılığı olarak verilecek puana etki edebilmesi gerektiği; davacının 1999 yılı sicil raporunun "amirine, mesai arkadaşlarına, iş sahiplerine karşı tutum ve davranışı" hanesine 10 puan" işbirliği yapmada ve değişen şartlara, görevlere uymada gösterdiği başarı" hanesine ise 50 puan takdir edilerek sicil notu ortalaması 59 puan olacak şekilde olumsuz düzenlendiği anlaşılmakta olup; idarece söz konusu hanelerin düşük notla değerlendirilmesi sicil amirlerinin kanaati olarak açıklamaya çalışılmasına karşın, davacının amirine, iş sahiplerine, mesai arkadaşlarına karşı olumsuz tutum ve davranışlarda bulunduğu, işbirliği yapmada ve değişen şartlara görevlere uymada başarısız olduğunu gösterir hiçbir somut gerekçe ve belge gösterilmediği; ayrıca davacının önceki sicil raporlarında yüksek puanla değerlendirilen "tarafsızlığı" ve "insan haklarına saygısıyla" ilgili hanelere uyumsuzluk konusu sicil raporunda 60 puan takdir edilerek sicil ortalamasının düşürüldüğünün görüldüğü gerekçesiyle dava konusu işlemin iptaline karar vermiştir.

Bu karar temyiz incelemesi sonucu Danıştay Onikinci Dairesinin 18.11.2003 günlü, E:2001/2150, K:2003/3663 sayılı kararıyla, Devlet Memurları Sicil Yönetmeliği uyarınca düzenlenen sicillerin, sicil amirlerinin memurun genel durum ve davranışları hakkındaki düşünceleri, (şahsiyet değerlendirmesi), memurun mesleki ehliyeti hakkındaki notları, (görevde gösterilen başarının değerlendirilmesi) ve memurun yöneticilik ehliyeti hakkındaki notlarından oluştuğu ve bu değerlendirmelere ilişkin soruları içerdiği, bu soruların kimilerine verilen yanıtların olumsuz olması halinde bu değerlendirmeye yol açan nedenlerin somut olarak ortaya konulması gerektiği açık ise de; soruların kimilerinin nitelikleri itibarıyla gözlem ve kanaate dayalı cevapları gerektirmesi sebebiyle idareye bu sorulara verilen yanıtların gerçekliğini somut bilgi ve belgelerle kanıtlama zorunluluğu yükletilmesine imkan bulunmadığı; davacının geçmiş yıl sicillerinin çok iyi olmaması ve davacının 1999 yılı ve geçmiş yıl sicil raporlarını düzenleyen 1. ve 2. sicil amirlerinin davacı hakkındaki gözlem ve kanaatlerine dayalı olarak dava konusu sicilin objektif düzenlendiği sonuç ve kanaatine ulaşıldığından, dava konusu sicil ve bu sicile dayalı olarak davacının terfisinin yapılmaması yolunda tesis edilen işlemin iptali yolunda verilen İdare Mahkemesi kararında hukuki isabet bulunmadığı gerekçesiyle bozulmuştur.

Manisa İdare Mahkemesi 3.6.2005 günlü, E:2005/141, K:2005/676 sayılı kararıyla dava konusu işlemlerin iptaline ilişkin ilk kararında ısrar etmiştir.

Davalı idare davacının geçmiş yıl sicilleri de gözönüne alındığında dava konusu işlemin objektif olarak tesis edildiğinin görüleceğini belirterek kararı temyiz etmekte ve bozulmasını istemektedir.

Temyiz edilen kararla ilgili dosyanın incelenmesinden; Manisa İdare Mahkemesince verilen ısrar kararının usul ve hukuka uygun bulunduğu, dilekçede ileri sürülen temyiz nedenlerinin kararın bozulmasını gerektirecek nitelikte olmadığı anlaşıldığından, davalı idarenin temyiz isteminin reddine, Manisa İdare Mahkemesinin 3.6.2005 günlü, E:2005/141, K:2005/676 sayılı kararının onanmasına, 17.10.2008 gününde oybirliği ile karar verildi.

T.C.
DANIŞTAY
İdari Dava Daireleri
Kurulu
Esas No: 2005/2156
Karar No: 2008/1787

Özeti : Davacının müstafi sayılması işleminin iptali istemiyle açılan davada; idare mahkemesince, davacının göreve gelmediği günlere ilişkin olarak sonradan temin ettiği, ancak davalı idarece dikkate alınmayan sağlık raporunun, davacının bir başka hastaneye sevkinin sağlanarak incelenmesi sonunda, sözü edilen sağlık raporuna itibar edilmesi gerektiği, böylece davacının göreve gelmediği günler için kabul edilebilir mazeretinin bulunduğu sonucuna ulaşılarak, dava konusu işlemin iptaline karar verilmesinde, hukuka aykırılık bulunmadığı hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan (Davalı) : Celal Bayar Üniversitesi Rektörlüğü
Vekili : Av. ...
Karşı Taraf (Davacı) : ...
Vekilleri : Av. ..., Av. ...

İstemın Özeti : Manisa İdare Mahkemesi'nin 10.6.2005 günlü, E:2005/668, K:2005/701 sayılı ısrar kararının temyizden incelenerek bozulması, davalı idare tarafından istenilmektedir.

Savunmanın Özeti : Savunma verilmemiştir.

Danıştay Tetkik Hakimi Yalçın Macar'ın Düşüncesi: Temyiz isteminin reddiyle temyize konu ısrar kararının onanması gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı Erkan Cantekin'in Düşüncesi : İdare ve vergi mahkemelerince verilen kararların temyizden 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 ısrar kararının onanmasının uygun olacağı düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu'nca, dosyanın tekemmül etmiş olması nedeniyle davalı idarenin yürütmenin durdurulması istemi hakkında bir karar verilmeksizin, dosya incelendi, gereği görld:

Dava, davacının 657 sayılı Yasa'nın 94. maddesi uyarınca memuriyetten çekilmiş sayılmasına ilişkin işlemin iptali ile açıkta kaldığı süreye ait parasal haklarının yasal faiziyle birlikte tazmini istemiyle açılmıştır.

Açılan bu dava sonunda, Manisa İdare Mahkemesi'nin 30.4.2003 günlü, E:2002/783, K:2003/440 sayılı kararıyla, davacının göreve gelmediği tarihlere ilişkin olarak mazeret kabul edilmesi gereken rahatsızlığının bulunduğunun anlaşıldığı gerekçesiyle dava konusu işlemin iptali ile ödenmeyen aylıklarının dava tarihinden itibaren hesaplanacak yasal faiziyle birlikte tazminine hükmedilmiş ise de, bu karar, temyiz incelemesi sonucunda Danıştay Onikinci Dairesi'nin 20.12.2004 günlü, E:2003/2476, K:2004/4183 sayılı kararıyla; dava konusu işlemin tesisine neden olan 31.5.2002-14.6.2002 tarihleri arasında davacının devamsızlığına ilişkin olarak, o tarihte alınmış ve mazeretini ortaya koyacak bir sağlık kurulu raporunun bulunmaması, yaklaşık bir yıl sonra, geriye yönelik olarak verilen 10.4.2003 tarihli sağlık kurulu raporuna dayanılarak davacının belirtilen günlerde devamsızlığını haklı kılacak geçerli bir mazereti olduğunun kabulünün de mümkün olmaması karşısında, tesis edilen dava konusu işlemden hukuka aykırılık görülmediği gerekçesiyle bozulmuştur.

Ancak Manisa İdare Mahkemesi, 10.6.2005 günlü, E:2005/668, K:2005/701 sayılı kararıyla, bozma kararına uymayarak, Celal Bayar Üniversitesi Rektörlüğü ... Dairesi Başkanlığı'nda Teknisyen Yardımcısı olarak görev yapmakta iken, ... Meslek Yüksekokulu'nda görevlendirilen davacının 31.5.2002 tarihinde bir gün, 3.6.2002-7.6.2002 tarihleri arasında beş gün ve 10.6.2002-14.6.2002 tarihleri arasında beş gün olmak üzere toplam on günden fazla göreve gelmediğinin tutanakla tespit edilmesi nedeniyle dava konusu işlemin tesis edildiği, Manisa Ruh Sağlığı ve Hastalıkları Hastanesi Baştabipliğinin 12.7.2002 günlü, 6817 sayılı raporunda, davacının yapılan muayenesinde psikometeor yavaşlama, uyku bozukluğu ile depresyon bulguları saptandığı ve bu depresyon halinin en az üç aydır yoğun olarak sürdüğü kanaati olduğu için Haziran ayı içinde de benzeri bulguların mevcut olduğu, dolayısıyla Haziran ayı boyunca rahatsızlığın etkisiyle işe gidememe yada verimin düşmesi gibi tablolar yaratabileceği ve bu ay içinde işe gitmediği günlerin istirahatli sayılmasının tıbben uygun olduğunun belirtildiği, davacı tarafından 24.7.2002 günü dilekçeyle söz konusu raporun davalı idareye sunulduğu, davalı idarenin 31.7.2002 günlü, 5407-4453 sayılı yazısıyla Sağlık Uygulama ve Araştırma Merkezi Başhekimliğinden, bu raporun incelenmesinin ve geçerli olup, olmadığının araştırılmasının istenildiği, Celal Bayar Üniversitesi Tıp Fakültesi Psikiyatri Anabilim Dalı'nın 2.8.2002 günlü, 117 sayılı cevap yazısında, sözü edilen raporda kesin bir psikiyatrik tanı konmadığı ve sayılan belirtilerin bir psikiyatrik bozukluk tanısı koymak için

yeterli bilgi vermediği kanaatine varıldığı, bu nedenle kesin bir karar verebilmek için davacının gözlem altına alınması gerektiğinin bildirildiği, bunun üzerine gözlem altına alınması için hastaneye başvurusu istenilen ve 27.8.2002 tarihinde hastaneye yatırılıp yapılan davacının, kendi isteği üzerine ve aynı gün yatışının iptal edildiği, davacının göreve gelmediği dönemde psikiyatrik rahatsızlığının olup olmadığının sonradan tespiti için tıbben mümkün olduğu, bu nedenle Mahkemelerince, Celal Bayar Üniversitesi Tıp Fakültesi Psikiyatri Anabilim Dalı'nın 2.8.2002 günlü, 117 sayılı yazılarında belirtilen hususlar ile Manisa Ruh Sağlığı ve Hastalıkları Hastanesi Baştabipliğince düzenlenen 12.7.2002 günlü sağlık raporunda belirtilen bulguların göz önüne alınarak, 31.5.2002-14.6.2002 tarihleri arasında görevine gelmesine engel olabilecek ve izinli sayılmasını gerektirebilecek nitelikte psikolojik bir rahatsızlığının olup olmadığının belirlenmesi amacıyla davacının Ege Üniversitesi Tıp Fakültesi Hastanesi'ne sevk edildiği, Psikiyatri Anabilim Dalında görevli üç öğretim üyesi tarafından oluşturulan kurul tarafından düzenlenen tıbbi kanaat raporunda, yapılan psikiyatrik muayenesi alınan öyküsü ve yapılan psikometrik değerlendirmeleri neticesinde geçmiş dönemlere ait Nisan 2002'den başlayan üç aylık bir depersif sürecinin bulunduğu belirtilmesi ve aksi ispat edilene kadar söz konusu sağlık raporuna itibar edilmesi gerekliliği karşısında, davacının müstafi sayılmasına esas teşkil eden 31.5.2002-14.6.2002 tarihleri arasında Kurumu'nca mazeret kabul edilmesi gereken rahatsızlığının bulunduğu sonucuna varıldığından, aksi yönde tesis edilen işlemde 657 sayılı Yasa'nın 94. maddesi uyarılık bulunmadığı gerekçesiyle dava konusu işlemin iptali ile ödenmeyen aylıklarının dava tarihinden itibaren hesaplanacak yasal faiziyle birlikte davacıya ödenmesi yolundaki ilk kararında ısrar etmiştir.

Davalı idare, dava konusu işlemin hukuka uygun olduğunu, Mahkemenin başvurduğu bilirkişi raporunun gerçeğe uygun olup olmadığı konusunda ne şekilde denetleneceğinin bilinmediğini, ayrıca taraf olarak raporu öğrenme ve itirazlarını bildirme olanağının tanınmadığını ileri sürmekte ve kararının temyizden incelenerek bozulmasını istemektedir.

Temyiz edilen kararlar ilgili dosyanın incelenmesinden, Manisa İdare Mahkemesi'nce verilen ısrar kararının usul ve hukuka uygun bulunduğu, dilekçede ileri sürülen nedenlerin kararın bozulmasını gerektirecek nitelikte olmadığı anlaşıldığından, davalı idarenin temyiz isteminin reddine, Manisa İdare Mahkemesi'nin 10.6.2005 günlü, E:2005/668, K:2005/701 sayılı kararının onanmasına, 17.10.2008 gününde oyçokluğu ile karar verildi.

KARŞI OY

Temyize konu ısrar kararının, Danıştay Onikinci Dairesi'nin 20.12.2004 günlü, E:2003/2476, K:2004/4183 sayılı kararında yer alan gerekçelerle bozulması gerektiği oyuyla, karara katılmıyoruz.

T.C.
DANIŞTAY
İdari Dava Daireleri
Kurulu
Esas No: 2005/2410
Karar No: 2008/1792

Özeti : Yalnızca askerlik görevini ifa etmekte iken, silahının ateş alması sonucu vurularak kardeşi şehit düşen davacının, 3713 sayılı Yasa hükümleri uyarınca istihdam edilemeyeceği hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan (Davacı) : ...

Vekili : Av. ...

Karşı Taraf (Davalı) : İçişleri Bakanlığı

İstemin Özeti : Ankara 6. İdare Mahkemesinin 16.5.2005 günlü, E:2005/849, K:2005/704 sayılı ısrar kararının temyizen incelenerek bozulması davacı tarafından istenilmektedir.

Savunmanın Özeti : İdare Mahkemesince verilen ısrar kararının 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 Tuncay Dündar'ın Düşüncesi : Temyiz isteminin reddi ile ısrar kararının onanması gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı Erkan Cantekin'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 İdare Mahkemesince verilen ısrar kararının onanmasının uygun olacağı düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulunca gereği görüldü:

Dava, davacının kardeşinin askerde şehit olması nedeniyle 3713 sayılı Yasa hükümleri uyarınca istihdam edilmesi için yaptığı başvurusunun reddine ilişkin 10.4.2001 günlü işlemin iptali istemiyle açılmıştır.

Ankara 6. İdare Mahkemesi 22.11.2001 günlü, E:2001/667, K:2001/1426 sayılı kararıyla, 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanununun 1. maddesinde, terörün; baskı, cebir ve şiddet, korkutma, yıldırma, sindirme veya tehdit yöntemlerinden biriyle, Anayasa'da belirtilen Cumhuriyetin niteliklerini, siyasi, hukuki, sosyal, laik, ekonomik düzenini değiştirmek, Devletin ülkesi ve milleti ile bölünmez bütünlüğünü bozmak, Türk Devletinin ve Cumhuriyetinin varlığını tehlikeye düşürmek, Devletin otoritesini zaafa uğratmak ve yıkmak veya ele geçirmek, temel hak ve hürriyetleri yok etmek, Devletin iç ve dış güvenliğini, kamu düzenini veya genel sağlığı bozmak amacıyla bir örgüte mensup kişiler tarafından girilecek her türlü eylemler olduğunun açıklandığı, 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanununa 3.11.1995 tarih ve 4131 sayılı Kanunla eklenen Ek 1. maddede; "Genel, katma ve özel bütçeli kurum ve kuruluşlarla mahalli idareler ve sermayesinin yarısından fazlası kamuya ait olan her nevi teşebbüs veya bağlı ortaklıklar, 657 sayılı Devlet Memurları Kanununa tabi memur kadroları ile sözleşmeli personel ve sürekli işçi kadrolarının %0.5'ini, bu Kanunun 1. maddesinde yazılı terör eylemleri nedeni ve etkisiyle; a)Şehit olan veya çalışamayacak derecede malul olan kamu görevlileri ile er ve erbaşların varsa eşlerinin, yoksa çocuklarından birisinin, çocukları

da yoksa kardeşlerinden birisinin veya, b)Malul olup da çalışabilir durumda olanlar, istihdamı için ayırmak ve fıkra hükümleri çerçevesinde belirlenecek kişileri işe almak veya atamak atamak zorundadırlar. İçişleri Bakanlığı, yukarıdaki fıkra kapsamına giren kişileri tespit etmek, bunlardan bir işe girmek için istekli olanların nitelikleri ile iş gereklerini gözönüne almak suretiyle, işe alınmaları veya atamalarının yapılması için, durumlarına uygun kadrosu mevcut olan kamu kurum ve kuruluşlarına bildirmekle görevlidir. Bu kişilerin işe alınmaları veya atanmaları sırasında açıktan atama izni alınması gerekmez. Ancak, ilgililerin sınav hariç olmak üzere, kadro veya işin gerektirdiği nitelik, özellik ve şartları taşımaları zorunludur." hükmünün yer aldığı, davacının kardeşinin Van 21. Sınır Jandarma Tümen Komutanlığı Nato tesislerinde askerlik görevini ifa etmekte iken 18.7.1996 yılında nöbet görevini ifa ettiği sırada kendi silahı ile arkadaşının tetiğe dokunması sonucu silahından çıkan kurşun ile kazaen vurularak şehit olduğu, davacının 3713 sayılı Yasa'nın ek maddesi ve bu madde uyarınca yayımlanan yönetmelik hükümlerine göre iş talebi ile davalı idareye başvurduğu, isteminin ölüm olayının 3713 sayılı Yasa kapsamında değerlendirilemeyeceği gerekçesiyle reddi üzerine bakılan davanın açıldığının anlaşıldığı, 3713 sayılı Yasadan yararlanabilmek için ölümün mutlak teröristlerle sıcak temas sonucu meydana gelmesi gerekmektedir birlikte, davacının kardeşinin 3713 sayılı Yasa'nın 1. maddesinde tanımlanan terör eylemleriyle mücadele kapsamında operasyon vb. bir görevlendirmesinin bulunmadığı, yalnızca askerlik görevini ifa etmekte iken silahının ateş alması sonucu vurularak şehit düştüğü anlaşılmakla, davacının iş talebinin reddi yönünde tesis edilen dava konusu işlemde hukuka ve mevzuata aykırılık görülmediği gerekçesiyle davanın reddine karar vermiştir.

Bu karar temyiz incelemesi sonucu Danıştay Onikinci Dairesinin 22.12.2004 günlü, E:2002/1671, K:2004/4225 sayılı kararıyla, davacının kardeşinin uzun yıllardır ağır terör eylemlerinin gerçekleştiği bir bölgede askerlik hizmetini yaptığı, bölgenin bu niteliği gereği askerlerin nöbet görevleri sırasında tam mühimmat ve tam dolduruş halinde görev yaptıkları dikkate alındığında şehitlik olayı ile terör olayları arasında illiyet bağı bulunduğu sonucuna varıldığından davacının 3713 sayılı Yasa hükümleri uyarınca istihdam edilmesi için yaptığı başvurusunun reddine ilişkin işlemde hukuka uyarlık bulunmadığı gerekçesiyle bozulmuştur.

Ankara 6. İdare Mahkemesi 16.5.2005 günlü, E:2005/849, K:2005/704 sayılı kararı ile davanın reddine dair ilk kararında ısrar etmiştir.

Davacı bu kararı temyiz etmekte ve bozulmasını istemektedir.

Temyiz edilen kararla ilgili dosyanın incelenmesinden Ankara 6. İdare Mahkemesince verilen ısrar kararının usul ve hukuka uygun bulunduğu, dilekçede ileri sürülen temyiz nedenlerinin kararın bozulmasını gerektirecek nitelikte olmadığı anlaşıldığından davacının temyiz isteminin reddine Ankara 6. İdare Mahkemesinin 16.5.2005 günlü, E:2005/849, K:2005/704 sayılı kararının onanmasına, 17.10.2008 gününde oyçokluğu ile karar verildi.

KARŞI OY

Danıştay Onikinci Dairesinin 22.12.2004 günlü, E:2002/1671, K:2004/4225 sayılı İdare Mahkemesi kararının bozulmasına ilişkin bulunan kararda yer alan gerekçeler doğrultusunda davacının temyiz isteminin kabulü ile Ankara 6. İdare Mahkemesinin 16.5.2005 günlü, E:2005/849, K:2005/704 sayılı ısrar kararının bozulması oyuyla karara karşıyız.

TASARRUF MEVDUATI SİGORTA FONU İŞLEMLERİ

T.C.
DANIŞTAY
İdari Dava Daireleri
Kurulu
Esas No: 2007/2326
Karar No: 2008/1714

Özeti : Anayasa Mahkemesince vergi borcu nedeniyle, çerçevesi yasa koyucu tarafından çizilmek suretiyle yurt dışına çıkış yasağı getirilebileceği; ancak, vergi ve vergi benzeri mali yükümlülük dışındaki diğer kamu alacakları için, bu yönde bir düzenleme yapılamayacağı sonucuna varılmak suretiyle, Pasaport Kanunu ile Bankalar Kanunu'nun ilgili hükümlerinin iptaline karar verilmiş olması karşısında, Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu'na olan borcu nedeniyle, davacı hakkında yurt dışına çıkış yasağı konulmasına ilişkin işlemin, hukuki dayanaktan yoksun kaldığı hakkında.

Karar Düzeltme İsteminde Bulunan (Davacı) : ...

Vekili : Av. ...

Karşı Taraf (Davalı) : Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu

Vekili : Av. ...

İstemin Özeti : Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulunca verilen ve Danıştay Onüçüncü Dairesinin 29.3.2005 günlü, E:2005/39, K:2005/1720 sayılı kararının onanmasına ilişkin bulunan 22.2.2007 günlü, E:2005/1625, K:2007/128 sayılı karara karşı, davacı kararın düzeltilmesi isteminde bulunmaktadır.

Savunmanın Özeti : Kararın düzeltilmesi isteminin reddi gerektiği savunulmaktadır.

Danıştay Tetkik Hakimi Muhsin Yıldız'ın Düşüncesi : Dava konusu işlemin dayanağı 4389 sayılı Bankalar Kanununun 15. maddesinin 3. fıkrasının, 8.12.2007 tarihli Resmi Gazetede yayımlanan 18.10.2007 günlü, E:2007/4, K:2007/81 sayılı Anayasa Mahkemesi kararıyla iptaline karar verilmiş olması karşısında Dairesince, yeniden bir karar verilmek üzere, karar düzeltme isteminin kabulü ile Daire kararının bu gerekçeyle bozulması gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı Gülen Aydınoğlu'nun 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 İdari Dava Daireleri Kurulunca, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 54. maddesi uyarınca davacının karar düzeltme istemi kabul edilerek, Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu'nun 22.2.2007 günlü, E:2005/1625, K:2007/128 sayılı kararı kaldırılarak, gereği görüldü:

Dava, Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonuna olan borcu nedeniyle davacı hakkında yurt dışına çıkış yasağı konulmasına ilişkin işlemin iptali istemiyle açılmıştır.

Danıştay Onüçüncü Dairesi 29.3.2005 günlü, E:2005/39, K:2005/1720 sayılı kararıyla; 6183 sayılı Kanunun 37. maddesi uyarınca Fona olan 726 trilyon 122 milyar lira borcunu bir ay içerisinde ödemesi istenen ve verilen süre içerisinde borcunu ödememesi üzerine adına ödeme emri düzenlenen davacı hakkında söz konusu borcundan dolayı hakkında yurtdışı çıkış tahdidi konulmasında 4389 Sayılı Kanunun 15. maddesinin (3) numaralı fıkrasına aykırılık bulunmadığı gerekçesiyle davayı reddetmiştir.

Davacı, anılan kararın temyizen incelenerek bozulmasını istemektedir.

15.7.1950 günlü, 5682 sayılı Pasaport Kanunu'nun, 3463 sayılı Yasa ile değişik, 22. maddesinin birinci fıkrasında; "Yurt dışına çıkmaları; mahkemelerce yasaklananlara, memleketten ayrılmalarda genel güvenlik bakımından mahzur bulunduğu İçişleri Bakanlığınca tespit edilenlere, vergiden borçlu olduğu pasaport vermeye yetkili makamlara bildirilenlere pasaport veya seyahat vesikası verilmez ... " hükmüne yer verilmiş; işlem tarihinde yürürlükte bulunan 18.6.1999 günlü, 4389 sayılı Bankalar Kanunu'nun 15. maddesinin, 4672 sayılı Yasa ile değişik (3) numaralı fıkrasında da, 5682 sayılı Pasaport Kanunu'nun 22. maddesi hükümlerinin Fonun talebi üzerine Fona borçlu olanlar ile tüzel kişi borçluların kanuni temsilcileri hakkında da uygulanır düzenlemesi yer almıştır.

Değinen düzenlemelere dayanılarak Fona borçlu olan davacı hakkında yurt dışına çıkış yasağı konulmuş ise de; Anayasa Mahkemesi'nin 18.10.2007 günlü, E:2007/4, K:2007/81 sayılı kararıyla; vergi borcu nedeniyle yurtdışına çıkış yasağı getirilebileceği kabul edilmekle birlikte, yasa koyucunun bu yöndeki düzenlemelerinin somut ve açık olması, keyfi uygulamalara neden olmamasının gerektiği, oysa Pasaport Kanunu'nun 22. maddesinin birinci fıkrasındaki "... vergiden borçlu olduğu pasaport vermeye yetkili makamlara bildirilenlere ..." bölümünün amaç ve araçları açık, belirgin ve somut bir şekilde öngörmediği, amaç ve araç arasında makul ve uygun bir ilişki kurmayarak ölçülülük ilkesinin gereklerini yerine getirmediği gerekçesiyle Anayasa'nın 2., 13. ve 23. maddelerine aykırı bulunarak iptal edilmiş, aynı kararda Bankalar Kanunu'nun yukarıda değinen ve işlemin dayanağı olan hükmü ise, "...Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu'nun ya da itiraz konusu kurallarda yer alan bankaların alacağı olan ve özel hukuk hükümlerine dayanarak ortaya çıkan borçlar, belirli bir hukuksal süreçten sonra 6183 sayılı Yasa kapsamına girerek kamu alacağı haline getirilseler bile "vergi borcu" niteliği kazanmazlar ve "vatandaşlık ödevi" içinde değerlendirilemezler. Vergi ödevi, kaynağını Anayasa'dan alan, Anayasa'nın 73. maddesi uyarınca kamu giderlerini karşılamak üzere herkesin ödemekle yükümlü olduğu bir ödevdir. Kamu alacağı olarak tahakkuk eden her parasal yükümlülük ya da ödeme vergi ya da vergi benzeri mali yükümlülük olarak nitelendirilemez.

Anayasa'nın 13. maddesinde, temel hak ve özgürlüklerin, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasa'nın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabileceği, bu sınırlamaların Anayasa'nın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve laik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamayacağı belirtilmiştir.

Yurt dışına çıkma özgürlüğü sadece Anayasa'nın 23. maddesinde sayılan özel sınırlama nedenlerine bağlı olarak sınırlandırılabilir. 23. maddede yurt dışına çıkma yasağıyla ilgili sınırlama nedenleri vatandaşlık ödevi ve ceza soruşturması veya kovuşturması olarak gösterilmiştir. Anayasa'da sınırlama nedenlerinin sayılarak belirlenmiş olması, yasa koyucunun bunlar dışında kalan bir nedenle yurt dışına çıkma özgürlüğünün sınırlandırılması sonucunu doğuracak düzenlemeler yapamayacağını göstermektedir.

Vatandaşlık ödevi kapsamında olmayan kamu alacaklarının tahsili amacıyla, borçlular hakkında yurt dışına çıkış yasağı konulması, Anayasa'nın 23. maddesinin güvence altına aldığı yurt dışına çıkma özgürlüğü alanına yapılmış açık bir müdahale niteliğindedir. Böyle bir sınırlamanın Anayasa'nın ilgili maddesinde belirtilen sınırlama nedenlerinden birine dayandırılmış olması gerekir. Ancak, itiraz konusu kurallar Anayasa'nın 23. maddesinde

belirtilen sınırlama nedenlerinden herhangi birine dayanmamaktadır..." gerekçesine yer verilerek Anayasa'nın 13. ve 23. maddelerine aykırı bulunarak iptal edilmiştir.

Görüldüğü gibi Anayasa Mahkemesince vergi borcu nedeniyle çerçevesi yasakoyucu tarafından çizilmek suretiyle yurt dışına çıkış yasağı getirilebileceği, ancak vergi ve vergi benzeri mali yükümlülük dışındaki diğer kamu alacakları için bu yönde bir düzenleme yapılamayacağı sonucuna varılmıştır.

Anayasa Mahkemesi, iptal hükmünün kararın Resmi Gazete'de yayımlanmasından başlayarak altı ay sonra yürürlüğe girmesini kararlaştırmış ve karar, 8.12.2007 günlü, 26724 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır. Ancak karar henüz yürürlüğe girmeden önce 6.6.2008 tarihinde yürürlüğe giren 5766 sayılı Yasa ile Pasaport Kanunu'nun 22. maddesinin birinci fıkrasındaki işleme dayanak olan ve Anayasa Mahkemesince iptal edilen hüküm yürürlükten kaldırılmış, aynı Kanun'un 5. maddesi ile 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'a eklenen 36/A maddesinde de; "Devlete ait olup 213 sayılı Vergi Usul Kanunu ile 4458 sayılı Gümrük Kanunu kapsamına giren amme alacakları ile bunlara ait zam ve cezalarını ödeme emrinin tebliğ tarihini takip eden yedi gün içerisinde ödemeyen ya da bu Kanun hükümleri uyarınca hakkında bu alacaklar nedeniyle ihtiyati haciz kararı alınan amme borçlusunun yurt dışına çıkışı, alacaklı tahsil dairesinin talebi halinde ilgili makamlarca engellenir.

Yurt dışı çıkış tahdidi, yüzbin Yeni Türk Lirası ve üzerinde olan teminat altına alınmamış amme alacağı için uygulanır. Bakanlar Kurulu, bu tutarı on katına kadar artırmaya, yarısına kadar indirmeye ve yeniden kanuni tutarına getirmeye yetkilidir.

Amme alacağına karşılık teminat alınması, alacağın tecil edilmesi, borçlunun aciz halinin tespit edilmesi, yargı mercilerince amme alacağının takibinin durdurulmasına karar verilmesi veya takibin kanunen durdurulması gereken diğer hallerde yurt dışı çıkış tahdidi, alacaklı tahsil dairesinin talebi üzerine ilgili makamlarca kaldırılır.

Amme borçlusu hakkında uygulanan yurt dışı tahdidi, hastalık, iş bağlantısı gibi hallerde alacaklı tahsil dairesinin uygun görmesi ve bildirim üzerine ilgili makamlar tarafından kaldırılır. Bu fıkraya göre yurt dışı çıkış tahdidinin kaldırılmış olması yeniden tatbikine mani değildir.

Amme borçlusuyla birlikte amme alacağının ödenmesinden sorumlu olan ve bu Kanuna göre amme borçlusu sayılan kişiler hakkında da bu maddede yer alan esaslara göre yurt dışı çıkış tahdidi uygulanır.

Bu maddenin uygulanmasına ilişkin usul ve esasları belirlemeye Maliye Bakanlığı yetkilidir. " düzenlemesine yer verilerek, vergi borcu nedeniyle yurt dışına çıkış yasağı ile ilgili olarak Anayasa Mahkemesi kararı gerekçesi gözetilerek düzenleme yapılmıştır.

Herne kadar Anayasanın 153.maddesinin üçüncü fıkrası "Kanun, Kanun Hükmünde Kararname veya Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü ya da bunların hükümleri, iptal kararlarının Resmi Gazetede yayımlandığı tarihte yürürlükten kalkar, gereken hallerde Anayasa Mahkemesi iptal hükmünün yürürlüğe gireceği tarihi ayrıca kararlaştırabilir. Bu tarih, kararın Resmi Gazetede yayımlandığı günden başlayarak bir yılı geçemez."; beşinci fıkrası ise, "İptal kararları geriye yürümez." kuralını taşımakta ise de Anayasa Mahkemesince bir kanunun veya KHK'nin tümünün ya da bunların belirli hükümlerinin Anayasaya aykırı bulunarak iptal edilmiş olduğu bilindiği halde eldeki davaların Anayasaya aykırılığı saptanmış olan kurallara göre görüşülüp çözümlenmesi, Anayasanın üstünlüğü prensibine ve hukuk devleti ilkesine aykırı düşeceği için uygun görülmez. Bir başka anlatımla, Anayasa Mahkemesinin, iptal kararının yürürlüğe gireceği tarihi ileriye dönük olarak ertelemiş bulunması öncelikle yasama organına aynı konuda, iptal kararının gerekçesine uygun olarak yeni bir düzenleme için olanak tanımak ve ortada hukuki bir boşluk yaratmamak amacıyla yönelik olup yargı mercilerinin bakmakta oldukları uyuşmazlıklarda hukuka ve Anayasaya aykırı bulunarak iptal edilmiş kuralları uygulaması ve uyuşmazlıkları bu kurallara göre çözümülemesi sonucunu doğurmaz. Öte yandan, Anayasa'nın 153.maddesinde yer alan ve

iptal kararlarının geriye yürümezliğine ilişkin bulunan kural, iptal edilen hükümlere göre kazanılmış olan hakların ortadan kaldırılmasına veya toplum huzurunun bozulmasına yol açacak sonuçları önlemek amacıyla kabul edilmiş olup bu kuralın mutlak anlamda anlaşılıp uygulanamayacağı; özellikle bir davaya bakmakta olan mahkeme tarafından itiraz yoluyla Anayasa Mahkemesine götürülen konularda uygulanmasının mümkün olmadığı, aksi halde Anayasa'nın 152.maddesinde düzenlenmiş olan "Anayasa'ya aykırılığın diğer mahkemelerde ileri sürülmesi" (itiraz) yolunun hukuk ve uygulama yönünden sonuçsuz kalacağı yargısal içtihatlarla kabul edilmiş bulunmaktadır. Nitekim Anayasa'nın, itiraz yoluna başvuru kanun ya da KHK ile ilgili Anayasa Mahkemesi kararının beş ay içinde gelmemesi halinde mahkemenin davayı yürürlükteki kanun hükümlerine göre sonuçlandıracağına işaret edilen 152. maddesinin üçüncü fıkrasında yer alan "Ancak, Anayasa Mahkemesinin kararı, esas hakkındaki karar kesinleşinceye kadar gelirse, mahkeme buna uymak zorundadır." yolundaki kural da Anayasa Mahkemesinin verdiği iptal kararlarının, bu karardan önce açılmış bulunan ve bakılmakta olan davalarda uygulanması gerektiğini açıkça ortaya koymaktadır.

Bu hukuksal durumun doğal sonucu olarak, bir kanun ya da kanun hükmünde kararnamenin uygulanması nedeniyle dava açmak durumunda kalan ve Anayasanın 153. maddesi uyarınca itiraz yoluyla Anayasa Mahkemesine başvurulmasını isteme hakkına sahip olan kişilerin de, olayımızda olduğu gibi, hak veya menfaatlerini ihlal eden kuralın iptal davası veya itiraz yoluyla daha önce yapılan başvuru sonucunda Anayasa Mahkemesince iptal edilmiş olması halinde iptal hükmünün hukuki sonuçlarından yararlanmaları gerekeceği açıktır. Aksi halde başka bir anlatımla Anayasa Mahkemesince verilen iptal kararının uygulama tarihinin yukarıda belirtilen amaçla ayrıca belirlenmesi halinde iptal edilen yasa kuralının uygulanmasının sürdürülmesi nedeniyle bu uygulamaya karşı dava yoluna başvuracakların iptal kararının hukuki sonuçlarından yararlanamayacaklarının kabulü; bir yandan dava yoluna başvuran herkes için Anayasa ile tanınmış olan itiraz hakkının bunlar için fiilen işlemez hale getirilerek ortadan kalkması ve iptal kararının uygulanamaması, öte yandan Anayasa'ya aykırılığı hükmen saptanmış olan bir yasa kuralının uygulanmasının hukuken korunması gibi bir sonuca neden olur ki bu durumun Anayasanın üstünlüğü ve Hukuk Devleti ilkesine aykırı düşeceğinin kabulü gerekir.

Bu durumda, Anayasa Mahkemesinin sözü edilen iptal kararı karşısında dava konusu işlemin hukuki dayanaktan yoksun kaldığı açıktır.

Kaldı ki, Anayasa Mahkemesi'nce yasakoyucuya verilen altı aylık süre içerisinde yürürlüğe konulan 5766 sayılı Yasa ile 5682 sayılı Pasaport Kanunu'nun 22. maddesinin birinci fıkrasındaki işleme dayanak olan hüküm yürürlükten kaldırılmış ayrıca aynı Yasa ile Anayasa Mahkemesi kararının gerekçesi gözetilerek yurtdışı çıkış yasağı konusu yeniden düzenlenerek, yurtdışına çıkış yasağının ancak vergi ve benzeri mali yükümlülükler nedeniyle ve Yasa'da belirtilen koşullarla konulabileceği hükme bağlanmıştır.

Açıklanan nedenlerle, davacının temyiz isteminin kabulü ile Danıştay Onüçüncü Dairesinin 29.3.2005 günlü, E:2005/39, K:2005/1720 sayılı kararının bozulmasına, 26.6.2008 gününde esasta oybirliği, gerekçede oyçokluğu ile karar verildi.

GEREKÇEDE KARŞI OY

Dava konusu işlemin dayanağı yasa maddesinin Anayasa Mahkemesinin 18.10.2007 günlü, E:2007/4, K:2007/81 sayılı kararıyla iptal edilmiş olması karşısında, anılan hususun değerlendirilmesi suretiyle Dairesince yeniden karar verilmek üzere kararın bozulması gerektiği oyuyla, karara gerekçe yönünden katılmıyoruz.

ÖZELLEŞTİRME

T.C.
DANIŞTAY
İdari Dava Daireleri
Kurulu
Esas No : 2005/299
Karar No: 2008/1560

Özeti: Yasayla yönetim kuruluna verilen ve devri hakkında herhangi bir hüküm getirilmeyen istihdam fazlası personeli belirleme yetkisinin, yönetim kurulunca daha alt yönetim kademelerine devredilemeyeceği; idarelerin kendi ihtiyaçları doğrultusunda ve yasal düzenlemelere aykırı olmamak koşuluyla, kadro türü ve sayılarını belirlemek konusunda takdir yetkisi bulunduğu; davacının istihdam fazlası personel olarak belirlenmesi nedeniyle uğradığı parasal kayıplarının, eski kadrosuna ait aylık, ek gösterge ve her türlü zam ve tazminatının (ek tazminat hariç) şahsına bağlı olarak ve halen eski görevindeymiş gibi ödenmesi, ek tazminatın ise nakledildiği tarihteki tutarı üzerinden ödenmesi yoluyla tazmini gerektiği; temsil ödeneği ile gazete, telefon ödeneğinin ise, Başmüfettiş görevini fiilen yapmadığı süre için ödenmesine olanak bulunmadığı hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan (Davalılar) :1- Başbakanlık

2- Devlet Personel Başkanlığı

3- Maden Tetkik ve Arama Genel Müdürlüğü

Vekili : Av. ...

4- T.C. Ziraat Bankası A.Ş.Genel Müdürlüğü -

Vekilleri : Av, Av. ...,

Karşı Taraf (Davacı) :...

Vekili : Av. ...

İstem Özet i : Danıştay Beşinci Dairesi'nin 27.10.2004 günlü, E:2002/5387, K:2004/3968 sayılı kararının temyizen incelenerek bozulması, davalı idareler tarafından istenilmektedir.

Savunmanın Özet i : Savunma verilmemiştir.

Danıştay Tetkik Hakimi Yalçın Macar'ın Düşüncesi : Temyiz istemlerinin reddi ile Daire kararının onanması gerektiği düşünülmektedir.

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

Temyiz dilekçelerinde öne sürülen hususlar, söz konusu maddede yazılı nedenlerden hiçbirisine uymadığından, istemlerin reddi ile temyiz edilen Danıştay Beşinci Dairesi'nce verilen kararın onanmasının uygun olacağı düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu'nca, dosyanın tekemmül etmiş olması nedeniyle, davalı idarelerden Devlet Personel Başkanlığı ile T.C. Ziraat Bankası A.Ş.Genel Müdürlüğü'nün yürütmenin durdurulması istemi görüşülmeksizin, dosya incelendi, gereği düşünüldü:

Dava, T.C.Ziraat Bankası A.Ş.'nde Başmüfettiş olarak çalışan davacının istihdam fazlası personel olarak belirlenmesi, bu çerçevede Devlet Personel Başkanlığı'nın önerisi doğrultusunda MTA Genel Müdürlüğü emrine Müfettiş olarak atanması işlemleri ile MTA Genel Müdürlüğü'nde Müfettiş kadroları oluşturulması hakkındaki 2002/4120 sayılı Bakanlar Kurulu Kararının iptali, dava konusu edilen işlemler nedeniyle yoksun kalındığı öne sürülen parasal ve özlük haklar ile temsil ve gazete-telefon ödeneğinin yasal faiziyle birlikte tazmini istemiyle açılmıştır.

Danıştay Beşinci Dairesi'nin 27.10.2004 günlü, E:2002/5387, K:2004/3968 sayılı kararıyla; T.C. Ziraat Bankası A.Ş.'de Başmüfettiş olarak görev yapan davacının, 4603 sayılı Yasa hükümleri uyarınca sözleşme önerilmeyerek T.C. Ziraat Bankası A.Ş. Genel Müdür Yardımcısı ve Yönetim Kurulu Murahhas Üyesi'nce istihdam fazlası personel olarak belirlenerek, 20.6.2002 gün ve 2532 sayılı işlemle Devlet Personel Başkanlığı'na bildirildiğinin ve bu bildirim üzerine Devlet Personel Başkanlığı'nın önerisine dayalı olarak Maden Tetkik Arama Genel Müdürlüğü emrine Müfettiş olarak atandığının anlaşıldığı, 4603 sayılı Yasa ve bu Yasa'da değişiklik yapan 4684 sayılı Yasa ile 4743 sayılı Yasa'da ve bu Yasa uyarınca çıkarılan Bakanlar Kurulu Kararı'nda, istihdam fazlası personelin belirlenmesi ve Devlet Personel Başkanlığı'na bildirilmesi hususunda bankaların yönetim kurullarının yetkili kılındığı, bu yetkinin devredilebileceğine ilişkin herhangi bir hüküm getirilmediği, Bankanın Anasözleşmesi ile Yönetim Kurulu'nun personel hakkında her türlü kararı alabileceği ve bu yetkilerini daha alt kademelere devredilebileceği yolunda düzenlemeler yapılmasına karşılık, istihdam fazlası personelle ilgili konularda açıkça bir düzenlemenin bulunmadığı, dolayısıyla, Yasa'yla Yönetim Kuruluna verilen ve devri hakkında herhangi bir hüküm getirilmeyen istihdam fazlası personelin belirlenmesi yetkisinin Yönetim Kurulu kararı ile daha alt yönetim kademelerine devrine olanak bulunmadığı, bu haliyle davacının istihdam fazlası personel olarak belirlenmesi yolunda tesis edilen işlem ve bu işleme dayanılarak yapılan atama önerisi ve naklen atama işleminde hukuka uyarlık görülmediği, öte yandan idarelerin kendi ihtiyaçları doğrultusunda mevcut yasal düzenlemelere aykırı olmamak koşuluyla kadro türü ve sayılarını belirleme konusunda takdir yetkisinin bulunduğu ve bu konuda gerekli düzenlemeleri yapabileceği, bu konuda idarelerin yargı kararı ile zorlanamayacağı ve yönlendirilemeyeceği, belirtilen nedenlerle, 2002/4120 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı'nın, Maden Tetkik ve Arama Genel Müdürlüğü'nde Müfettiş kadroları ihdas edilmesine ilişkin kısmında hukuka aykırılık görülmediği; davacının dava konusu atama işlemleri nedeniyle parasal kayıplarının tazmini istemine gelince, 4046 sayılı Yasa'nın 22. maddesinin işlemin tesis edildiği tarihte yürürlükte olan üçüncü ve dördüncü fıkraları ile 4603 sayılı Yasa'nın 3. maddesinin "bankacılık tazminatı"na ilişkin ikinci fıkrası ve geçici 1. maddesinin birlikte değerlendirilmesinden, davacının eski kadrosuna ait aylık, ek gösterge ve her türlü zam ve tazminatının (ek tazminat hariç) şahsına bağlı olarak ve halen eski görevindeymiş gibi ödenmesi, ek tazminatın ise nakledildiği tarihteki tutarı üzerinden ödenmesi gerektiği sonucuna ulaşıldığı, bu haliyle davacıya belirtilen şekilde ödeme yapılıp yapılmadığı tespit edildikten sonra, arada aleyhine bir fark oluşmuş ise bu miktarın davacıya tazminat olarak ödenmesinin gerektiği, temsil ödeneği ile gazete-telefon ödeneğinin ise Başmüfettişlik görevinin fiilen sürdürülmesi sebebiyle yapılan ödemelerden olduğu, dolayısıyla bu görevin yapılmadığı süre için ilgili yönünden tazmini gereken bir zarar oluştuğunun kabulüne olanak bulunmadığı gerekçeleriyle, davacının istihdam fazlası personel olarak belirlenmesi işlemi ile buna dayanan atama önerisi ve bu öneri doğrultusunda yapılan nakil işlemleri iptal edilmiş; bankacılık tazminatı ve ek tazminat ödemeleri konusunda, aleyhine bir fark oluşmuş ise

belirlenecek bu miktarın davacıya ödenmesine hükmedilmiş; davanın, dava konusu edilen Bakanlar Kurulu kararının iptali istemi ile temsil ödeneği ve gazete-telefon ödemeleri yönünden tazminat istemine ilişkin kısmı reddedilmiştir.

Davalı idareler, hukuka aykırı olduğu savıyla anılan kararın temyizden incelenerek bozulmasını istemektedirler.

Temyiz edilen kararlar ilgili dosyanın incelenmesinden; Danıştay Beşinci Dairesi'nce verilen kararın usul ve hukuka uygun bulunduğu, dilekçede ileri sürülen temyiz nedenlerinin kararın bozulmasını gerektirecek nitelikte olmadığı anlaşıldığından, davalı idarelerin temyiz istemlerinin reddine, Danıştay Beşinci Dairesi'nin 27.10.2004 günlü, E:2002/5387, K:2004/3968 sayılı kararının onanmasına, 5.6.2008 gününde oybirliği ile karar verildi.

VERGİ DAVA DAİRELERİ KURULU KARARLARI

GELİR VERGİSİ

T.C.
DANIŞTAY
Vergi Dava Daireleri
Kurulu

Esas No : 2007/642

Karar No: 2008/625

Özeti : Ticari işletme için sağlanan, ancak işletmenin faaliyetinde kullanılmasından vazgeçilerek, bağlı olunan holdingin kullanımına bırakılan, yabancı kaynak için yüklenilen faizin, tümüyle gider yazılamayacağı, gider indirimi kısıtlamasına tabi olduğu hakkında.

Kararın Düzeltilmesini İsteyen : Dış Ticaret Vergi Dairesi Müdürlüğü

Karşı Taraf : ... Sanayi ve Ticaret Türk Anonim Şirketi

Vekili : Av....

İstemin Özeti : İşletmesine ait yabancı kaynağı, dahil olduğu

holdingin kullanımına bırakılmasına karşın finansman giderlerini gider indirimi kısıtlamasına tabi tutmadığı ve finansman gelir ve giderlerini netleştirdiği vergi incelemesiyle saptanan davacı, 1997 vergilendirme döneminden izleyen yıla devreden zararının azaltılmasını dava konusu yapmıştır.

Davayı inceleyen İstanbul 7.Vergi Mahkemesi, 20.2.2004 günlü ve E:2002/1037, K:2004/308 sayılı kararıyla; davacının imalat faaliyetinde kullanmadığı yabancı kaynaklara ilişkin maliyetinin 5422 sayılı Kurumlar Vergisi Kanununun 15'inci maddesinin 13'üncü bendi ve 193 sayılı Gelir Vergisi Kanununun 41'inci maddesinin 8'inci bendi gereği gider indirimi kısıtlamasına tabi olduğu, dahil olduğu ... Holding Anonim Şirketinin kullanımına bırakılarak imalat faaliyetiyle ilgisi kalmayan krediye ilişkin finansman giderlerinin gider kısıtlamasına tabi tutulması gerekirken tutulmadığı, ayrıca finansman gelir ve giderlerinin mukayese edilerek netleştirme yapılmasına da olanak bulunmadığı, bu durumda, inceleme elemanınca kanunen kabul edilmeyen gider olarak tespit edilen tutarın dönem zararından indirilmesinde hukuka aykırılık görülmediği gerekçesiyle davayı reddetmiştir.

Davacının temyiz istemini reddeden Danıştay Dördüncü Dairesi, karar düzeltme aşamasında verdiği, 7.3.2006 günlü ve E:2005/1609, K:2006/390 sayılı kararıyla; Daire kararının, ... Holding Anonim Şirketine kullandırılan krediye ait olmayan, diğer finansman gelir ve giderleri mukayese edilerek yapılan netleştirme nedeniyle tespit edilen matrah farkına ilişkin hüküm fıkrasına yöneltilen karar düzeltme istemini reddetmiş, adı geçen Holdinge kullandırılan krediye ilişkin finansman giderlerinin, gider kısıtlamasına tabi tutulmamasından bulunan matrah farkından dolayı zararın azaltılmasını hukuka uygun bulan vergi mahkemesi kararına yöneltilen temyiz isteminin reddi yönündeki hükme yönelik istemi kabul ederek, Daire kararının söz konusu hüküm fıkrasının kaldırılmasına karar verdikten sonra bu konudaki temyiz başvurusunu yeniden incelemiş ve davacı kurumun bankadan aldığı krediyi işletmede ve imalat faaliyetinde kullanmayıp, bağlı olduğu holdinge aktardığı ve kredinin holding tarafından kullanıldığı, davacı şirketin ise, söz konusu krediye ilişkin finansman gelir ve giderlerini kaydetmek suretiyle muhasebeleştiği ve bu kredi nedeniyle üzerinde herhangi bir finansman yükü kalmadığı; bir işletmenin temin ettiği yabancı kaynaklara ilişkin giderlerinin, gider indirimi kısıtlamasına tabi olması için söz konusu

kredinin işletme bünyesinde kullanılmasına karşın, imalat faaliyetinde kullanılmamış olması gerektiği, davacı tarafından alınan kredinin ise işletme bünyesinde hiç kullanılmadığı, doğrudan holdinge aktarıldığı ve holding tarafından kullanıldığı, bu nedenle gider indirimi kısıtlamasıyla Kanunda öngörülen amaç davacı şirket hakkında gerçekleşmediğinden bu kredi nedeniyle davacının gider indirimi kısıtlamasına tabi olmaması gerektiği, öte yandan, kendisine kredi aktarılan holdingin de bu kredi nedeniyle gider kısıtlamasına tabi olması halinde, aynı krediden dolayı mükerrer uygulanan gider indirimi kısıtlaması da doğabileceği gerekçesiyle, kararın bu hususa ilişkin hüküm fıkrasını bozmuştur.

İstanbul 7.Vergi Mahkemesi, 12.9.2006 günlü ve E:2006/2029, K:2006/1978 sayılı kararıyla, ilk kararın bozulan hüküm fıkrasında ısrar etmiştir.

Davacının temyiz istemini inceleyen Danıştay Vergi Dava Daireleri Kurulu, 11.7.2007 günlü ve E:2006/406, K:2007/246 sayılı kararıyla; bir işletmenin temin ettiği yabancı kaynaklara ilişkin giderlerin gider kısıtlamasına tabi olması için söz konusu kredinin işletmenin bünyesinde kullanılmasına karşın imalat faaliyetinde kullanılmamış olması gerektiği, davacı şirketin, bankadan aldığı krediyi işletme bünyesinde kullanmaksızın bağlı olduğu holdinge aktardığı, kredi aktarılan şirket tarafından kullanılırken, krediye ilişkin finansman gider ve gelirinin ise davacı tarafından muhasebeleştirildiği, diğer bir ifade ile davacı yüklendiği finansman giderini olduğu gibi krediyi kullanan şirkete aktardığından üzerinde herhangi bir finansman yükünün kalmadığı, bu nedenle Kanunun öngördüğü anlamda şirket bünyesinde kullanılan herhangi bir finansman kaynağı bulunmadığından söz konusu kredi nedeniyle davacının finansman gider kısıtlamasına tabi tutulamayacağı gerekçesiyle ısrar kararını bozmuştur.

Vergi idaresince, dava konusu inceleme raporu ile zarar azaltımına ilişkin olarak yapılan işlemlerin yasal olduğu ileri sürülerek Kurul kararının düzeltilmesi istenmiştir.

Savunmanın Özeti : Savunma verilmemiştir.

Danıştay Tetkik Hâkimi Abdurrahman GENÇBAY'ın Düşüncesi : Karar düzeltme isteminin kabulü ile vergi mahkemesi ısrar kararına yönelik temyiz isteminin reddi gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı A.Kemal TERLEMEZOĞLU'nun Düşüncesi : Kararın düzeltilmesi isteminin, esas kararda düşüncede belirtilen esasların dikkate alınması suretiyle kabulü gerektiği düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

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

İsteme konu yapılan karar; vergi incelemesi sonucu, bildirilen dönem zararı azaltılan davacı tarafından açılan davanın, bu sonucu yaratan durumların hukuka uygunluğunun incelenmesi ve karara bağlanması, yargılama usulüne aykırı görülmeyle verilmiş ve davanın reddi yolundaki ısrar kararı bozulmuştur. Kurulumuzca verilen bozma kararı, davacının dahil olduğu holdingin tasarrufuna bıraktığı yabancı kaynağa ait finansman giderlerinin, gider indirimi kısıtlamasına tabi olmadığı gerekçesiyle verilmiştir. Vergi idaresi Kurulumuzun sözü edilen kararının düzeltilmesini isteyen dilekçesinde sadece, Kurumlar Vergisi ve Gelir Vergisi Kanunlarıyla Vergi Usul Kanunundaki düzenlemelerin, değinilen finansman giderlerinin de gider indirimi kısıtlamasına tabi tutulmasını gerektirdiğini ileri sürerek kararın düzeltilmesini istemiştir. 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 54'üncü maddesinin 2'nci fıkrasında, karar düzeltme istemlerini inceleyen yargı yerlerinin; bu isteme ait dilekçede ileri sürülen sebeplerle bağlı olduğu düzenlendiğinden istemin, ihtilaflı harcamaların gider indirimi kısıtlamasına tabi olduğu yönündeki vergi idaresi iddiaları doğrultusunda incelenmesi gerekmektedir.

Gider indirimi kısıtlaması; bir yandan ticari işletmeleri öz kaynakları ile faaliyet yürütmeye yöneltmek, diğer yandan da işletme için gerekmeyen yabancı kaynaklar

nedeniyle katlanılan ve enflasyonist bir ekonomik düzende bir kısmı finansman hizmetinin karşılığı da olmayan yüksek faiz yükünün tümüyle gider kabul edilmesinin, vergilendirilmesi gereken dönem kazancını belirlemeyi önlemesinden dolayı ve öz kaynakları ile faaliyet yürüten vergi yükümlüleri açısından doğacak eşitsizliği önlemek amacıyla öngörülmüştür.

Davacı kurumun, işletmesi için sağladığı yabancı kaynağı işletme faaliyetinde kullanmaktan vazgeçerek paydaşı bulunduğu holdingin kullanımına bıraktığı, kendisine finansman sağlayan kuruma karşı yüklendiği ve kendisinin holdinge sağladığı finansmandan dolayı elde ettiği faizi kayıtlarında ayrı ayrı muhasebeleştirdiğinde tartışma bulunmamaktadır. Holdingten elde edilen faizin, davacının elde ettiği diğer faizlerden farkı bulunmamaktadır. Söz konusu faiz, finansman giderleriyle netleştirilmesine olanak bulunmayan finansman geliri niteliğinde olduğu gibi holdingin tasarrufuna bırakılan yabancı kaynak için kendisine bu kaynağı sağlayan kuruma karşı yüklenilen faiz de diğer finansman giderlerinden farklı değildir.

İşletme için alınan ancak işletmenin ne imalat faaliyeti ve ne de diğer faaliyetleri için kullanılmayan yabancı kaynağa ait faiz yükünün, Gelir Vergisi Kanununun vergilendirme döneminde yürürlükte olan 41'inci maddesinin 8'inci bendi uyarınca gider indirimi kısıtlamasına tabi tutulması gerektiğinden, istemin 2577 sayılı Yasanın 54'üncü maddesinin birinci fıkrasının (c) bendi uyarınca kabulü ile Kurulumuzca verilen 11.7.2007 günlü ve E:2006/406, K:2007/246 sayılı kararın kaldırılmasına oyçokluğu ile karar verildikten sonra davacının ısrar kararına karşı yaptığı temyiz istemi yeniden incelendi.

Temyiz dilekçesinde davacı tarafından ileri sürülen iddialar, İstanbul 7.Vergi Mahkemesinin, 12.9.2006 günlü ve E:2006/2029, K:2006/1978 sayılı ısrar kararının bozulmasını gerektirecek durumda görülmemiştir.

Bu nedenlerle, temyiz isteminin reddine, 10.10.2008 gününde oyçokluğuyla karar verildi.

KARŞI OY

X- İdare Hukuku kurallarına göre; kesin ve yürütülmesi zorunlu asıl işlemi tesise yetkili makama görüş açıklayıcı ya da hazırlayıcı; işlem olan raporlar kesin nitelik taşımazlar.

Bu yüzden, dayanak alınarak asıl işlem tesis edilmedikçe de, tek başlarına Hukuk Düzeninde herhangi bir sonuç doğuramazlar. Dolayısıyla; içerdiği önerilere bakılarak, bu inceleme raporunun mükellefin zararını azalttığı ya da ek vergi yükü getirdiği gibi bir nitelikle yapılması, İdare Hukukunun yerleşik kurallarıyla bağdaştırılamaz.

Açıklanan bu nedenle, istemin kabulü ile Kurul kararının kaldırılmasından sonra ısrar kararının, ortada idari davaya konu olabilecek nitelikte bir işlem olmadığı gerekçesiyle ve sonucu itibarıyla onanması gerektiği oyu ile aksi yolda verilen karara katılmıyoruz.

KARŞI OY

XX - İstemin, vergi idaresinin karar düzeltme istemine ilişkin dilekçesindeki iddialar doğrultusunda incelenmesi gerektiği yönündeki yargıya katılmakla birlikte, karar düzeltme dilekçesinde ileri sürülen iddiaların, kararın düzeltilmesini gerektirecek nitelikte bulunmadığı ve istemin bu nedenle reddi gerektiği oyu ile karara katılmıyoruz.

KAMU ALACAKLARININ TAHSİLİ

T.C.
DANIŞTAY
Vergi Dava Daireleri
Kurulu
Esas No : 2007/519
Karar No: 2008/620

Özeti : Mahsuben ödenmek istenen alacağın bulunmaması nedeniyle, vadesinde ödenmeyen kamu alacağının tahsili için düzenlenen ödeme emrine karşı açılan davanın, mahsup isteminin reddi yolundaki işlemin, sonradan yargı kararıyla iptal edilmesine dayanılarak sonuçlandırılmayacağı hakkında.

Kararın Düzeltilmesini İsteyen : ... Hizmet Gıda İşletmeleri Turizm Sanayi ve Ticaret Anonim Şirketi

Vekili

: Av. ...

Karşı Taraf

: Ulaştırma Vergi Dairesi Müdürlüğü

İstemin Özeti

: Haziran 2003 dönemine ilişkin gelir (stopaj)

vergisi borcunun, aynı grup içinde yer alan ... Anonim Şirketinin katma değer vergisi iade alacağından mahsuben tahsili istemi; iade alacağı bulunan şirketin satın aldığı antrepo binasıyla ilgili olarak indirim konusu yaptığı katma değer vergisi istisna kapsamında bulunduğu iadenin mümkün olmaması nedeniyle yerine getirilmeyerek, davacı adına ödeme emirleri düzenlenmiş ve dava konusu edilmiştir.

Davayı inceleyen İstanbul 9.Vergi Mahkemesi, 14.7.2004 günlü ve E:2003/2297, K:2004/1623 sayılı kararıyla; iade alacaklısı şirket ile vergi borçlusu davacının kanuni sürede mahsup dilekçeleri verdiği, ... Anonim Şirketinin iade alacağı bulunmadığı konusunda ödeme emrinden önce davacıya, herhangi bir bildirim yapılmadığı, idarece 30.6.2003 tarihli fatura ile ilgili olarak re'sen yapılan düzeltme işlemlerine karşı bu şirketin İstanbul 7.Vergi Mahkemesinde E:2003/2389 sayılı davayı açtığının anlaşıldığı, 3065 sayılı Katma Değer Vergisi Kanununun 13/b maddesi 5035 sayılı Kanunla 2.1.2004 tarihinden itibaren yürürlükten kaldırılıp, 8'inci maddesiyle Katma Değer Vergisi Kanununun 17'nci maddesinin 4'üncü fıkrasının 1'inci bendinin yeniden düzenlendiği, 5035 sayılı Kanunla 3065 sayılı Kanunda yapılan değişiklik ve düzenlemelerin, bu Kanunun yayımı tarihine kadar olan tam istisna ve kısmi istisna kapsamına giren işleri kapsamı karşısında, faturada yüklenildiği gösterilen katma değer vergilerinin 3065 sayılı Kanunun 32'nci maddesine göre iadesinin zorunlu olduğu, Maliye Bakanlığının ... Anonim Şirketinin 3.1.2004 günlü dilekçesi üzerine Defterdarlığa gönderdiği 12.1.2004 günlü ve 1313 sayılı cevabının da bu yolda olduğu, davacı şirketin ... Anonim Şirketinin idare nezdindeki Haziran/2003 dönemine ait katma değer vergisi iade alacaklarından mahsup suretiyle borcunu ödediği sonucuna varıldığından, ödeme emirlerinin iptaline karar vermiştir.

Vergi idaresinin temyiz istemini inceleyen Danıştay Dördüncü Dairesi, 5.4.2005 günlü ve E:2004/2326, K:2005/532 sayılı kararıyla; 193 sayılı Gelir Vergisi Kanununun 121'inci maddesi ve 5422 sayılı Kurumlar Vergisi Kanununun 44'üncü maddesinde yapılan düzenlemelerin, ihtilaflı dönemde idareden alacağı olmayan ve vergi borcunun başka bir şirketin iade alacağından mahsuben tahsilini isteyen davacı isteminin kabulünü gerektirecek içerikte olmaması sebebiyle ödeme emri düzenlenmesinde hukuka aykırılık bulunmadığı gibi davanın, iade alacağı bulunduğunu ileri süren şirketin böyle bir alacağının varlığı konusunda

açılmış bir dava varsayılarak karar verilmiş ise de, bu konudaki davanın İstanbul 7.Vergi Mahkemesinin E:2003/2389 sayılı dosyasında derdest olması nedeniyle verilen kararda hukuka uygunluk görülmediği, gerekçesiyle kararı bozmuştur.

Bozma kararına uymayan İstanbul 9.Vergi Mahkemesi 20.6.2006 günlü ve E:2006/1578, K:2006/1165 sayılı kararıyla; ilk kararında yer alan hukuksal nedenler ve gerekçeye ek olarak, 3065 sayılı Katma Değer Vergisi Kanununun 32 nci maddesinin verdiği yetkiyle yayımlanan 28 sayılı Katma Değer Vergisi Genel Tebliğinde; ihracatçıların ve ihrac kaydı ile mal teslim edenlerin lehlerine doğacak katma değer vergisi iadelerinin, kendilerinin veya kendilerine mal veya hizmet satanların vergi borçlarına mahsubunu talep edebilecekleri, mahsup istemlerinin inceleme raporu ve teminat aranmaksızın, gerekli belgelerin ibrazı şartıyla, sahte ve muhteviyatı itibarıyla yanıltıcı belge düzenleyenlerin iade ve mahsup istemlerinin ise teminat karşılığında yerine getirileceğinin belirtildiği, 39, 81 ve 84 sayılı Genel Tebliğlerde de aynı doğrultuda düzenleme yapıldığı, olayda ise, ... Anonim Şirketinin satın aldığı antrepo binası sebebiyle iade edilmesi gereken katma değer vergisinin 3065 sayılı Katma Değer Vergisi Kanununun 16 ncı maddesi uyarınca istisna kapsamında olduğu ve bu nedenle ödenen katma değer vergisinin gider ve maliyet unsuru olarak değerlendirilebileceğinden bahisle re'sen yapılan düzeltme işleminin iptali istemiyle açılan davada işlemin, İstanbul 7.Vergi Mahkemesinin 23.9.2004 günlü ve E:2003/2389, K:2004/1721 sayılı kararıyla iptal edildiği, bu karara karşı yapılan temyiz isteminin Danıştay Dokuzuncu Dairesinin 28.4.2005 günlü ve E:2005/609, K:2005/1093 sayılı kararıyla reddedildiğinden, mahsup isteminin yerine getirilmesine engel bir durum kalmadığı, vergi mahsubun istendiği tarihte ödenmiş sayılacağından, ödeme emrine konu edilebilecek bir borç bulunmadığı gerekçesiyle ödeme emirlerinin iptali yolundaki kararında ısrar etmiştir.

Vergi idaresinin temyiz istemini inceleyen Danıştay Vergi Dava Daireleri Kurulu 30.3.2007 günlü ve E:2006/340, K:2007/116 sayılı kararıyla; Ulaştırma Uygulama Grup Müdürlüğünün temyiz isteminde bulunabilme yetkisine sahip olduğu, 193 sayılı Gelir Vergisi Kanununun 121'inci, 5422 sayılı Kurumlar Vergisi Kanununun 44'üncü maddesinde mahsup ve iadenin düzenlendiği, 3065 sayılı Katma Değer Vergisi Kanununun 32'nci maddesinin verdiği yetkiye dayanılarak yayımlanan 28 sayılı Katma Değer Vergisi Genel Tebliğinde ise, ihracatçıların ve ihrac kaydıyla mal teslim edenlerin lehlerine doğacak katma değer vergisi iadelerinin, kendilerinin veya kendilerine mal veya hizmet satanların vergi borçlarına mahsubunu isteyebileceklerine değinilerek, 39, 81 ve 84 sayılı Genel Tebliğlerde de bu yolda düzenleme yapıldığı, ... Anonim Şirketinin kendisine ait iade alacağının davacı şirketin vergi borçlarına mahsuben tahsili istemini içeren 21.7.2003 tarihli dilekçesi üzerine, Ulaştırma Vergi Dairesi Başkanlığınca 3.9.2003 tarihli yazı ile indirim ya da iade konusu yapılacak bir alacağın bulunmadığı, verilen beyannameler üzerine idarece re'sen düzeltme yapıldığı, mahsubun yapılamayacağı ve davacı şirketin borçlarını ödemesi gerektiğinin bildirildiği, bu işlemi iptal eden İstanbul 7.Vergi Mahkemesinin 23.9.2004 günlü ve E:2003/2389, K:2004/1721 sayılı kararına karşı yapılan temyiz istemi Danıştay Dokuzuncu Dairesinin 28.4.2005 günlü ve E:2005/609, K:2005/1093 sayılı kararıyla reddedilmiş ise de, sonradan ortaya çıkan bu hukuki durumun, önceki bir tarihte yapılan mahsup isteminin ve davacının gelir (stopaj) vergisi borcunun mahsup yoluyla ödenmiş olduğunun kabulünü gerektirmeyeceği, bu nedenle mahsup istemi yerine getirilmeyerek vadesinde ödenmeyen kamu alacağının tahsili için ödeme emri düzenlenmesinde hukuka aykırılık görülmediği, gerekçesiyle ısrar kararını bozmuştur.

Davacı; iade alacaklısının bu alacağının varlığının temyiz incelemesinden de geçen İstanbul 7.Vergi Mahkemesinin iptal kararıyla hükme bağlandığını ileri sürerek kararın düzeltilmesini istemiştir.

Savunmanın Özeti : Savunma verilmemiştir.

Danıştay Kıdemli Tetkik Hâkimi Dr.Asım ÖZCAN'ın Düşüncesi : Davacının, iade alacağından mahsup suretiyle vergi borcunun ödenmesini istediği ... Anonim Şirketinin

iade alacağı bulunmadığı görüşüyle vergi idaresince yapılan ve davacının mahsup talebi kabul edilmeyerek ödeme emri düzenlemesine sebep gösterilen düzeltme işlemi, İstanbul 7.Vergi Mahkemesinin 23.9.2004 günlü ve E:2003/2389, K:2004/1721 sayılı kararıyla iptal edildiği ve bu karar Danıştay Dokuzuncu Dairesinin 28.4.2005 günlü ve E:2005/609, K:2005/1093 sayılı kararı ile onandığından, davacının mahsup talebi yerine getirilmeyerek ödeme emri düzenlenmesinin hukuka aykırı olduğu, bu nedenle karar düzeltme isteminin kabulü ile ödeme emrinin iptali yolundaki vergi mahkemesi ısrar kararına yönelik temyiz isteminin reddi gerektiği düşünülmüştür.

Danıştay Savcısı A.Kemal TERLEMEZOĞLU'nun Düşüncesi : Karar düzeltme isteminin, mahsup talebi yerine getirilmeden düzenlenen ödeme emrinde isabet görülmediğinden kabulü ile vergi mahkemesi ısrar kararının onanmasının uygun olacağı düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Vergi Dava Daireleri Kurulunca, tebligat işlemlerinin tamamlandığı anlaşıldığından, yürütmenin durdurulması istemi hakkında ayrıca karar verilmesine gerek görülmemeyerek, dosyadaki belgeler incelendikten sonra gereği görüldü:

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 54 üncü maddesinde, Danıştay dava daireleri ve İdari veya Vergi Dava Daireleri Kurullarının temyiz üzerine verdikleri kararlar hakkında, bu maddede yazılı sebeplerle kararın düzeltilmesinin istenebileceği kurala bağlandığından ve dilekçede ileri sürülen sebepler bunlardan hiçbirine uymadığından, karar düzeltme isteminin reddine, 10.10.2008 gününde oyçokluğu ile karar verildi.

KARŞI OY

Düzeltilmesi istenen kararın (XX) işaretli Karşı Oy yazısında belirtilen hukuksal nedenler ve gerekçe uyarınca karar düzeltme isteminin kabulü ile Kurul kararının kaldırılması ve vergi idaresinin temyiz isteminin reddi gerektiği görüşüyle karara katılmıyoruz.

T.C.
DANIŞTAY
Vergi Dava Daireleri
Kurulu
Esas No : 2007/540
Karar No: 2008/622

Özeti : Cebren takip ve tahsil yolları izlenirken, vergi idaresince kurulan işlemlere karşı açılan davalarda, takip edilen kamu alacağını yaratan vergilendirmeye ilişkin olaylarla ilgili hukuka aykırılıkların, 6183 sayılı Kanun'un 58'inci maddesinde ödeme emrine itiraz nedenleri arasında gösterilen, borcun bulunmadığı iddiası kapsamında görülerek, incelenemeyeceği hakkında.

Kararın Düzeltilmesini İsteyen : Liman Vergi Dairesi Müdürlüğü

Karşı Taraf : ...

Vekili : Av. ..., Av. ...

İstemin Özeti : İkrazaatçılıktan elde ettiği kazancı beyan dışı bırakması nedeniyle 1999 yılı için re'sen salınan ve vadesinde ödenmeyen vergi ziyai cezalı gelir vergisi,

fon payı ve gecikme faizinin tahsili amacıyla davacı adına düzenlenen ödeme emri dava konusu edilmiştir.

Davayı inceleyen Mersin Vergi Mahkemesi, 11.3.2004 günlü ve E:2003/585, K:2004/253 sayılı kararıyla; davacının bilinen adreslerinde bulunmaması, adreslerin boş ve kapalı olduğunun yoklama fişleri ve adres tespit tutanakları ile saptanması karşısında ihbarnamenin ilanen tebliğinde yasaya aykırılık görülmediği, ancak, davacı hakkında tefecilik suçundan açılan kamu davasında Mersin 6.Asliye Ceza Mahkemesince verilen 21.9.2001 günlü ve E:2001/32, K:2001/990 sayılı kararlar, faizle para vermekten açılan kamu davasında tefecilik suçunun yasal unsurlarının oluşmaması sebebiyle beraatine karar verildiği ve kararın kesinleştiğinin anlaşıldığı, dolayısıyla vergiye tabi bir faaliyette bulunmadığı iddiasının, 6183 sayılı Kanunun 58'inci maddesindeki itiraz nedenlerinden borcun bulunmadığı iddiası kapsamına girdiği ve kanıtlandığının kabulü gerektiğinden ödeme emrinin iptaline karar vermiştir.

Vergi dairesi müdürlüğünün temyiz istemini inceleyen Danıştay Üçüncü Dairesi, 29.6.2005 günlü ve E:2004/2337, K:2005/1621 sayılı kararıyla; bilgi isteme yazısının ihbar dilekçesinde belirtilen ... adresinde tanınmaması nedeniyle davacıya tebliğ edilemediği, 26.8.2003 tarihli yoklama fişiyle, davacının müdürü olduğu şirketin iş yeri adresinden dört yıl önce adres bırakmadan ayrıldığı, 11.9.2002 tarihli yoklama fişiyle davacının ikâmetgah adresinden ayrıldığı, adresin boş ve kapalı olduğunun tespit edildiği, 213 sayılı Vergi Usul Kanununun 101'inci maddesinin 7'nci bendi uyarınca tebliğ edilemeyen ihbarnamenin aynı Kanunun 103'üncü maddesi uyarınca ilanen tebliğinde hukuka aykırılık bulunmadığı, 6183 sayılı Kanunun 58'inci maddesinde, kamu alacağı niteliği kazanmış vergi ve cezaları doğuran vergilendirmeye ilişkin olaylarla ilgili hukuka aykırılıkların ödeme emrine itiraz nedenleri arasında kabul edilmediği, ödeme emrine karşı açılan davada ileri sürülen vergiyi doğuran olaya ilişkin iddiaların ve davacı hakkında adli yargıda verilen beraat kararının, borcun bulunmadığı iddiası kapsamında görülerek ödeme emrinin iptalinde hukuka uygunluk bulunmadığı, gerekçesiyle kararı bozmuştur.

Bozma kararına uymayan Mersin Vergi Mahkemesi, 15.11.2005 günlü ve E:2005/2478, K:2005/1502 sayılı kararıyla, ödeme emrinin iptali yolundaki ilk kararında ısrar etmiştir.

Israr kararına karşı vergi idaresi tarafından yapılan temyiz istemini inceleyen Danıştay Vergi Dava Daireleri Kurulu, 26.1.2007 günlü ve E:2006/185, K:2007/56 sayılı kararıyla; 213 sayılı Vergi Usul Kanununun ikinci Bölümünde posta ile tebliğ usulüne ilişkin düzenlemelere yer verildikten sonra Üçüncü Bölümünde yer alan ve ilanen tebliğ usulünü düzenleyen 103'üncü maddede, muhatabın bilinen adresinin yanlış veya değişmiş olması nedeniyle gönderilen mektup geri gelirse veya posta yoluyla tebliğ yapılmasına imkan bulunmazsa, ilanen tebliğ yoluna gidileceği öngörüldüğü halde, bu usule uyulmadığı ve davacıya posta yoluyla tebligat çıkarılmadığı, Vergi Usul Kanununun 107'nci maddesine göre Maliye Bakanlığı tebliğleri memur eliyle yaptırmaya yetkili ise de, maddede bu hükmün uygulanmasında posta ile tebliğdeki esasların geçerli olacağının da düzenlendiği, dosyada tebliğ evrakının Vergi Usul Kanununun 102'nci maddesine uygun biçimde tebliğ edildiğine ilişkin belge bulunmadığından, kesinleşmiş bir kamu alacağının varlığından da söz edilemeyeceği, gerekçesiyle vergi mahkemesi kararında sonucu itibarıyla hukuka aykırılık görülmediği, gerekçesiyle temyiz istemini reddetmiştir.

Vergi dairesi müdürlüğü; vergi mahkemesinin ilk kararında olduğu gibi temyiz mercii olan Daire kararında ihbarnamelerin ilanen tebliğinde hukuka aykırılık görülmediği, bozma hükmünün 6183 sayılı Kanunun 58'inci maddesindeki borcun yokluğuna ilişkin itiraz nedeninin, ödeme emrine karşı açılan davalarda vergi ve cezayı doğuran vergilendirmeye ilişkin hukuka aykırılıkları kapsamamasına dayandığı, ısrar hükmü bu yargıya uyulmaksızın verildiğinden, temyiz isteminin reddi yolundaki Kurul kararının usul ve kanuna aykırı düşmesi nedeniyle düzeltilmesini istemiştir.

Savunmanın Özeti : Savunma verilmemiştir.

Danıştay Kıdemli Tetkik Hâkimi Dr.Asım ÖZCAN'ın Düşüncesi : Ödeme emrine konu kamu alacağına ilişkin ihbarnamelerin ilan tebliği, vergi mahkemesi ve Danıştay Üçüncü Dairesince hukuka uygun bulunmuş olup, tefecilik suçu nedeniyle açılan davada beraat edilmiş olmasını borcun yokluğu kapsamında gören vergi mahkemesi, aksi yöndeki bozma kararına uymayarak ilk kararında ısrar etmiştir.

Danıştay Vergi Dava Daireleri Kurulu, vergi mahkemelerince verilen ısrar kararlarının hukuka uygun olup olmadığını incelemekle görevli olduğundan, temyiz incelemesinin ısrar hükmü yönünden yapılması gerekmektedir.

Bu nedenle, karar düzeltme istemi kabul edilerek Kurulumuzun kararı kaldırıldıktan sonra, beraat kararı borcun yokluğu kapsamında görülerek ödeme emrinin iptali yolundaki vergi mahkemesi ısrar kararının bozulması gerektiği düşünülmüştür.

Danıştay Savcısı Nurten KARAÇAY'ın Düşüncesi : Danıştay Üçüncü Dairesinin 29.6.2005 gün ve K:2005/1621 sayılı kararında yer alan savcı düşüncesi uyarınca kararın düzeltilmesi isteminin kabulü ile Danıştay Vergi Dava Daireleri Kurulu kararı ortadan kaldırıldıktan sonra temyiz isteminin kabulü ile mahkeme kararının bozulmasının uygun olacağı düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

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

Ödeme emrine karşı açılan davayı sonuçlandıran ilk kararında ödeme emrinin konusunu oluşturan vergi ve cezaya ait ihbarnamelerin ilan yoluyla duyurulmasında hukuka aykırılık görmeyen vergi mahkemesinin ulaştığı bu yargının, kararı temyizen inceleyen Danıştay Üçüncü Dairesince de uygun bulunduğu ve ısrar kararı, ödeme emrine karşı açılan davalarda vergiyi doğuran olaya ilişkin iddiaların, 6183 sayılı Yasanın 58'inci maddesinde yer alan borcun yokluğu iddiası kapsamında olmadığı yönündeki bozma hükmüne uyulmayarak verildiği halde Kurulumuzca; vergi ve ceza ihbarnamelerinin ilan yoluyla duyurulmasının hukuka uygunluğu noktasından temyiz incelemesi yapılarak verilen kararın, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 54'üncü maddesinin 1'inci fıkrasının (c) bendi uyarınca düzeltilmesi gerektiğinden, istem kabul edilerek Kurulumuzun 26.1.2007 günlü ve E:2006/185, K:2007/56 sayılı kararı kaldırıldıktan sonra ısrar kararına karşı vergi idaresinin yaptığı temyiz istemi yeniden incelendi:

Vergi Usul Kanunu hükümlerine göre vergi ve cezalar, tarh ve tebliğ edildikten sonra dava konusu edilip edilmemesine bağlı olarak tahakkuk etmektedir.

Tahakkuk eden vergi ve cezanın vadesi geçtiği halde ödenmemiş olması halinde tahsil dairesinin, 6183 sayılı Yasanın 54'üncü maddesinde yazılı cebren takip yollarından birini izleyerek, tahakkuk etmek ve vadesi geçmekle kamu alacağı niteliğini kazanmış vergi ve cezayı tahsil etmesi gerekmektedir.

Cebren takip ve tahsil yolları izlenirken vergi idaresince kurulan idari işlemlere karşı açılan davalarda, takip edilen kamu alacağını yaratan vergilendirmeye ilişkin olaylarla ilgili hukuka aykırılık iddialarının 6183 sayılı Yasanın 58'inci maddesinde ödeme emrine itiraz nedenleri arasında gösterilen borcun bulunmadığı iddiası kapsamında görülerek incelenmesine olanak yoktur. Zira, borcun bulunmadığı yönündeki itiraz nedeni; alacağın kamu alacağı niteliği kazanmasını önleyen hukuka aykırılıkları veya evvelce ödenerek ortadan kalkmasını kapsamaktadır.

Ödeme emriyle istenen vergi ve fon payının usulüne göre duyurulduğunu ve tahakkuk ettiğini saptayan vergi mahkemesinin, tahakkuk aşamasından önceki tarh aşaması ile ilgili olan ve vergiyi doğuran olayın varlığına ilişkin iddiaları, borcun yokluğu kapsamında görerek verdiği ısrar kararında hukuka uygunluk bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle, temyiz isteminin kabulüyle Mersin Vergi Mahkemesinin 15.11.2005 günlü ve E:2005/2478, K:2005/1502 sayılı ısrar kararının bozulmasına, yeniden verilecek kararda karşılanacağından, yargılama giderleri yönünden hüküm kurulmasına gerek bulunmadığına, 10.10.2008 gününde oyçokluğu ile karar verildi.

KARŞI OY

Karar düzeltme dilekçesinde ileri sürülen iddialar kararın düzeltilmesini gerektirecek nitelikte bulunmadığından istemin reddi gerektiği görüşüyle karara katılmıyoruz.

KATMA DEĞER VERGİSİ

T.C.
DANIŞTAY
Vergi Dava Daireleri
Kurulu
Esas No : 2007/679
Karar No: 2008/718

Özeti : **1-** Deftere kayıt ve belgede, verginin gösterilmesi koşulu bulunsa dahi, katma değer vergisinin yüklenilmiş olması koşuluyla, indirim konusu yapılabileceği,
2- Faturanın gerçekten bir teslim dayandığının; teslimin konusu, birim fiyatı, tutarı ve teslimin faturayı düzenleyen ile kayıtlarına dahil eden arasında yapıldığının doğrulanmasıyla, kabul edilebileceği hakkında.

Temyiz Eden : Denizli Vergi Dairesi Başkanlığı

Karşı Taraf : ...

İstemin Özeti : 1999 yılında bir kısım emtia alışlarını, içeriği itibarıyla yanıltıcı faturalarla belgelendirmesi nedeniyle, bu faturalara dayanarak yaptığı katma değer vergisi indirimleri kabul edilmeyen ve katma değer vergisi beyan tabloları yeniden düzenlenen davacı adına ödenecek verginin çıktığı Ocak, Şubat 2000 dönemleri için katma değer vergisi salınmış ve vergi ziyai cezası kesilmiştir.

Davayı inceleyen Denizli Vergi Mahkemesi, 27.12.2001 günlü ve E:2001/118, K:2001/525 sayılı kararıyla; vergi idaresinin, davanın süresinden sonra açıldığı yolundaki iddiasının yerinde görülmeyle, 3065 sayılı Katma Değer Vergisi Kanunu'nun 29'uncu maddesinin 1'inci fıkrasının (a) bendinde, öngörülen ve vergiye tabi işlemler üzerinden hesaplanan katma değer vergisinden, mükelleflere yapılan teslim ve hizmetler dolayısıyla hesaplanarak düzenlenen fatura ve benzeri vesikalarda gösterilen katma değer vergisinin indirilebileceğine ilişkin hükümden yararlanabilmenin ön şartının, vergisi indirim konusu yapılabilecek işlemlerle ilgili fatura ve benzeri vesikaların gerçeği yansıtması, diğer bir ifade ile fatura ve benzeri vesikalar üzerinde gösterilen katma değer vergisinin gerçekte ödenmiş olması olduğu, 1999 yılı işlemlerinin incelenmesi sonucu düzenlenen raporda; yükümlünün ihtilafı dönemde ... Tekstil Sanayi ve Ticaret Limited Şirketi ile ... İplik Dokuma Konfeksiyon Tekstil Ürünleri Sanayi Ticaret Limited Şirketinden aldığı faturaların gerçek dışı olduğu, bu şirketlerin düzenledikleri faturaların sahte ve içeriği itibarıyla yanıltıcı mahiyette olduğu yolunda vergi tekniği raporlarının bulunduğu tespitlerine yer verilerek, bu faturalarda

gösterilen katma değer vergisi indirimlerinin kabul edilmemesi suretiyle tarhiyat yapıldığı, davacıya fatura düzenleyen şirketler hakkındaki tespitler, bunların sahte ve muhteviyatı itibarıyla yanıltıcı belge niteliğinde fatura düzenleyen paravan şirketler olduğu kanaatini uyandırmakta ise de, bu hususun kuşkudan uzak, somut olarak ortaya konulması gerektiği, dosyadaki belgelerin incelenmesinden, davacının ... İplik Dokuma Konfeksiyon Tekstil Ürünleri Sanayi Ticaret Limited Şirketinden aldığı emtia bedelinin büyük bir bölümünün banka havalesiyle ödendiği, inceleme elemanınca, ihtilafa konu faturalarda gösterilen emtianın gerçekte alınıp satıldığı kabul edilerek gelir vergisi açısından bir tarhiyat önerilmediği, yükümlünün fatura aldığı şirketlerin defter ve belgelerini ibraz etmemesi, adreslerinde bulunamaması, paravan şirketlerden alış yapmaları neden gösterilerek bu şirketlerin tarh dosyası üzerinden yapılan tespitler ve ihtilafli faturaların düzenlendiği tarihten sonra yapılan yoklamalara dayanılarak, satışların niteliğine ilişkin herhangi bir araştırmaya yer verilmeden faturaların sahte ve içeriği itibarıyla yanıltıcı olduğu sonucuna varıldığı, davacıya fatura düzenleyerek veren şirketlerin kısmen de olsa gerçek bir ticari faaliyetlerinin olabileceği, katma değer vergisi beyannamelerinde, düzenledikleri fatura tutarlarının çok üzerinde matrah beyan etmeleri ve inceleme elemanının, söz konusu faturalarda yer verilen emtianın gerçekte alındığını kabul etmesi ve bu nedenle gelir vergisi açısından bir tarhiyat önermemesi dikkate alındığında, dava konusu cezalı tarhiyatın dayanağı inceleme raporundaki tespitlerin, davacının gerçekten bu şirketlerden emtia almadığı, sadece faturalarını kayıtlarına dahil ettiğini açık olarak ortaya koyamadığından, katma değer vergisi indirimlerinin kabul edilmemesi suretiyle yapılan tarhiyatta hukuka uygunluk görülmediği gerekçesiyle tarhiyatın kaldırılmasına karar vermiştir.

Vergi dairesi müdürlüğünün temyiz istemini inceleyen Danıştay Yedinci Dairesi 26.10.2005 günlü ve E:2002/1144, K:2005/2562 sayılı kararıyla; 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun 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 mutad olmayan bir durumun iddia olunması halinde ispat külfetinin, bunu iddia edene ait olduğu düzenlemesine yer verildiği, bu düzenlemeye göre; belgelerin ve defter kayıtlarının vergi kanunlarına ve bu kanunların verdiği yetkiye dayanılarak yürürlüğe konulan idari düzenlemelerde öngörülen biçimsel kurallara uygun bulunması ve belgelerin temsil ettiği vergiyi doğuran olayla ilgili diğer biçimsel işlemlerin noksansız yerine getirilmiş olmasının, düzenlenen belgelerin ve bu belgelere dayanılarak yapılan defter kayıtlarının vergilendirmeye esas alınması için yeterli olmadığı, ayrıca söz konusu biçimsel işlemlerin, vergiyi doğuran olayın gerçek mahiyeti ile de uyumlu olması gerektiği, vergilendirmeye esas alınan belge ve kayıtların gerçek mahiyetle uyumlu olduğunun belgeyi düzenleyen işgal konusu, satmış görüldüğü emtia veya yapmış olduğu hizmet bakımından organizasyonu, ekipmanı, işin gerektirdiği sayıda işçinin olup olmadığı, emtia alımlarının gerçekliği, alım-satım için zorunlu veya bu işlemlerin doğal sonucu olan diğer işlemlerin gerçekleştirilme biçimi, ekonomik durumu ile vergilendirme döneminde yapmış görüldüğü işin hacmi arasındaki ilişki, kredi kullanıp kullanmadığı, vergi ödevlerinin yerine getirilmesindeki özen gibi unsurlardan hareketle yapılacak inceleme sonuçlarının, ortada gerçek bir mal teslimi veya hizmet ifası olduğunu göstermesine bağlı bulunduğu, dosyanın incelenmesinden, davacının ilgili dönemlerde katma değer vergisi indiriminde kullandığı faturaları düzenleyerek veren ... İplik Dokuma Limited Şirketi ve ... Tekstil Sanayi Ticaret Limited Şirketinin beyan ettikleri yüksek ciroları elde edecek sermaye yapısı ve iş organizasyonuna sahip olmadıkları, yüksek katma değer vergisi matrahı beyan ettikleri halde, ödenecek katma değer vergisi çıkmadığı ya da düşük miktarda çıktığı, şirketlerin işyeri adreslerinin kapalı olduğu, ... İplik Dokuma Limited Şirketinin ortaklarının adreslerinde bulunmadığı, bu şirketin beyannamelerinin posta yoluyla gönderildiği, ...

Tekstil Sanayi Ticaret Limited Şirketinin defter ve belgelerinin işyerinde kaybolduğu, defter ve belgelere ulaşılamadığının anılan şirket ortakları tarafından ifade edildiğinin anlaşıldığı, bu tespitlerin, anılan faturalar karşılığında, gerçek bir mal tesliminin mevcut olmadığını, faturaların belli bir bedel karşılığında, mahiyetleri itibarıyla gerçek dışı olarak düzenlendiklerini ortaya koyduğu, bu nedenle indirimlerinden hareketle davacı adına salınan katma değer vergisinde yasaya aykırılık görülmediği, öte yandan, davaya konu vergi ziyai cezasının dayanağı olan 213 sayılı Vergi Usul Kanununun 344'üncü maddesinin, cezanın hesaplanmasıyla ilgili ikinci fıkrası Anayasa Mahkemesince iptal edildiğinden, Mahkemece yeniden verilecek kararda bu hususun da gözetilmesi gerektiği gerekçesiyle kararı bozmuştur.

Bozma kararına uymayan Denizli Vergi Mahkemesi, 6.7.2007 günlü ve E:2007/458, K:2007/389 sayılı kararıyla; 5345 sayılı Gelir İdaresi Başkanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanunun 24'üncü maddesi gereğince vergi uyumsuzluklarını takip ve yargı kararları uyarınca işlem yapma yetkisi vergi dairesi başkanlıklarına verildiğinden, Gökpınar Vergi Dairesi Müdürlüğü hasım gösterilmek suretiyle açılan davada, 2577 sayılı Kanunun 15/1-c maddesi uyarınca doğru hasım olan Denizli Vergi Dairesi Başkanlığının hasım mevkiine alınmasına ve Gökpınar Vergi Dairesi Müdürlüğünün, Denizli Vergi Dairesi Başkanlığına bağlı bir alt birim olması nedeniyle ve usul ekonomisi dikkate alınarak Gökpınar Vergi Dairesi Müdürlüğü husumetiyle tekemmül ettirilen dosyanın, Denizli Vergi Dairesi Başkanlığı husumetiyle tekrar tekemmül ettirilmesine gerek görülmediğine karar verildikten sonra, tarhiyatın kaldırılması yolundaki ilk kararında ısrar etmiştir.

Vergi idaresi, bir kısım emtia alışlarını sahte faturalarla belgelediği, faturaları düzenleyenler inceleme raporu ile sabit olan davacı adına, söz konusu faturalarda gösterilen vergileri indirim konusu yapması nedeniyle ve katma değer vergisi indirimlerinin kabul edilmemesi suretiyle yapılan tarhiyatta hukuka aykırılık bulunmadığını ileri sürerek kararın bozulmasını istemiştir.

Savunmanın Özeti : Savunma verilmemiştir.

Danıştay Tetkik Hâkimi Abdurrahman GENÇBAY'ın Düşüncesi : İhtilaflı dönemde davacı adına fatura düzenleyen ... Tekstil Sanayi ve Ticaret Limited Şirketi ile ... İplik Dokuma Konfeksiyon Sanayi Ticaret Limited Şirketinin düzenlediği faturaların gerçek bir emtia hareketine dayanmayan komisyon karşılığı düzenlenen faturalar olduğu, adı geçen firmalar hakkında düzenlenen raporlar ve tarh dosyaları üzerinde yapılan tespitlerle sabit olduğu, bu firmaların davacıya düzenledikleri faturalarda aynı mahiyette olduğundan, gerçek bir mal hareketine dayanmayan ve içeriği katma değer vergileri hazineye intikal etmemiş olan faturalarda yer alan katma değer vergisi indiriminin kabul edilmemesi suretiyle yapılan tarhiyatta hukuka aykırılık görülmediğinden, tarhiyatı kaldıran ısrar kararının bozulması gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı Eren SONBAY'ın Düşüncesi : İdare ve vergi mahkemelerince verilen kararların temyizden 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 görüldü:

Gerçekten bir emtia teslimine dayanmayan faturalarda gösterilen vergileri indirim konusu yapan davacı adına bu indirimler kabul edilmeyerek yapılan tarhiyatı kaldıran vergi mahkemesi ısrar kararı temyiz edilmiştir.

3065 sayılı Katma Değer Vergisi Kanununun 29'uncu maddesinin 1'inci fıkrasının (a) bendinde; mükelleflerin yaptıkları vergiye tabi işlemler üzerinden hesaplanan katma değer vergisinden, bu kanunda aksine hüküm olmadıkça, kendilerine yapılan teslim ve hizmetler dolayısıyla hesaplanarak düzenlenen fatura ve benzeri vesikalarda gösterilen katma değer vergisini, faaliyetlerine ilişkin olarak indirilebileceği hükmüne yer verilmiş, 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 mutad olmayan bir durumun iddia olunması halinde, ispat külfetinin bunu iddia edene ait olduğu hüküm altına alınmıştır.

Mükellefler tarafından Katma Değer Vergisi Kanununun 29'uncu maddesinde düzenlenen katma değer vergisi indiriminin yapılabilmesi için vergisi indirim konusu yapılacak işlemlerle ilgili fatura ve benzeri vesikaların gerçeği yansıtması ve bu fatura ve vesikalarda gösterilen ve indirim konusu yapılan katma değer vergisinin de gerçekten ödenmiş, yani indirim konusu yapan tarafından yüklenilmiş olması gerekmektedir. Gerçekleşmemiş teslim ve hizmetler dolayısıyla bir katma değer vergisi ödenmesi, dolayısıyla yüklenilmiş bir katma değer vergisi söz konusu olamayacağından vergi indirimi de yapılamaz. Bu nedenle vergi indirimine dayanak teşkil eden faturaların gerçekten yapılmış bir teslim ilişkine olup olmadığının tespiti önem taşımaktadır.

Katma değer vergisine tabi işlemler de yapan gelir veya kurumlar vergisi mükellefleri, kendilerine teslim edilen emtia veya yapılan iş bedellerini maliyet kayıtlarına dahil etmek durumundadır. Kazanç üzerinden alınan bu vergilerde vergilendirilmesi gereken matrah, Gelir Vergisi Kanunu ve Kurumlar Vergisi Kanununun bu konudaki hükümlerine göre belirlenmektedir. Sözü edilen yükümlüler yönünden yüklenilen katma değer vergisi, bir maliyet unsuru olarak düzenlenmemiş, yüklenilen bu verginin kendilerince yapılan teslim bedelleri üzerinden hesaplanacak katma değer vergisinden indirilmesi suretiyle katma değer vergisinin nihai tüketiciye kadar yansımaları öngörülmüştür. Bu nedenle, katma değer vergisi hesaplamak ve yüklendiği bu vergiyi indirmek durumunda olan bir yükümlü adına gelir vergisi tarhiyatı önerilmemiş veya yapılmamış olması, indirilebilir bir katma değer vergisinin varlığı ile ilgili davanın çözümüne etkili değildir. Satıcının ve alıcının bu yöndeki iradesiyle fatura düzenlenmeksizin emtia teslimi yapılan hallerde tarafların, emtia bedeli ödemesi ve emtia teslimi yaptıkları ancak alıcının, kayıtlarında emtia girişini gösterebilmek için fatura teminine gereksinme duyduğu bilinmektedir. Bu şekilde fatura temininde; teslim edilen herhangi bir emtia veya hizmet bulunmamakla birlikte faturanın düzenlenmesi, gösterilen emtia veya hizmet bedeline göre katma değer vergisinin hesaplanması, faturanın taraflarının bu işlemi kayıtlarında göstermesi ve gerçek bir teslim görüntüsü verilebilmesinin gerektirdiği diğer tüm işlemlerin tamamlanması da gerekmektedir. Sadece fiili bir durum olan bu yapay işlemlere hukuksal sonuç bağlanamayacağı açıktır.

Bu nedenle, gerçek bir teslim dayananmayan faturalarda gösterilen katma değer vergisinin indirilmesi kabul edilmeyerek yapılan vergilendirmeye karşı açılan davalarda, her iki tarafın bu işlemlerle ilgili kayıtlarının varlığı yeterli değildir. Zira katma değer vergisinin indirilebilmesi, teslimin; faturayı düzenleyen tarafından, faturada gösterilen konu, birim fiyat ve tutarla ve faturayı kayıtlarına dahil eden tarafa yapılmasına bağlıdır.

Davacının indirim konusu yapamayacağı kabul edilen katma değer vergilerinin yer aldığı faturaların tümünün pamuk ipliği alışına ilişkin olduğu ve ... lira tutarlı faturaların ... Tekstil Sanayi ve Ticaret Limited Şirketi; ... lira tutarlı faturaların ise ... İplik Dokuma Konfeksiyon Tekstil Ürünleri Sanayi Ticaret Limited Şirketi tarafından düzenlendiğinde ihtilaf bulunmamaktadır.

Davacıya fatura düzenleyen şirketlerden ... İplik Dokuma Konfeksiyon Tekstil Ürünleri Sanayi Ticaret Limited Şirketi hakkında düzenlenen vergi tekniği raporunda, 1996

yılında kurulan şirketin 17.2.1999 tarihinde merkez ve şube adreslerinin değiştirildiği, 16.8.1999 tarihinde şirket ortaklarının değişmesinden sonra şirketin unvanı ile birlikte merkez ve şube adreslerinin yeniden değiştirildiği, bildirilen işyeri adreslerinin boş ve kapalı olduğu, şirketin kanuni temsilci ve ortaklarının ikametgah adreslerinde bulunmadığı, daha sonra yapılan yoklama ile şirketin bilinen adreslerinden taşınmış olduğunun anlaşıldığı, bu nedenle defter ve belgelerinin ibrazına ilişkin yazının tebliğ edilemediği, tarh dosyası üzerinden yapılan incelemede, ilgili dönemde kurumlar vergisi beyannamesini vermediği, katma değer vergisi beyannamelerini verdiği, Ağustos-1999 döneminden sonraki katma değer vergisi beyannamelerini de posta ile gönderdiği tespitlerine yer verilerek şirketin ortaklarının ve unvanının değiştiği Ağustos-1999 döneminden sonraki dönemlerde düzenlediği faturaların gerçek bir mal hareketine dayanmayan içeriği itibarıyla yanıltıcı mahiyette faturalar olduğu sonucuna varıldığı, yine davacıya fatura düzenleyen ... Tekstil Sanayi ve Ticaret Limited Şirketi hakkında düzenlenen raporda da; ihbar üzerine 22.6.1999 tarihinde işyerine gidildiğinde işyerinin kapalı olduğu, işyerlerinde bir adet masa ve koltuk bulunduğunun görüldüğü, işyerini kiralayan mal sahibi şirket temsilcisinin ifadesine göre işyerinde herhangi bir faaliyetin olmadığı, şirket temsilcisi ve müdürü olan ...'ın Suudi Arabistan'da işçi olarak çalıştığı ve şirketin ne iş yaptığını bilmediği, işlerin eniştesi olan diğer ortak tarafından yürütüldüğünü ifade ettiği, bu kişinin ise defter ve belgelerinin kaybolduğunu ileri sürerek ibrazdan kaçındığı, şirketin davacıya fatura düzenlediği Şubat 1999 dönemindeki tüm alışlarının yapıldığı ... Kimyevi Gübre Tekstil Sanayi Ticaret Limited Şirketinin düzenlediği faturaların da sahte olduğu yolunda düzenlenen vergi tekniği raporu bulunduğu hususları tespit edilerek davacıya fatura düzenleyen adı geçen şirketin düzenlediği faturaların sahte olduğu sonucuna varıldığı, bu tespitler anılan firmaların, beyan ettikleri yüksek ciroları elde edecek sermaye yapısı ve iş organizasyonuna sahip olmadıklarını ve düzenledikleri faturaların gerçek bir emtia hareketine dayanmayan, belli bir bedel karşılığında düzenlenmiş sahte ve içeriği itibarıyla yanıltıcı mahiyette belge olduğunu gösterdiğinden, bu faturalarda yer alan ve davacı tarafından yapılan katma değer vergisi indirimlerinin kabul edilmemesi suretiyle yapılan tarhiyatı, sözü edilen şirketler hakkında yapılan tespitlerin, düzenledikleri faturaların gerçek bir emtia teslimini ifade etmediği kanaatini uyandırdığı da belirtilmesine karşın, davacı adına gelir vergisi tarhiyatı yapılmaması ve daha açık kanıt gösterilmemesine dayanarak kaldırılan ısrar kararında hukuka uygunluk görülmemiştir. Ancak, salınan vergiler üzerinden kesilen vergi ziyai cezasının dayanağı olan 213 sayılı Vergi Usul Kanununun 4369 sayılı Kanun ile değiştirilen 344'üncü maddesinin cezanın hesaplanmasıyla ilgili ikinci fıkrası Anayasa Mahkemesince iptal edildiğinden, Mahkemece yeniden verilecek kararda bu durum da gözetilerek hüküm kurulması gerekmektedir.

Açıklanan nedenlerle temyiz isteminin kabulüyle, Denizli Vergi Mahkemesinin 6.7.2007 günlü ve E:2007/458, K:2007/389 sayılı ısrar kararının bozulmasına, yeniden verilecek kararda karşılanacağından, yargılama giderleri hakkında hüküm kurulmasına gerek bulunmadığına, 24.10.2008 gününde oyçokluğuyla karar verildi.

KARŞI OY

Vergi mahkemesince, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 20 nci maddesinde yazılı re'sen araştırma ilkesi uyarınca ve vergi incelemesinin amacına da uygun olarak, öncelikle içeriği itibarıyla yanıltıcı olduğu sonucuna varılan faturaları veren şirketler hakkında düzenlenen raporlar üzerine idarece ne gibi işlemler yapıldığı, bu raporlara dayalı olarak komisyon geliri elde etmekten dolayı kurumlar vergisi ve ayrıca katma değer vergisi tarhiyatları yapıp yapılmadığı, yapılmış ise sonucunun ne olduğu, bu tarhiyatlarla ilgili yargı kararlarının bulunup bulunmadığı, söz konusu şirketlerin mükellefiyetinin idarece terkin edilip edilmediği, edilmişse dava konusu yapıp yapılmadığı, davacıya fatura düzenledikleri dönemlerde, katma değer vergisi beyannamelerini verip vermedikleri hususlarının davalı

idareden, ya da faturaları düzenleyen şirketin bağlı bulunduğu vergi dairesinden araştırılıp bu hususlar da dikkate alınarak bir karar verilmesi gerekmektedir.

Vergi mahkemesince, belirtilen hususlarda gerekli inceleme yapılmadan, inceleme raporlarındaki tespitlere göre tarhiyatı kaldıran ısrar kararında isabet görülmediğinden, mahkeme kararının bozulması gerekeceği görüşüyle, kararın gerekçesine katılmıyoruz.

KURUMLAR VERGİSİ

T.C.
DANIŞTAY
Vergi Dava Daireleri
Kurulu
Esas No : 2007/563
Karar No: 2008/717

Özeti : Kayıtlı diğer giderlerin istihkak raporlarındaki inşaat malzemesi bedellerini karşıladığı belirlendiğinden, komisyon karşılığı fatura düzenlediği saptanan şirkete ait faturaların, emtia teslimini temsil etmemesi nedeniyle, davanın reddi yolundaki kararda, hukuka aykırılık bulunmadığı hakkında.

Temyiz Eden : ... İnşaat Ticaret ve Sanayi Limited Şirketi
Vekili : Av. ...
Karşı Taraf : Başkent Vergi Dairesi Müdürlüğü

İstemmin Özeti : Devlet Hava Meydanları İşletmesi Genel Müdürlüğüne karşı "Milas-Bodrum Hava Limanı Meydan İçi Perde Üstü Kafes Tel Örgü Yapılması İnşaatı" taahhüdünü üstlenen 13.8.2001 tarihinde başlanıp 11.1.2002 tarihinde geçici kabulü yapılan, 369.104.500.800 lira ihale bedelli iş için genel giderler hariç 537.612.865.195 lira tutarındaki maliyetin 237.465.238.814 lirasını belgelendirdiği, nakliye, motorin, makina, kiralama, hafriyat, kira açıklamalarını içeren 20 adet faturanın hakkında komisyon karşılığı fatura düzenlemekten rapor bulunan ... Petrol Ürünleri Hafriyat Nakliyat İnşaat Oto Sanayi Ticaret Limited Şirketi tarafından düzenlediği ve bu faturaların konusunu oluşturan teslimler dışındaki maliyetlerin, hakedişlerle uyumlu olduğu belirlenen davacının, faturaları kayıtlarına dahil etmekle maliyetleri yükselttiği ve dönem matrahını azalttığı saptanarak adına 2002 takvim yılı için tespit edilen matrah farkı üzerinden re'sen salınan vergi ziyaı cezalı kurumlar vergisi, gelir (stopaj) vergisi ve fon payı dava konusu yapılmıştır.

Davayı inceleyen Ankara 4. Vergi Mahkemesi 30.3.2005 günlü ve E:2004/67, K:2005/453 sayılı kararıyla; sahte fatura düzenlediğine ilişkin vergi tekniği raporu bulunan ... Petrol Ürünleri Hafriyat Nakliyat İnşaat Sanayi Ticaret Limited Şirketinden aldığı faturaları 2001 yılında yasal defterlerine kaydederek, Devlet Hava Meydanları İşletmesi Genel Müdürlüğüne karşı taahhüdünü üstlendiği Milas- Bodrum Havalimanı Meydan İçi Perde Üstü Kafes Tel Örgü Yapılması inşaatı işinin maliyetine dahil ettiği, bu işe ilişkin kazancın, yıllara sari inşaat işi olması nedeniyle işin tamamlandığı 2002 kurumlar vergisi beyannamesine konu olduğunun davacı hakkında düzenlenen inceleme raporu ile tespiti üzerine, bu fatura tutarlarının gerçek bir maliyet oluşturmayacağına dayanılarak tespit edilen matrah farkına göre tarhiyat yapıldığı, davacının; faturalarda yazılı harcamaların gerçek olduğu, fatura tutarlarını peşin ödediği yolundaki iddialarını ispatlar nitelikte belge ibraz edemediği, bu nedenle, kuruluşundan itibaren sahte fatura düzenlediği, vergi tekniği raporuyla sabit olan

firma tarafından, adına düzenlenen faturalara ilişkin alımlarının gerçek olduğunu kanıtlamayan davacının, ihtilaflı dönem matrahının re'sen takdir edilmesinde ve inceleme elemanınca, yükümlü kurum temsilcisinin, üstlenilen inşaat işinden istihkakların %5'i oranında kar elde edilebileceği yolundaki beyanından hareketle bulunan matrah farkı üzerinden yapılan tarhiyatta hukuka aykırılık görülmediği gerekçesiyle davanın reddine karar vermiştir.

Davacının temyiz istemini inceleyen Danıştay Dördüncü Dairesi 27.12.2005 günlü ve E:2005/1045, K:2005/2617 sayılı kararıyla; yıllara sari inşaat taahhüt işi yapan davacıya ihtilaflı dönemde fatura düzenleyen ... Petrol Ürünleri Hafriyat Nakliyat İnşaat Malzemeleri Sıhhi Tesisat İthalat İhracat Ticaret Sanayi Limited Şirketi hakkında düzenlenen raporda; yapılan tespitlerin, davacı kurum tarafından, bu faturalarda gösterilen mal ve hizmetin gerçekte alınmadığı ya da yapılmadığını göstermeyeceği gibi, faturalarda belirtilen emtianın gerçekte alınıp alınmadığı, bu alımların, davacının yaptığı işin niteliğiyle orantılı olup olmadığı araştırılarak, gerçek durumun ortaya konulmadığı, sadece faturaları düzenleyen şirket hakkında yapılan tespitlerden hareketle, faturalarda gösterilen mal ya da hizmet alımına ait giderlerin gerçek dışı olduğu varsayımıyla ve davacının ihtilaflı dönemdeki hakedişleri üzerinde hiç bir somut veriye dayanmayan kar oranı uygulanmak suretiyle saptanan matrah farkına göre yapılan tarhiyatta hukuka uygunluk bulunmadığı gerekçesiyle kararı bozmuştur.

Bozma kararına uymayan Ankara 4. Vergi Mahkemesi 15.6.2007 günlü ve E:2007/390, K:2007/982 sayılı kararıyla; Sahte fatura düzenlediğine ilişkin hakkında vergi tekniği raporu bulunan ... Petrol Ürünleri Hafriyat Nakliyat İnşaat Sanayi Ticaret Limited Şirketinden alarak, 2001 yılında Devlet Hava Meydanları İşletmesi Genel Müdürlüğüne karşı taahhüt ettiği Milas-Bodrum Hava Limanı Meydan İçi Perde Üstü Kafes Tel Örgü Yapılması İnşaatı'na ait maliyetlere dahil ettiği faturalarda yazılı harcamaların gerçek olduğunu ileri süren davacının, fatura tutarlarının peşin ödendiği, işin yapımında birkaç firma kullanıldığı ve aralarında yazılı bir sözleşme bulunmadığından firmaların adlarını hatırlayamayacağını, bu işten zarar ettikleri yolundaki iddialarını ispatlar nitelikte kanıt sunamadığı, kuruluşundan itibaren sahte fatura düzenlediği, hakkında düzenlenen raporlarla sabit olan adı geçen firmadan, adına düzenlenen faturalara ilişkin mal alımlarının gerçek olduğunu belgelendiremeyen davacının dönem matrahının re'sen takdir edilmesinde ve inceleme elemanınca yükümlü kurum temsilcisinin beyanından hareketle hakediş tutarlarının %5'inin dönem matrahı olarak takdir edilerek buna göre belirlenen matrah farkı üzerinden yapılan tarhiyatta hukuka aykırılık bulunmadığı ancak, kesilen vergi ziyai cezasının dayanağı olan 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun 344'üncü maddesinin 2'nci fıkrasının, cezanın hesaplanmasına ilişkin düzenlemesinin Anayasa Mahkemesince iptal edildiği, bu nedenle cezanın vergi aslının üç katını aşan kısmında hukuka uygunluk görülmediği gerekçesiyle, davanın vergi aslı ve vergi ziyai cezasının vergiler ve fon payının üç katına isabet eden kısmı yönünden reddi yolundaki ilk kararında ısrar etmiş, vergi ziyai cezasının fazlasının kaldırılmasına karar vermiştir.

Davacı tarafından, vergi inceleme raporunda yapılan saptamaların, davaya konu yapılan tarhiyatı hukuka uygun kılmadığı ileri sürülerek verilen davanın reddi yönündeki hükmün bozulması istenmiştir.

Savunmanın Özeti : Yasal dayanaktan yoksun olan temyiz isteminin reddi gerektiği savunulmuştur.

Danıştay Tetkik Hâkimi Abdurrahman GENÇBAY'ın Düşüncesi : Temyiz dilekçesinde ileri sürülen iddialar ısrar kararının bozulmasını sağlayacak durumda görülmediğinden istemin reddi gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı İbrahim ERDOĞDU'nun Düşüncesi : Danıştay Dördüncü Dairesinin bozma kararında yer alan hukuksal nedenler ile gerekçede belirtilen hususlar doğrultusunda temyiz isteminin kabulü ile temyiz konusu vergi mahkemesi ısrar kararının bozulması gerekeceği düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

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

5422 sayılı Kurumlar Vergisi Kanununun 13'üncü maddesinde; kurumlar vergisinin, mükelleflerin bir hesap dönemi içinde elde ettikleri safi kurum kazancı üzerinden hesaplanacağı, safi kurum kazancının tespitinde, Gelir Vergisi Kanununun ticari kazanç hakkındaki hükümlerinin uygulanacağı öngörülmüştür. Gönderme yapılan kuraldan dolayı uygulanması gereken 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 şeklinde tanımlanmış ve ticari kazancın tespiti sırasında, Vergi Usul Kanununun değerlemeye ait hükümleri ile bu Kanunun 40 ve 41'inci maddelerinin de uygulanması kabul edilmiştir.

Devlet Hava Meydanları İşletme Genel Müdürlüğüne karşı Milas-Bodrum Hava Limanı Meydan İçi Perde Üstü Kafes Tel Örgü Yapılması İnşaatının taahhüdünü üstlenen davacı kurum, bu işe ilişkin harcamalar arasında gösterdiği 237.466.238.814 lira tutarındaki nakliye, motorin, makina kiralama, hafriyat ve kira ödemelerine ilişkin gider faturalarını, hakkında komisyon karşılığı sahte fatura düzenlemekten rapor bulunan ... Petrol Ürünleri Hafriyat Nakliyat İnşaat Oto Sanayi Ticaret Limited Şirketinden alarak maliyetlerine dahil etmiştir. Faturaları düzenleyen firma hakkında düzenlenen vergi tekniği raporu ve hakkında yapılan yoklamalarda düzenlenen tutanaklarda, şirketin gerçek bir ticari faaliyetinin bulunmadığı, esas faaliyetinin komisyon karşılığı fatura ticareti yapmak olduğu saptanmıştır. Belirtilen saptama nedeniyle davacıya gerçekten bir emtia ya da hizmet teslimi yapması söz konusu olmayan bu firmanın faturalarının, gerçekte yapılmış olan ve yapım işine ait motorin alımı, nakliye, hafriyat ve kira harcamalarının belgelendirilmesi amacıyla temin edilerek maliyetlere kaydedildiğinin davacı tarafından kanıtlanması gerekmektedir. Davacı tarafından bu yönde bir kanıt sunulmadığı gibi vergi inceleme raporuna ek tutanağın 21'inci maddesinde kurum yetkilisiyle birlikte, yapım işine ait istihkak raporları ve defter kayıtları ile belgelerin karşılaştırılmasından, ... Petrol Ürünleri Hafriyat Nakliyat İnşaat Oto Sanayi Ticaret Limited Şirketinden alınan faturalar dışındaki emtia ve hizmet teslimine ilişkin harcamaların, istihkak raporlarındaki işleri karşıladığı da belirlenmiştir. Tutanaktaki bu saptama karşısında söz konusu faturaların, gerçekten yapılmış harcamaların belgelendirilmesi amacıyla da temin edilmiş olmadığı dolayısıyla, yapım işine ait maliyetlerin fatura tutarları düzeyinde yüksek gösterilmek üzere kayıtlara dahil edildiğinin kabulü suretiyle yapılan vergilendirmeye karşı açılan davanın kurumlar vergisi, gelir (stopaj) vergisi ve fon payı yönünden reddi yolundaki ısrar kararında hukuka aykırılık görülmemiştir.

213 sayılı Vergi Usul Kanununun 4369 sayılı Kanun ile değiştirilen 344'üncü maddesinin, cezanın hesaplanmasıyla ilgili ikinci fıkrasında yer alan düzenleme, Anayasa Mahkemesinin 20.10.2005 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanan 6.1.2005 gün ve E:2001/3, K:2005/4 sayılı kararıyla iptal edildiğinden, söz konusu iptal kararının gerekçesi ve bu karardan sonra Danıştay'ın istikrar bulmuş içtihatlarına uygun olarak verilen, kesilen vergi ziyai cezasının gecikme faizi dahil edilmeksizin hesaplanan kısmı yönünden davanın reddine ilişkin ısrar hükmünde de hukuka aykırılık bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle temyiz isteminin reddine, 24.10.2008 gününde kurumlar vergisi, gelir (stopaj) vergisi, fon payı yönünden oybirliğiyle, vergi ziyai cezası yönünden oyçokluğuyla karar verildi.

KARŞI OY

213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun , 4369 sayılı Kanunla değişik 344 üncü maddesinin 2 inci fıkrasında , vergi ziyai suçunu işleyenlere vergi ziyai cezası kesilir ve bu ceza , 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 bulunur hükmü yer almaktadır. Bu fıkranın" bu ceza; 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 bulunur" bölümünün Anayasa'nın 2 nci , 7 nci , 10 uncu , 38 nci ve 73 üncü maddelerine aykırılığı iddiasıyla iptali istemiyle Anayasa Mahkemesi'ne başvurulmuş olup, Anayasa Mahkemesi'nin 6.1.2005 günlü ve E:2001/3, K:2005/4 sayılı kararıyla, ".ziyaa uğratılan verginin bir katına eklenecek olan cezanın hesaplanmasında esas alınacak olan gecikme faiz oranının Bakanlar Kurulu tarafından ne zaman belirleneceğinin bilinmemesi ve bu durumun sonuçta öngörülecek ceza miktarında belirsizliğe yol açacak olması, Anayasa'nın 38 inci maddesinde sözü edilen ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirleri ancak kanunla konulur ve 2 nci maddesindeki" hukuk devleti "İlkelerine aykırılık oluşturur" gerekçesiyle iptal edilmiş, Anayasa'nın 153 üncü maddesinin 3 üncü fıkrasıyla 2949 sayılı Yasa'nın 53 üncü maddesinin dördüncü ve beşinci fıkraları gereğince , iptal hükmünün kararın Resmi Gazete'de yayımlanmasından başlayarak altı ay sonra yürürlüğe girmesi hüküm altına alınmıştır.

8.4.2006 tarih ve 26133 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 5479 sayılı Yasanın 12. maddesi ile 213 sayılı Yasanın 344 ncü maddesinin ikinci fıkrası, "Vergi ziyai suçu işleyenlere, ziyaa uğrattıkları verginin bir katı tutarında vergi ziyai cezası kesilir. " hükmü, yine aynı yasanın 13 üncü maddesi ile 213 sayılı Yasaya "gecici madde 27 - 1.1.2006 tarihinden önceki dönemlere ilişkin olarak bu tarihten sonra ortaya çıkan ve vergi ziyai cezası kesilmesini gerektiren fiiller için ziyaa uğratılan verginin bir katı tutarında vergi ziyai cezası kesilir. Bu ceza; vergi ziyasına 359 ncu maddede yazılı fiillerle sebebiyet verenlere üç kat , bu fiillere iştirak edenlere bir kat , vergi incelemesine veya takdir komisyonuna sevk edilmesinden sonra verilenler hariç olmak üzere , kanuni süresi geçtikten sonra verilen vergi beyannameleri için de yüzde elli oranında uygulanır. " hükmü eklenerek getirilmiştir.

Yasa koyucu, 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun 344. maddesinde yer alan vergi ziyai cezasının hesaplanma yöntemine ilişkin düzenlemenin Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmesi nedeniyle ortaya çıkan boşluğun doldurulması amacıyla yaptığı bu yeni düzenlemede, maddenin yürürlük tarihinden önceki dönemlere ilişkin olan ve bu tarihten sonra ortaya çıkan fiilleri de cezalandırmaktadır.

Anayasa'mıza ve 5237 sayılı Yeni Türk Ceza Kanununa göre, "suçta kanunilik" ve "cezalarda kanunilik" ilkesi oluşturulmuştur. Çağdaş hukukun vazgeçilmez temel ilkelerinden biri de "kanunsuz suç ve ceza olmaz" kuralıdır. Bu ilkeler ile kişilerin temel hak ve özgürlükleri güvence altına alınmaktadır. Yasama organı kamu düzeninin korunması bakımından ceza kanunlarında ve diğer kanunların ceza içeren hükümlerinde düzenleme yaparken hem Anayasa kuralları içinde hareket etmek hem de ceza hukukunun genel prensiplerine bağlı kalmak mecburiyetindedir.

Herkes (cezaların azaltılması durumu hariç olmak üzere) suçun işlendiği günde yürürlükte olan kurallara göre cezalandırılmalıdır.

T.C.Anayasa'sının "Anayasa'nın bağlayıcılığı ve üstünlüğü" başlıklı 11 nci maddesi "Kanunlar Anayasa'ya aykırı olamaz" hükmüne, "C- Suç ve cezalara ilişkin esaslar" başlıklı 38 nci maddesi "kimse, işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılmaz" hükmüne amirdir.

İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetlerini Korumaya Dair Sözleşmenin "Cezaların Yasallığı" başlıklı 7 nci maddesinin 1 inci fıkrasında; hiç kimsenin, işlendiği zaman ulusal ve uluslar arası hukuka göre bir suç sayılmayan bir fiil veya ihmalden dolayı mahkum edilemeyeceği, yine hiç kimseye, suçun işlendiği sırada uygulanabilecek olan cezadan daha ağır bir ceza verilemeyeceği düzenlenmiştir.

T.C.Anayasa'sının 90 ncı maddesinin son fıkrasında da, usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası andlaşmaların kanun hükmünde olduğu, bunlar hakkında Anayasa'ya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesi'ne başvurulamayacağı, usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası hükümlerin esas alınacağı hükme bağlanmıştır.

5237 sayılı yeni Türk Ceza Yasası'nın 2 nci maddesinin 1 inci fıkrasında, Kanunun açıkça suç saymadığı bir fiil için kimseye ceza verilemeyeceği ve güvenlik tedbiri uygulanamayacağı, kanunda yazılı cezalardan başka bir ceza ve güvenlik tedbirine hükmolunamayacağı, 2 nci fıkrasında da idarenin düzenleyici işlemleriyle suç ve ceza konulamayacağı, aynı Yasa'nın 5 nci maddesinde , bu Kanunun Genel Hükümlerinin özel ceza kanunları ve ceza içeren kanunlardaki suçlar hakkında da uygulanacağı, 7 nci maddesinin 1 inci fıkrasında da, işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanuna göre suç sayılmayan bir fiilden dolayı kimseye ceza verilemeyeceği ve güvenlik tedbiri uygulanamayacağı hüküm altına alınmıştır.

Anayasa'nın 153 üncü maddesinin 3 üncü fıkrasında; Kanun, Kanun Hükmünde Kararname veya T.B.M.M. İktüzüğü yada bunların hükümlerinin, iptal kararlarının Resmi Gazete'de yayımlandığı tarihte yürürlükten kalkacağı, gereken hallerde Anayasa Mahkemesi'nin iptal hükmünün yürürlüğe gireceği tarihi ayrıca kararlaştırabileceği, bu tarihin, kararın Resmi Gazete'de yayımlandığı günden başlayarak bir yılı geçemeyeceği, 5 inci fıkrasında da, iptal kararlarının geriye yürümeyeceği belirtilmiş ise de, Anayasa Mahkemesi kararlarının geriye yürümezlik ilkesini Mahkemelerde bakılmakta olan davalarda ve ceza içeren hükümler içinde uygulanacağı şeklinde anlamak mümkün değildir. Bir hukuk devletinde kanunların Anayasa'ya aykırılığınan ziyade bu aykırılığın bilinmesine rağmen uygulanmaya devam edilmesi kabul edilemez. Anayasa'ya aykırılığı Anayasa Mahkemesi'nce saptanarak iptal edilmiş kanun hükümlerinin görülmekte olan davalarda da uygulanması hukukun üstünlüğü ilkesine aykırıdır.

Yapılan düzenlemeler, Anayasa'nın üstünlüğü, cezaların kanuniliği, belirlilik ve eşitlik ilkeleri açısından değerlendirildiğinde, özel yasasında tanımlanan suç için verilecek olan cezanın Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmesi ve hukuk alanında varlığının ortadan kalkması karşısında ve Anayasa'mızın 153 ncü maddesi hükmü gereği Anayasa Mahkemesi kararlarının yasama, yürütme ve yargı organları ile idare makamlarını, gerçek ve tüzel kişileri bağlaması nedeniyle, görülmekte olan davalarda vergi ziyayı işleyenlere 5479 sayılı yasanın yürürlüğe girdiği tarihe kadar vergi ziyayı cezası kesilmemesi gerektiği görüşüyle kararın vergi ziyayı cezası ile ilgili kısmına katılmıyorum.

VERGİ USULÜ

T.C.
DANIŞTAY
Vergi Dava Daireleri
Kurulu
Esas No : 2008/36
Karar No: 2008/603

Özeti : 1- POS cihazının, ticari işletmelere ticareti yapılan emtia bedellerinin, müşterilerin kredi kartı kullanılarak bankalarca ödenmesi amacıyla verilmesi nedeniyle, işletme sahiplerine ait kredi kartı ve POS

cihazıyla yapılan işlemlerin de emtia teslimini temsil ettiğinin kabulü gerektiği, bu yüzden kredi kartının bankadan nakit temini için kullanıldığı iddiasının mükelleflerce kanıtlanması gerektiği,

2- Vergi incelemesi sırasında, kayıt ve beyan dışı bırakılan bir maliyet unsurunun bulunduğu ileri sürülüp kanıtlanmadığı halde, kayıt ve beyan dışı bırakılan hasılatın bir kısmının emtia maliyeti olduğu kabul edilerek, matrahın azaltılamayacağı hakkında.

Temyiz Eden Taraflar : 1- ... Optik Sanayi Ticaret Limited Şirketi
2- Üsküdar Vergi Dairesi Müdürlüğü

İstemin Özeti : Optik malzeme ticaretine ilişkin 2000 takvim yılına ait defter ve belgelerini incelemeye ibraz etmeyen davacı adına tarh dosyasındaki belgelerden, POS cihazı ile yapılan satışlara ait hasılatının bir kısmını kayıt ve beyan dışı bıraktığı saptanarak re'sen salınan vergi ziyaı cezalı kurumlar vergisi, gelir (stopaj) vergisi, fon payı, aranmayan geçici vergi üzerinden kesilen vergi ziyaı cezası ile özel usulsüzlük cezasına karşı dava açılmıştır.

Davayı inceleyen İstanbul 4.Vergi Mahkemesi, 6.12.2005 günlü ve E:2004/2157, K:2005/2197 sayılı kararıyla; defter ve belgelerini incelemeye ibraz etmeyen davacının POS cihazını kullandığı bankadan temin edilen bilgiler ile şirketin vergi dairesine verdiği aylık katma değer vergisi beyannamelerinin karşılaştırmalı olarak incelenmesi sonucu düzenlenen raporda, bedelini POS cihazı ile tahsil ederek yaptığı satışların bir kısmını belgelendirmediği, dolayısıyla, hasılatını kayıt ve beyan dışı bıraktığının tespit edildiği, yazı ile tebliğ edilmesine karşın defter ve belgelerini ibrazdan kaçınan davacının dönem kazancının re'sen belirlenmesinde hukuka aykırılık bulunmadığı, dava dilekçesinde beyan dışı bırakıldığı saptanan hasılatın önceki aylarda yapılan satışlardan ve POS cihazının işletmenin nakit ihtiyacını temin için kullanılmasından kaynaklandığına ilişkin iddiaların ise dayanaktan yoksun olduğu; ancak, matrah farkı olarak belirlenen belgesiz hasılatın tamamının kâr olmasının olanaklı görülmediği, dava dilekçesinde de ifade edilen %20 kârlılık oranının işin mahiyetine ve ticari icaplara uygun düşeceği, beyan dışı bırakılan hasılat farkı nedeniyle belge düzenlenmediği için özel usulsüzlük cezası kesilmiş ise de; 213 sayılı Yasanın 353'üncü maddesinin 1'inci fıkrası uyarınca bu cezanın kesilebilmesi için maddede yazılı koşulların varlığının hukuken geçerli kanıtlarla tespit edilmesi gerektiği, olayda bu yolda bir tespit yapılmadığından, kesilen özel usulsüzlük cezasında hukuka uygunluk görülmediği, ihtilafı dönemde defter ve belgelerin incelenmek üzere ibraz edilmesinin istenmesine ilişkin yazının tebliğ edilmesine karşın verilen sürede bu yükümlülüğünü yerine getirmediği sabit olan davacı adına 213 sayılı Yasanın 355'inci maddesine göre kesilen özel usulsüzlük cezasında ise hukuka aykırılık bulunmadığı, kesilen vergi ziyaı cezalarının dayanağı olan 213 sayılı Yasanın 344'üncü maddesinin ikinci fıkrasının, cezanın hesaplanmasına ilişkin düzenlemesinin Anayasa Mahkemesince iptal edilmesi nedeniyle uyumsuzluğun Anayasa'ya aykırılığı saptanmış kurallara göre görülüp çözümlenmesinin Anayasa'nın üstünlüğü ve hukuk devleti ilkelerine aykırı olacağı gerekçesiyle, matrahın azaltılmasına, 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun 353/1'inci maddesi uyarınca kesilen özel usulsüzlük cezası ile vergi ziyaı cezalarının kaldırılmasına, davanın, aynı Kanunun 355'inci maddesi uyarınca kesilen özel usulsüzlük cezasına ilişkin kısmının reddine karar vermiştir.

Tarafların temyiz istemini inceleyen Danıştay Dördüncü Dairesi, 9.5.2007 günlü ve E:2006/1719, K:2007/1548 sayılı kararıyla; davalı idarenin temyiz dilekçesinde, 213 sayılı Kanunun 353/1'inci maddesi uyarınca kesilen özel usulsüzlük cezasının kaldırılmasına ilişkin olarak ileri sürülen iddiaların, kararın söz konusu hüküm fıkrasının bozulmasını gerektirecek nitelikte görülmediği, beyan dışı bırakılan hasılatın büyük bölümünün gerçek satışlarla ilgili olmadığı ve işletmenin nakit ihtiyacını karşılamak için POS cihazının kullanılmasından

kaynaklandığı yolundaki davacı iddiaları, bu konuda kanıt sunulmadığından kabul edilmemişse de şirketin kredi kartı ile yaptığı satışların bir kısmının işletme sahibine yapılması, ekonomik ve ticari icaplara uygun, normal ve mutad bir durum olmadığından, davacının bu hususa ilişkin iddialarının, banka kayıtları ile dosyadaki belgeler incelenerek belirlenip işletme sahibine ait kredi kartları ile yapılan bu tür işlemler varsa bunlara ait tutarların matrah farkından indirilmesi gerektiği, öte yandan inceleme raporunda, ihtilaflı dönemde davacı şirketin kurumlar vergisi beyannamesinde yer alan maliyet tutarı matrah farkının hesabında dikkate alındığından, bunun dışında maliyet kaydının mümkün olmadığı, bu nedenle, kararın, davacının beyan ettiği %20 kârlılık oranı esas alınarak matrahın azaltılması yolundaki hüküm fıkrasında da hukuka uygunluk görülmediği, Vergi Usul Kanunu'nun 355'inci maddesi uyarınca kesilen özel usulsüzlük cezası dava konusu edilmediği halde bu konuda hüküm kurulmasının hukuka aykırı düştüğü, belirtilen hususlarda yapılacak inceleme sonucu tarhi gereken bir verginin bulunması durumunda kesilen vergi ziyaı cezası ile ilgili olarak söz konusu cezanın dayanağı 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun 344'üncü maddesinin 2'nci fıkrasının cezanın hesaplanma şekli ile ilgili kısmı Anayasa Mahkemesince iptal edildiğinden, iptal kararı gerekçesi doğrultusunda cezanın, ziyaa uğratılan verginin sadece bir katı veya üç katı oranında uygulanmasının hukuka uygun olacağı gerekçesiyle, kararın, 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun 353'üncü maddesinin 1'inci fıkrası uyarınca kesilen özel usulsüzlük cezasının kaldırılmasına ilişkin hüküm fıkrasına yöneltilen temyiz istemini reddedip, diğer hüküm fıkralarının bozulmasına karar vermiştir.

Bozma hükmüne uymayan İstanbul 4.Vergi Mahkemesi, 8.10.2007 günlü ve E:2007/2583, K:2007/2352 sayılı kararıyla; ilk kararında yer alan hukuksal nedenler ve gerekçeye ek olarak, Daire kararında, 213 sayılı Yasanın 355'inci maddesi uyarınca kesilen özel usulsüzlük cezası dava konusu edilmediği halde bu ceza hakkında da hüküm kurulması bozma nedeni yapılmış ise de; bu nedenle kesilen özel usulsüzlük cezasının aynı Kanunun 353'üncü maddesinin 1'inci fıkrası uyarınca kesilen özel usulsüzlük cezasıyla birlikte toplam tutar üzerinden düzenlenen tek ihbarnâme ile tebliğ edildiği ve davacının da bu ihbarnâme ile kesilen cezanın kaldırılmasını istediği açık olduğundan, özel usulsüzlük cezasının belirtilen kısmı ile ilgili olarak da hüküm kurulmasının gerekli olduğu gerekçesiyle ilk kararının bozulan hüküm fıkralarında ısrar etmiştir.

Davacı, inceleme raporundaki tespitlerin, adına tarhiyat yapılması için yeterli olmadığı, vergi mahkemesince de vergi inceleme elemanı yerine geçilerek tadil kararı verildiği, bu nedenle yapılan tarhiyatın hukuka uygun olmadığını, davalı idare ise incelenmek üzere istenmesine karşın defter ve belgelerini incelemeye ibraz etmeyen davacının tarh dosyası üzerinden yapılan inceleme sonucu POS cihazı ile yaptığı bir kısım satışlara ait hasılatını beyan etmediğinin sabit olduğu, inceleme raporu ile saptanan matrah farkı üzerinden yapılan tarhiyatta hukuka aykırılık bulunmadığını ileri sürerek kararın bozulmasını istemişlerdir.

Savunmanın Özeti : Taraflarca karşılıklı olarak yasal dayanaktan yoksun olan diğer taraf temyiz isteminin reddi gerektiği savunulmuştur.

Danıştay Tetkik Hâkimi Abdurrahman GENÇBAY'ın Düşüncesi : Dava dilekçesinde, kredi kartı ile yapılan işlemlerden elde edilen hasılatın bir kısmının, işletmenin finansman ihtiyacını karşılamak amacıyla kullanıldığı iddia edildiğinden, Mahkemece dava konusu cezalı tarhiyat hakkında, kredi kartı işlemlerinden elde edilen hasılatın işletmenin nakit ihtiyacının giderilmesinde kullanıldığını kanıtlayıcı tüm bilgi ve belgeler davacıdan istenerek incelendikten sonra oluşacak sonuca göre, vergi ziyaı cezası hakkında da bu konudaki Anayasa Mahkemesinin iptal kararı, 5479 sayılı Kanun ve Danıştay İçtihatları göz önüne alınarak yeniden karar verilmek üzere cezalı tarhiyata ilişkin hüküm fıkrasının bozulması, 213 sayılı Kanunun 353/1'inci maddesi uyarınca kesilen özel usulsüzlük cezasına ilişkin temyiz isteminin incelenmeksizin reddi, aynı Kanunun mükerrer 355'inci maddesi

uyarınca kesilen özel usulsüzlük cezasına yönelik temyiz isteminin ise reddi gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı İbrahim ERDOĞDU'nun Düşüncesi : Danıştay Dördüncü Dairesinin bozma kararında yer alan hukuksal nedenler ile gerekçede belirtilen hususlar doğrultusunda temyiz isteminin kabulü ile temyiz konusu vergi mahkemesi ısrar kararının bozulması gerekeceği düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Vergi Dava Daireleri Kurulunca, tebligat işlemlerinin tamamlanması nedeniyle yürütmenin durdurulması istemi hakkında karar verilmesine gerek görülünce, dosyadaki belgeler incelendikten sonra gereği görüldü:

213 sayılı Vergi Usul Kanununun 3'üncü maddesinin "İspat" başlıklı B bendinde, vergilendirmede vergiyi doğuran olay ve bu olaya ilişkin muamelelerin gerçek mahiyetinin esas olduğu ve gerçek mahiyetin yemin dışındaki her türlü delille ispatlanabileceği ancak, iktisadi, ticari ve teknik gereklere uymayan ve olayın özelliğine göre normal ve mutad olmayan bir durumun iddia olunması halinde ispat külfetinin, bunu iddia eden tarafa ait olduğu kurala bağlanmıştır. Aynı Kanunun 171'inci maddesinde; mükelleflerin bu Kanuna göre tutulması zorunlu görülen defterleri vergi uygulaması bakımından hangi maksatları sağlayacak şekilde tutacakları belirtildikten sonra 227'nci maddesinde; bu Kanunda aksine hüküm olmadıkça bu Kanuna göre tutulan ve üçüncü şahıslarla olan münasebet ve muamelelere ait olan kayıtların belgelendirilmesi zorunluluğu getirilmiş ve 256'ncı maddesinde; geçen maddelerde yazılı gerçek ve tüzel kişiler ile mükerrer 257'nci madde ile getirilen zorunluluklara tabi olanların, muhafaza etmek zorunda oldukları her türlü defter, belge ve tüm bilgi ve şifreleri muhafaza süresi içinde yetkili makam ve memurların istemi üzerine ibraz ve inceleme için sunmak zorunda oldukları hüküm altına alınmıştır. Davacının, 2000 vergilendirme dönemine ilişkin defter ve belgelerini incelemeye ibraz etmediğinde ihtilaf yoktur. Bu yüzden vergi inceleme elemanı tarafından; tarh dosyasındaki ve bankalardan temin edilen yazılardaki bilgiler doğrultusunda inceleme yapıldığında, POS cihazı ve kredi kartıyla yapılan tahsilatların bir kısmının kayıt ve beyan dışı bırakıldığı saptanarak vergilendirme yapılmıştır.

Kredi kartı, bankalar ve özel finans kurumları tarafından, müşterilerine gerek mal ve hizmet alışverişi, gerekse nakit çekişi sağlamak maksadıyla verilen ve belli bir limit dahilinde taşıyıcılarına, bedelini daha sonra ödemek kaydıyla alışveriş yapma imkanı sağlayan gayri nakdi bir kredi aracıdır. POS cihazı ise bankalar tarafından ticari, sınai ve mesleki faaliyet sahipleri ile hizmet işletmelerine tahsis edilen; tahsis amacı cihaz sahibi bankanın kredi kartı verilen müşterilerinin kendilerine POS cihazı tahsis edilen işletmelerde yaptıkları işlem bedellerinin, nakit ödeme yerine geçmek üzere kredi kartı ile bedeli işletmenin ibraz edeceği slipler karşılığında banka tarafından ödenmesini sağlayan cihazdır. Cihazın işletmelere tahsis amacı, işletmenin sunduğu işlem bedellerinin bankadan nakten tahsiline olanak sağlamak olduğu ve cihazın başka amaçla kullanılması banka ile işletme arasındaki sözleşmenin feshini gerektiren bir neden olarak kabul edildiğinden, kredi kartı ve POS cihazı aracılığıyla yapılan işlemlerin tümünün, kendisine POS cihazı tahsis edilen ticari, sınai, mesleki kazanç sahipleri ve diğer hizmet işletmelerinin işletme faaliyetinin konusunu oluşturan emtia ve hizmet teslimlerine ait olması; iktisadi, ticari ve teknik gereklere uygun düşen durumdur. Bu durumun aksinin iddia olunması halinde ispat külfeti, yukarıda açıklanan yasa hükmü gereğince iddia sahibine aittir. Davacı dava dilekçesinde, kredi kartı ve POS cihazı aracılığıyla yapılan işlemlerden hasılat elde edilmediğini, işletme sahiplerine ait kredi kartlarının işletmenin finansman ihtiyacını karşılamak amacıyla kullanıldığını iddia etmiştir. Bu iddia kredi kartının ve POS cihazının tahsis amacına aykırı düştüğünden, doğruluğunun davacı tarafından kanıtlanması gerekmektedir.

İşletme sahibi veya paydaşlarının kredi kartı ve işletmeye tahsis edilen POS cihazı aracılığıyla yapılan işlem kural olarak, işletmenin; işletme sahibi veya paydaşına, işletmenin uğraş konusuna giren emtia veya hizmet teslimi yaptığını ifade eden bir işlemdir. Bu işlemin, işletme sahibinin kişisel olarak ya da yakınlarının veya yakınlık duyduğu kimselerin gereksinmelerinin giderilmesi amacıyla, sosyal amaçlarla yahut gerçekte müşterilerinden yapılan tahsilatlar için yapılması, işlem tutarının işletme hasılatı dışında tutulmasını gerektirmez. Söz konusu kredi kartı ve POS cihazı aracılığıyla yapılan işlemin, işletme sahibine yukarıda değinilen amaçlardan herhangi biriyle emtia veya hizmet teslimi dışında yapılması, işlemin yapıldığı tarihteki emtia veya üretilebilir hizmet dengesi değişmeksizin, işletme sahibinin işletmeye finansman sağlamasıdır. Bu takdirde işletme, işletme sahibi veya paydaşına borçlanacaktır. Böyle bir borçlanmanın varlığının da işletmenin yasal defterlerindeki alacak-borç kayıtlarıyla kanıtlanması gereklidir. Kurum kazancının tespit şekli hakkında, Kurumlar Vergisi Kanununun 13'üncü maddesinde yapılan göndermeden dolayı uygulanması gereken Gelir Vergisi Kanununun 38 ve 41'inci maddelerinde yapılan düzenlemelerin gereği olan bu durumun varlığını ve doğruluğunu gösteren kanıtları sunması davacıdan istenmeksizin ve sunulduğu takdirde değerlendirilmeksizin karar verilmesi hukuka uygun düşmediği gibi davanın kesilen vergi ziyaı cezalarına ilişkin kısmı hakkında Anayasa Mahkemesinin verdiği, 6.1.2005 günlü ve E:2001/3, K:2005/4 sayılı iptal kararının etkisi gözetilmeksizin hüküm kurulması hukuka uygun görülmemiştir.

Vergi incelemesi sırasında davacı kurumun yıllık beyannamesine ek gelir tablosunda gösterilen dönem içinde satılan emtia maliyetlerinin aynen kabul edilmesi, kayıtlar dışında bırakılmış bir maliyet unsurunun varlığının davacı tarafından iddia edilmemesi ve kanıtlanmamasına; esasen iddianın, paydaşın kredi kartıyla işletmeye nakit kaynak aktardığı yolunda olmasına karşın, kayıt ve beyan dışı bırakılan hasılatın yüzde yirmisinin kurum kazancına dahil edilebileceği, diğer anlatımla, söz konusu hasılatın beşte dördünün emtia maliyeti olabileceği gibi olaya, iddiaya ve vergi inceleme raporundaki saptamalara da aykırı olarak matrahın azaltılması yönünde hüküm kurulması da hukuka uygun bulunmamıştır.

Vergi mahkemesinin ilk kararının, davacı adına 213 sayılı Yasanın 353'üncü maddesinin 1'inci bendine göre kesilen özel usulsüzlük cezasının kaldırılmasına ilişkin hüküm fıkrasına karşı vergi idaresinin yaptığı temyiz istemi Danıştay Dördüncü Dairesince reddedilmiş ve davalı idarece karar düzeltme yoluna başvurulmaksızın söz konusu hüküm fıkrası kesinleşmiş olduğundan, kararın diğer hüküm fıkralarının bozulmasından sonra verilen ısrar kararının varlığı, kesinleşen hüküm fıkrasının yeniden temyiz incelemesine tabi tutulmasını olanaklı kılmayacağından, bu ceza yönünden ileri sürülen temyiz iddialarının incelenmesi mümkün değildir.

213 sayılı Vergi Usul Kanununun mükerrer 355'inci maddesi uyarınca kesilen özel usulsüzlük cezası yönünden davanın reddi yolundaki ısrar hükmünün dayandığı hukuksal nedenler ve gerekçesi Kurulumuzca da uygun bulunmuş ve temyiz dilekçesinde ileri sürülen iddialar, kararın söz konusu hüküm fıkrasının bozulmasını gerektirecek durumda görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle, temyiz isteminin, 213 sayılı Vergi Usul Kanununun 353'üncü maddesinin 1'inci fıkrasının 1'inci bendi uyarınca kesilen özel usulsüzlük cezasına yönelik kısmının incelenmeksizin reddine, aynı Kanunun mükerrer 355'inci maddesi uyarınca kesilen özel usulsüzlük cezası yönünden davanın reddine ilişkin hükümde ısrar edilmesine ilişkin hüküm fıkrasına, davacı taraf temyiz isteminin reddine, diğer hüküm fıkralarına yöneltilen tarafların temyiz iddiaları gerektirdiğinden, İstanbul 4.Vergi Mahkemesinin, 8.10.2007 günlü ve E:2007/2583, K:2007/2352 sayılı ısrar kararının, sunulacak veya elde edilecek kanıtlar değerlendirildikten sonra yeniden bir karar verilmek üzere bozulmasına, verilecek kararda hüküm altına alınacağından yargılama giderleri hakkında hüküm kurulmasına gerek bulunmadığına, 10.10.2008 gününde oyçokluğu ile karar verildi.

KARŞI OY

X- 2000 takvim yılına ait defter ve belgelerini incelemeye ibraz etmeyen davacının, incelenen dönemde POS cihazı ile yaptığı satışlara ait hasılatının bir kısmını kayıt ve beyan dışı bıraktığı saptanmış, inceleme ile tespit edilen matrah farkı üzerinden yapılan tarhiyata karşı açtığı davada da, kredi kartı kullanılarak yapılan satışlara ait hasılatın gerçek bir emtia satışına dayanmadığı, işletmenin finansman ihtiyacını karşılamak için işletme sahiplerine ait kartların kullanılmasından kaynaklandığını ileri sürmüştür.

Davacı, tespit edilen hasılat farkının tamamının emtia satışına ait olmadığını, bir kısmının finansman ihtiyacının karşılanması için kullanılmasından kaynaklandığını belirterek dava açmış ise de; bu iddiasını kanıtlayacak somut belgeler ibraz etmemiştir. Gerek inceleme, gerek yargılama aşamasında ibraz edeceği banka kayıtları, POS cihazı silipleri, finansman ihtiyacı için kullanılan kredi kartlarının numaraları ile gerçek satışa ilişkin olmayan hasılatını belgelendirme olanağı bulunmakta iken, hiçbir kanıt sunmadan soyut ifadelerle POS cihazı ile yapılan bir kısım hasılatının vergilendirilmesi gereken ticari faaliyetine ilişkin gerçek hasılatı olmadığını ileri sürdüğünden, bu iddialarının bu aşamada incelenmesine olanak bulunmamaktadır.

Bu nedenle, ihtilaflı dönemde kayıt ve beyan dışı bıraktığı hasılat farkı üzerinden davacı adına yapılan tarhiyatta hukuka aykırılık bulunmadığından, davanın vergi aslına ilişkin kısmının iddiaların kanıtlanmaması sebebiyle reddi gerekirken, tarhiyatı değiştiren ısrar kararının bu nedenle bozulması gerektiği oyu ile Kurul kararının, davacıdan kanıt sunması istendikten sonra karar verilmek üzere bozulmasına ilişkin hüküm fıkrasına katılmıyoruz.

KARŞI OY

XX- 213 sayılı Vergi Usul Kanununun 134'üncü maddesinde, vergi incelemesinden maksadın ödenmesi gereken vergilerin doğruluğunu araştırmak, tespit etmek ve sağlamak olduğu açıklanmıştır. Aynı Kanunun 30'uncu maddesinde ise, re'sen vergi tarhi ile ulaşılacak istenilen amacın, ödenmesi gereken vergilerin doğruluğunun gerçek veya gerçeğe en yakın haliyle saptanması olduğu öngörülmüştür. 5422 sayılı Kurumlar Vergisi Kanununun 13'üncü maddesinde, kurumlar vergisinin "safi kurum kazancı" üzerinden hesaplanacağı, safi kazancın tespitinde ise Gelir Vergisi Kanununun ticari kazanç hakkındaki hükümlerinin uygulanacağı hükme bağlanmıştır.

Davacının ilgili yıl işlemlerinin incelenmesi sonucu, kayıtlı hasılat ile POS cihazı kullanılarak elde edilen hasılat arasında bulunan fark, kayıt dışı kazanç olarak nitelendirilmiştir. Ancak, kayıtlı mal maliyeti ile bu miktarda satışın yapıp yapılamayacağı hususu araştırılmamıştır. Diğer bir anlatımla kayıt dışı hasılatın tamamı kazanç olarak kabul edilmiş ve satılan malın maliyeti dikkate alınmamıştır. Temyize konu ısrar kararında da, vergi mahkemesince hiç bir dayanak gösterilmeden, davacı kurum temsilcisinin soyut ifadesine göre %20 kârlılık oranı belirlenerek hüküm kurulmuştur. Bu durumda kayıt dışı satılan malın maliyeti, somut verilerle belirlenip ortaya konulmadan, kayıt dışı hasılat farkının tamamının kazanç olarak nitelendirilmesi suretiyle yapılan tarhiyatta ve tarhiyata karşı açılan davayı kısmen reddeden ısrar kararında hukuka uygunluk bulunmadığından ısrar kararının bu nedenle bozulması gerektiği oyu ile karara katılmıyoruz.

KARŞI OY

XXX- 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun , 4369 sayılı Kanunla değişik 344 üncü maddesinin 2 inci fıkrasında , vergi ziyai suçunu işleyenlere vergi ziyai cezası kesilir ve bu ceza , 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 bulunur hükmü yer almaktadır. Bu fıkranın" bu ceza; 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 bulunur" bölümünün Anayasa'nın 2 nci , 7 nci , 10 uncu , 38 nci ve 73 üncü maddelerine aykırılığı iddiasıyla iptali istemiyle Anayasa Mahkemesi'ne başvurulmuş olup, Anayasa Mahkemesi'nin 6.1.2005 günlü ve E:2001/3, K:2005/4 sayılı kararıyla, ".ziyaa uğratılan verginin bir katına eklenecek olan cezanın hesaplanmasında esas alınacak olan gecikme faiz oranının Bakanlar Kurulu tarafından ne zaman belirleneceğinin bilinmemesi ve bu durumun sonuçta öngörülecek ceza miktarında belirsizliğe yol açacak olması, Anayasa'nın 38 inci maddesinde sözü edilen ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirleri ancak kanunla konulur ve 2 nci maddesindeki" hukuk devleti "İlkelerine aykırılık oluşturur" gerekçesiyle iptal edilmiş, Anayasa'nın 153 üncü maddesinin 3 üncü fıkrasıyla 2949 sayılı Yasa'nın 53 üncü maddesinin dördüncü ve beşinci fıkraları gereğince , iptal hükmünün kararın Resmi Gazete'de yayımlanmasından başlayarak altı ay sonra yürürlüğe girmesi hüküm altına alınmıştır.

8.4.2006 tarih ve 26133 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 5479 sayılı Yasanın 12. maddesi ile 213 sayılı Yasanın 344 ncü maddesinin ikinci fıkrası, "Vergi ziyai suçu işleyenlere, ziyaa uğrattıkları verginin bir katı tutarında vergi ziyai cezası kesilir. " hükmü, yine aynı yasanın 13 üncü maddesi ile 213 sayılı Yasaya "gecici madde 27 - 1.1.2006 tarihinden önceki dönemlere ilişkin olarak bu tarihten sonra ortaya çıkan ve vergi ziyai cezası kesilmesini gerektiren fiiller için ziyaa uğratılan verginin bir katı tutarında vergi ziyai cezası kesilir. Bu ceza; vergi ziyasına 359 ncu maddede yazılı fiillerle sebebiyet verenlere üç kat , bu fiillere iştirak edenlere bir kat , vergi incelemesine veya takdir komisyonuna sevk edilmesinden sonra verilenler hariç olmak üzere , kanuni süresi geçtikten sonra verilen vergi beyannameleri için de yüzde elli oranında uygulanır. " hükmü eklenerek getirilmiştir.

Yasa koyucu, 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun 344. maddesinde yer alan vergi ziyai cezasının hesaplanma yöntemine ilişkin düzenlemenin Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmesi nedeniyle ortaya çıkan boşluğun doldurulması amacıyla yaptığı bu yeni düzenlemede, maddenin yürürlük tarihinden önceki dönemlere ilişkin olan ve bu tarihten sonra ortaya çıkan fiilleri de cezalandırmaktadır.

Anayasa'mıza ve 5237 sayılı Yeni Türk Ceza Kanununa göre, "suçta kanunilik" ve "cezalarda kanunilik" ilkesi oluşturulmuştur. Çağdaş hukukun vazgeçilmez temel ilkelerinden biri de "kanunsuz suç ve ceza olmaz" kuralıdır. Bu ilkeler ile kişilerin temel hak ve özgürlükleri güvence altına alınmaktadır. Yasama organı kamu düzeninin korunması bakımından ceza kanunlarında ve diğer kanunların ceza içeren hükümlerinde düzenleme yaparken hem Anayasa kuralları içinde hareket etmek hem de ceza hukukunun genel prensiplerine bağlı kalmak mecburiyetindedir.

Herkes (cezaların azaltılması durumu hariç olmak üzere) suçun işlendiği günde yürürlükte olan kurallara göre cezalandırılmalıdır.

T.C.Anayasa'sının "Anayasa'nın bağlayıcılığı ve üstünlüğü" başlıklı 11 nci maddesi "Kanunlar Anayasa'ya aykırı olamaz" hükmüne, "C- Suç ve cezalara ilişkin esaslar" başlıklı 38 nci maddesi "kimse, işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılmaz" hükmüne amirdir.

İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetlerini Korumaya Dair Sözleşmenin "Cezaların Yasallığı" başlıklı 7 nci maddesinin 1 inci fıkrasında; hiç kimsenin, işlendiği zaman ulusal ve uluslar arası hukuka göre bir suç sayılmayan bir fiil veya ihmalden dolayı mahkum edilemeyeceği, yine hiç kimseye, suçun işlendiği sırada uygulanabilecek olan cezadan daha ağır bir ceza verilemeyeceği düzenlenmiştir.

T.C.Anayasa'sının 90 ncı maddesinin son fıkrasında da, usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası andlaşmaların kanun hükmünde olduğu, bunlar hakkında Anayasa'ya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesi'ne başvurulamayacağı, usulüne göre

yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası hükümlerin esas alınacağı hükme bağlanmıştır.

5237 sayılı yeni Türk Ceza Yasası'nın 2 nci maddesinin 1 inci fıkrasında, Kanunun açıkça suç saymadığı bir fiil için kimseye ceza verilemeyeceği ve güvenlik tedbiri uygulanamayacağı, kanunda yazılı cezalardan başka bir ceza ve güvenlik tedbirine hükmolunamayacağı, 2 nci fıkrasında da idarenin düzenleyici işlemleriyle suç ve ceza konulamayacağı, aynı Yasa'nın 5 nci maddesinde , bu Kanunun Genel Hükümlerinin özel ceza kanunları ve ceza içeren kanunlardaki suçlar hakkında da uygulanacağı, 7 nci maddesinin 1 inci fıkrasında da, işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanuna göre suç sayılmayan bir fiilden dolayı kimseye ceza verilemeyeceği ve güvenlik tedbiri uygulanamayacağı hüküm altına alınmıştır.

Anayasa'nın 153 üncü maddesinin 3 üncü fıkrasında; Kanun, Kanun Hükmünde Kararname veya T.B.M.M. İttüzüğü yada bunların hükümlerinin, iptal kararlarının Resmi Gazete'de yayımlandığı tarihte yürürlükten kalkacağı, gereken hallerde Anayasa Mahkemesi'nin iptal hükmünün yürürlüğe gireceği tarihi ayrıca kararlaştırabileceği, bu tarihin, kararın Resmi Gazete'de yayımlandığı günden başlayarak bir yılı geçemeyeceği, 5 inci fıkrasında da, iptal kararlarının geriye yürümeyeceği belirtilmiş ise de, Anayasa Mahkemesi kararlarının geriye yürümezlik ilkesini Mahkemelerde bakılmakta olan davalarda ve ceza içeren hükümler içinde uygulanacağı şeklinde anlamak mümkün değildir. Bir hukuk devletinde kanunların Anayasa'ya aykırılığından ziyade bu aykırılığın bilinmesine rağmen uygulanmaya devam edilmesi kabul edilemez. Anayasa'ya aykırılığı Anayasa Mahkemesi'nce saptanarak iptal edilmiş kanun hükümlerinin görülmekte olan davalarda da uygulanması hukukun üstünlüğü ilkesine aykırıdır.

Yapılan düzenlemeler, Anayasa'nın üstünlüğü, cezaların kanuniliği, belirlilik ve eşitlik ilkeleri açısından değerlendirildiğinde, özel yasasında tanımlanan suç için verilecek olan cezanın Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmesi ve hukuk alanında varlığının ortadan kalkması karşısında ve Anayasa'mızın 153 ncü maddesi hükmü gereği Anayasa Mahkemesi kararlarının yasama, yürütme ve yargı organları ile idare makamlarını, gerçek ve tüzel kişileri bağlaması nedeniyle, görülmekte olan davalarda vergi ziyai suçu işleyenlere 5479 sayılı yasanın yürürlüğe girdiği tarihe kadar vergi ziyai cezası kesilmemesi gerektiği görüşüyle kararın vergi ziyai cezası ile ilgili kısmına katılmıyoruz.

KARŞI OY

XXXX- 2000 yılı işlemleri incelenerek POS cihazı ile yaptığı satışlara ait hasılatının bir kısmını kayıt ve beyan dışı bıraktığı saptanan davacı adına, bu hasılatı için düzenlemesi gereken belgeleri düzenlememesi nedeniyle 213 sayılı Vergi Usul Kanununun 353'üncü maddesinin 1'inci fıkrası uyarınca kesilen özel usulsüzlük cezası 2.9.2004 tarih ve 7780 sayılı ceza ihbarnamesiyle davacıya tebliğ edilmiş, davacı bu ihbarname ile tebliğ edilen cezanın kaldırılmasını isteyerek, ihbarnamenin tarih ve sayısını da dava dilekçesinde belirtmek suretiyle dava açmıştır.

Dava konusu edilen ihbarname incelendiğinde, ihbarnamede kesilen cezanın dayanağı olarak 213 sayılı Kanunun 353'üncü maddesinin 1'inci fıkrası gösterildiği görülmektedir. Aynı Kanunun defter ve belge ibrazına ilişkin yükümlülüklerini yerine getirmeyen mükelleflere kesilecek cezayı düzenleyen mükerrer 355'inci maddesine göre ceza kesildiğine ilişkin bir ibare ihbarnamede yer almadığı gibi dayanak olarak da bu madde gösterilmemiştir. İnceleme raporunda her ne kadar mükerrer 355'inci maddesi nedeniyle de ceza kesilmesi önerilmiş ise de, idarece bu yönde bir işlem yapılmadığı anlaşılmaktadır. Davacı dava dilekçesinde, münhasıran yukarıda tarih ve sayısını belirttiğimiz ihbarname ile kesilen özel usulsüzlük cezasının kaldırılmasını istediğinden, 213 sayılı Kanunun mükerrer

355'inci maddesine göre kesilen herhangi bir cezanın bu dosyada dava konusu edilmediği sonucuna ulaşılmaktadır.

Bu nedenle, Vergi Usul Kanununun mükerrer 355'inci maddesi uyarınca kesilen özel usulsüzlük cezası dava konusu edilmediği halde, Mahkemece söz konusu ceza hakkında da hüküm kurulması yolundaki ısrar hükmünde hukuka uygunluk bulunmadığından ve ısrar kararının bu hüküm yönünden bozulması gerektiği oyu ile Kurul kararının, bu nedenle kesilen özel usulsüzlük cezası hakkında hüküm kurulmasında hukuka aykırılık görmeyen hüküm fıkrasına katılmıyoruz.

T.C.
DANIŞTAY
Vergi Dava Daireleri
Kurulu
Esas No : 2007/733
Karar No: 2008/624

Özeti : Yatırım indirimi tutarının, tevkifata tabi olmasını öngören açık bir düzenleme bulunmayan Nisan 2000 döneminde, 1999 yılına ait kurum kazancından indirilen yatırım indirimi tutarı üzerinden tahakkuk ettirilen gelir (stopaj) vergisinin düzeltilmesi istemiyle, yapılan başvurunun reddi yolundaki işlemin, tahakkukla vergi mevzuunda hataya yol açılması nedeniyle, hukuka uygun düşmediği hakkında.

Kararın Düzeltilmesini İsteyen: ... Fotoğrafçılık Sanayi ve Ticaret Anonim Şirketi

Vekili : Av. ...

Karşı Taraf : Maliye Bakanlığı Gelir İdaresi Başkanlığı

İstemin Özeti : 1999 yılında yararlandığı yatırım indirimi

tutarına göre düzenlenen muhtasar beyanname üzerinden tahakkuk ettirilen gelir (stopaj) vergisi ile fon payının tahakkuk kayıtlarından silinmesi istemiyle Maliye Bakanlığına yapılan başvurunun reddine ilişkin işlemin iptali istemiyle dava açılmıştır.

Davayı inceleyen İstanbul 9.Vergi Mahkemesi, 17.10.2003 günlü ve E:2003/501, K:2003/2459 sayılı kararıyla; davacı şirketin beyanı üzerinden yapılan tahakkukta o tarihte yürürlükte bulunan 20.8.1999 tarih ve 99/13230 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı hükümlerine aykırılık bulunmadığı, olayın; Vergi Usul Kanununun vergilendirme hatası ile ilgili 118'inci maddesi dışında kaldığı ve hukuki bir ihtilaf şeklinde ortaya çıktığı, hukuki ihtilafların ise düzeltme hükümlerine göre çözümüne olanak bulunmadığından dava konusu işlemde hukuka aykırılık görülmediği gerekçesiyle davanın reddine karar vermiştir.

Davacının temyiz istemini inceleyen Danıştay Dördüncü Dairesi, 13.7.2005 günlü ve E:2004/209, K:2005/1440 sayılı kararıyla; 193 sayılı Gelir Vergisi Kanununun 94'üncü maddesinin 6'ncı fıkrasının (b) bendinin (ii) alt bendinde, dağıtılsın dağıtılmasın kurumlar vergisine tabi kurumların, Kurumlar Vergisi Kanununun 8'inci maddesinin 1 numaralı bendi dışında kalan kurumlar vergisinden müstesna kazanç ve iratlarından tevkifat yapılacağı, Bakanlar Kurulunun bu maddede yer alan tevkifat nispetini her bir ödeme ve gelir için ayrı ayrı sifra kadar indirmeye veya bir katına kadar artırmak suretiyle yeniden tespit etmeye yetkili olduğunun belirtildiği, bu yetki uyarınca yürürlüğe konulan 99/13230 sayılı Bakanlar Kurulu Kararının eki kararın 2'nci maddesinin (b) bendinin (ii) alt bendinde, tevkifat oranının %15 olarak belirlendiği ve parantez içinde yatırım indirimi dahil ibaresinin eklendiği, bu

düzenleme ile 94'üncü maddenin 6/b-ii alt bendi hükmü uyarınca yatırım indiriminden faydalanan tutarın tevkifata tabi tutulduğu, bu bende Bakanlar Kurulu Kararı ile eklenen "Yatırım indirimi dahil" ibaresinin ise Danıştay Dördüncü Dairesinin 3.5.2000 günlü ve E:1999/5648, K:2000/1914 sayılı kararıyla iptal edildiği, T.C. Anayasa'sının 73'üncü maddesi ve Kurumlar Vergisi Kanununun mükerrer 45'inci maddesinde yer alan hükümlerin birlikte incelenmesinden, Bakanlar Kurulunun vergi koyma, değiştirme veya kaldırma yetkisinin olmadığı, sadece Anayasa ve Kanunlarla tanınmış bulunan yetki çerçevesinde oranları belirleme yetkisinin olduğu, öte yandan idare, kanun hükmünün uygulanması sırasında ortaya çıkabilecek sorun ve uyumsuzlukları önlemek amacıyla bir düzenleme yapma yetkisine sahip ise de, bu yetkisini vergi kanunlarında belirlenen sınırları aşmadan kullanabileceği, bu nedenle Bakanlar Kurulunca vergi kanunlarında yer alan bir hükmün değiştirilmesi, kaldırılması veya vergi konusunda yeni bir hüküm konulmasının Anayasaya ve vergi mevzuatına aykırılık teşkil ettiği, Gelir ve Kurumlar Vergisi Kanunlarında yatırım indiriminin tevkifata tabi olacağı yolunda açık bir hüküm bulunmamasına karşın sadece oranları belirleme yetkisi bulunan Bakanlar Kurulunca vergiden istisna edilmiş bir kazanç ve irat olmayan yatırım indiriminden faydalanan tutarın, tevkifata tabi tutulması yolundaki düzenleme açıkça hukuka aykırı olduğundan, davacı tarafından yapılan düzeltme isteminin vergi hatası kapsamında değerlendirilmesi gerektiği gerekçesiyle kararı bozmuştur.

İstanbul 9.Vergi Mahkemesi, 21.9.2006 günlü ve E:2006/2524, K:2006/1569 sayılı kararıyla, ilk kararında ısrar etmiştir.

Davacının temyiz istemini inceleyen Danıştay Vergi Dava Daireleri Kurulu 11.7.2007 günlü ve E:2007/21, K:2007/245 sayılı kararıyla; 213 sayılı Vergi Usul Kanununun 378'inci maddesinde, mükelleflerin beyan ettikleri matrahlara ve bu matrahlar üzerinden tarh edilen vergilere karşı dava açamayacakları ancak, bu Kanunun vergi hatalarına ait hükümlerinin mahfuz olduğu düzenlemesine yer verildiği, aynı Kanunun 116'ncı maddesinde, vergiye müteallik hesaplarda veya vergilendirmede yapılan hatalar yüzünden haksız yere fazla veya eksik vergi istenmesi veya alınmasının vergi hatası olarak tanımlandığı, 117'nci maddesinde hesap hataları, 118'inci maddesinde ise vergilendirme hatası kapsamına giren hususların düzenlendiği, bu maddenin üçüncü bendinde, açık olarak vergi mevzuuna girmeyen veya vergiden müstesna tutulan gelir, servet, madde, kıymet, evrak ve işlemler üzerinden vergi istenmesi veya alınmasının mevzuda hata olarak kabul edildiği, yatırım indiriminin vergi tevkifatına tabi olup olmadığına ilişkin olarak yaratılan ihtilaflar sonucunda, Danıştay Daireleri ve Vergi Dava Daireleri Kurulu kararları arasında aykırılığın Danıştay İçtihatları Birleştirme Kurulunun 19.7.2002 günlü ve E:2002/3, K:2002/3 sayılı kararıyla, Bakanlar Kurulunca, 99/13230 sayılı karar ile 1999 yılı hesap döneminde yatırım indiriminin vergi tevkifatına tabi tutulması yolunda düzenleme yapılmasının hukuken mümkün olmadığı yönünde birleştirilerek giderildiği, ancak, Danıştay İçtihatları Birleştirme Kurulunun 10.6.1993 günlü ve E:1992/1, K:1993/2 sayılı kararında belirtildiği üzere, içtihadın birleştirilmesi kararlarının genel, objektif nitelikteki düzenleyici bir kuralın anlam ve kapsamının belirlenmesine ve onun yorumlanmasına ilişkin olması ve konusunu oluşturan hukuk kuralının yürürlükte kaldığı sürece geçerliliğini koruması dikkate alındığında, işlemin tesis edildiği tarihte yürürlükte bulunan Bakanlar Kurulu Kararına uygun olarak tesis edilen, ihtirazi kayıt konulmaksızın ve hukuki ihtilaf yaratılmaksızın tahakkuk edip ödenen verginin, İçtihadı Birleştirme Kurulu Kararından söz edilerek vergi hatası kapsamında görülmesine hukuken olanak bulunmadığı, bu nedenle verilen aykırı kararlar göz önünde tutulduğunda, yatırım indirimi nedeniyle yapılan gelir (stopaj) vergisi tahakkukunun Vergi Usul Kanununun 116 ve müteakip maddelerinde belirtilen açık vergi hatası kapsamında düzeltilmesi mümkün olmadığından, davacı isteminin idarece reddinde hukuka aykırılık görülmediği gerekçesiyle temyiz isteminin reddine karar vermiştir.

Davacı tarafından, kurul kararının hukuka aykırı olduğu ileri sürülerek düzeltilmesi istenmiştir.

Savunmanın Özeti : Yasal dayanaktan yoksun olan düzeltme isteminin reddi gerektiği savunulmuştur.

Danıştay Tetkik Hâkimi Abdurrahman GENÇBAY'ın Düşüncesi : Gelir Vergisi Kanununun, tevkifatın dayandığı 94'üncü maddesinin ilk fıkrasının 6/b-ii alt bendi sadece kurumlar vergisinden müstesna kazançları vergi mevzuuna almışken, kurumların yatırım indirimi nedeniyle kurumlar vergisine tabi tutulmayan kurum kazancının kurumlar vergisinden müstesna olduğunu düzenleyen herhangi bir kural bulunmadığı halde tevkifata tabi tutulmasının, vergi yasalarında açıkça vergi konusuna alınmamış bir matrahın vergilendirilmesi yoluyla vergi mevzuunda hata halini oluşturduğu, bu nedenle karar düzeltme isteminin kabulü ile kurul kararının kaldırılarak temyize konu vergi mahkemesi ısrar kararının bozulması gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı A.Kemal TERLEMEZOĞLU'nun 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 Vergi Dava Daireleri Kurulunca, dosyadaki belgeler incelendikten sonra gereği görüldü:

1999 hesap dönemine ilişkin kurum kazancından indirdiği yatırım indirimi tutarını gösteren muhtasar beyannamesini çekincesiz veren, beyanname üzerinden tahakkuk ettirilen gelir (stopaj) vergisinin tahakkuk kayıtlarından silinmesini 19.8.2002 tarihli dilekçesiyle isteyen ve bu istemini, ne Gelir Vergisi Kanunu ve ne de Kurumlar Vergisi Kanununda, 1999 hesap dönemine ait kurum kazancından indirilen yatırım indirimi tutarının vergi tevkifatına tabi tutulmasını öngören bir düzenleme bulunmadığından, tahakkukun yasaya aykırı olmasına dayandıran davacının, davanın reddi yolundaki ısrar kararına karşı yaptığı temyiz başvurusunun; Danıştay İçtihatları Birleştirme Kurulu kararlarına dayanılarak ve vergi hatasının varlığı ileri sürülerek düzeltme yolunun izlenemeyeceği neden gösterilerek reddine ilişkin Kurulumuzun 11.7.2007 günlü ve E:2007/21, K:2007/245 sayılı kararına karşı yapılan karar düzeltme isteminin 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 54'üncü maddesinin 1'inci fıkrasının (c) bendi uyarınca kabulü ile kararın kaldırılmasına karar verildikten sonra davacının temyiz istemi yeniden incelendi.

Şikayet yoluyla düzeltilmesi istenen tahakkukun; Gelir Vergisi Kanununun, beyannamenin verildiği tarihte yürürlükte olan 94'üncü maddesinin birinci fıkrasına bağlı 6'ncı bendinin (b-ii) alt bendinde yazılı kural uyarınca yapıldığı konusunda taraflar arasında bir tartışma bulunmamaktadır. Sözü edilen kural, dağıtılıp dağıtılmadığına bakılmaksızın, kurumlar vergisine tabi kurumların, Kurumlar Vergisi Kanununun 8'inci maddesinin 1'inci bendi dışında kalan, kurumlar vergisinden müstesna kazanç ve iratlarını tevkifat kapsamına almıştır. Yatırım indirimi tutarı, sözü edilen 8'inci maddenin 1'inci bendi dışında kalan kurumlar vergisinden müstesna kazanç ve iratlardan olmadığına göre 1999 yılındaki kurum kazancından indirilen yatırım indirimi tutarı üzerinden Gelir Vergisi Kanununun 94'üncü maddesinin birinci fıkrasına bağlı 6'ncı bendinin (b-ii) alt bendi uyarınca tahakkuk yapılması, açık olarak verginin konusuna girmeyen gelir üzerinden vergi alınması sonucunu yaratmıştır.

Vergi Usul Kanununun 378'inci maddesinde, vergi yükümlülerinin kendi beyannameleri üzerinden tahakkuk ettirilen vergilere karşı dava açamayacağı yönünde yer alan düzenleme, vergi hatalarının varlığı halini bu sınırlamadan ayık tuttuğundan, çekince konulmaksızın verilen beyanname üzerinden yapılan tahakkukun düzeltilmesi istemiyle yapılan başvurunun reddi yolundaki işleme karşı dava açılmasına bir engel bulunmamaktadır.

Vergi Usul Kanununun 118'inci maddesinin üçüncü bendinde açık olarak vergi mevzuuna girmeyen gelir üzerinden vergi alınması vergi mevzuunda hata olarak tanımlanmışken, davacının düzeltme isteminin, Vergi Usul Kanununun 118'inci maddesinin

kapsamı dışında kaldığına, yatırım indirimi tutarının vergi tevkifatına tabi tutulmasını engelleyen bir düzenleme bulunmadığına dayanılarak verilen davanın reddi yolundaki ısrar kararında hukuka uygunluk görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle, temyiz isteminin kabulüyle, İstanbul 9.Vergi Mahkemesinin 21.9.2006 günlü ve E:2006/2524, K:2006/1569 sayılı ısrar kararının bozulmasına, yeniden verilecek kararda karşılanacağından, yargılama giderleri hakkında hüküm kurulmasına gerek bulunmadığına, 10.10.2008 gününde oyçokluğu ile karar verildi.

KARŞI OY

Karar düzeltme dilekçesinde ileri sürülen iddialar, kararın düzeltilmesini gerektirecek nitelikte bulunmadığından, istemin reddi gerektiği oyu ile karara katılmıyoruz.

T.C.
DANIŞTAY
Vergi Dava Daireleri
Kurulu

Esas No : 2007/489

Karar No: 2008/627

Özeti : 1- Kaçakçılığa iştirak eyleminden dolayı ceza kesmeye yetkili dairenin, eylemine iştirak edilen vergi yükümlüsünün bağlı bulunduğu vergi dairesi olduğu,
2- Yetkili olmayan dairenin düzenlediği ceza ihbarnamesine karşı dava açılmamış olmasının, cebren takip edilebilir bir borç yaratmayacağı hakkında.

Temyiz Eden : Üsküdar Vergi Dairesi Müdürlüğü

Karşı Taraf : ...

İstemin Özeti : ... Gıda Sanayi Ticaret Anonim Şirketine 2001 yılında gerçek bir teslimat dayandıran faturalar düzenlemesi ve bu şirketin kaçakçılık fiiline iştirak etmesi nedeniyle davacı adına 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun 344'üncü maddesinin 3'üncü fıkrası ve 360'ıncı maddesi uyarınca kesilen ve ihbarname ile duyurulmasına, dava konusu edilmeyerek kesinleşmesine karşın vadesinde ödenmeyen kaçakçılığa iştirak cezalarının cebren tahsil için düzenlenen ödeme emirleri davaya konu edilmiştir.

Davayı inceleyen İstanbul 7.Vergi Mahkemesi, 20.5.2004 günlü ve E:2003/1940, K:2004/1006 sayılı kararıyla; ihbarnamenin 25.7.2003 tarihinde tebliği üzerine dava açmayan davacının, gelir vergisi matrahını 4811 sayılı Yasanın 7'nci maddesine göre artırdığından adına iştirak cezası kesilemeyeceği iddiasıyla yaptığı başvurunun reddine ilişkin yazı ile birlikte, dava konusu ödeme emirlerinin 8.10.2003 tarihinde davacıya tebliğ edildiği, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 11'inci maddesi uyarınca bu başvurunun idari dava açma süresini durduracağı, isteğin reddi halinde dava açma süresinin yeniden işlemeye başlayacağı ve başvuru tarihine kadar geçen sürenin de hesaba katılacağı, bu düzenleme ve 4811 sayılı Kanunun 5'inci maddesi karşısında, davacının tahakkuk aşamasıyla ilgili dava açma ya da 4811 sayılı Kanunun 5'inci maddesinin üçüncü fıkrasından yararlanma yolu kapatılmadan ve ret yazısının tebliğinden itibaren işlemeye başlayan 25 gün içinde dava açabileceği gözetilmeden ödeme emri düzenlenemeyeceği, ödeme emirlerinin kesinleşmiş bir kamu alacağı bulunmaksızın düzenlenmesinden dolayı hukuka uygun görülmediği gerekçesiyle iptaline karar vermiştir.

Vergi dairesi müdürlüğünün temyiz istemini inceleyen Danıştay Dördüncü Dairesi, 30.6.2005 günlü ve E:2004/2213, K:2005/1269 sayılı kararıyla; Kanunda düzenlenmiş özel hukuki prosedüre tabi olan ve yine kanunda belirtilen belli yollar dışında üst mercii bulunmayan vergi dairelerince düzenlenen vergi ve ceza ihbarnamesinin tebliği üzerine 2577 sayılı Yasanın 11'inci maddesinin uygulanmasına olanak bulunmadığı, davacı tarafından 25.7.2003 tarihinde tebliğ edilen ihbarnamelerle duyurulan vergilendirmeye karşı dava açılmadığı ve 31.7.2003 tarihinde kendisine ait beyan matrahının 4811 sayılı Yasaya göre artırılmasından dolayı adına dava konusu cezanın da kesilemeyeceği iddiasıyla yapılan başvurunun dava süresini etkilemeyeceği, bu suretle kesinleşen kamu alacağının tahsili için ödeme emri düzenlenmesinde hukuka aykırılık bulunmadığı halde 6183 sayılı Kanunun 58'inci maddesinde yer alan iddialar kapsamında bir değerlendirme yapılmaksızın kesinleşmiş bir kamu alacağından söz edilemeyeceği gerekçesiyle ödeme emirlerini iptal eden mahkeme kararında hukuka uygunluk görülmediği gerekçesiyle kararı bozmuştur.

Bozma kararına uymayan İstanbul 7.Vergi Mahkemesi, 17.10.2005 günlü ve E:2005/1942 sayılı kararıyla, ilk kararında ısrar etmiştir.

Vergi idaresinin temyiz istemini inceleyen Danıştay Vergi Dava Daireleri Kurulu, 18.10.2006 günlü ve E:2006/75, K:2006/300 sayılı kararıyla; 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 7'nci ve 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanunun 58'inci maddelerine göre vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlere ilişkin ihbarnamelerde yer alan vergi ve cezalara karşı, ihbarnamenin tebliğ tarihinden itibaren otuz gün içinde dava açılması gerektiği, 213 sayılı Vergi Usul Kanununda belirtilen haller dışında üst mercii bulunmayan vergi dairelerince düzenlenen ceza ihbarnamelerinin tebliği üzerine 2577 sayılı Kanunun 11'inci maddesinin uygulanma olanağı bulunmadığından, ceza ihbarnameleriyle tebliğ edilen ve süresinde dava açılmayarak kesinleşen amme alacağının tahsili için ödeme emri düzenlenmesinde hukuka aykırılık görülmediği, bu nedenle davacı iddialarının 6183 sayılı Kanunun 58'inci maddesinde yer alan nedenler kapsamında olup olmadığı incelenerek bir değerlendirme yapıldıktan sonra karar verilmesi gerektiği gerekçesiyle ısrar kararını bozmuştur.

Bozma kararı üzerine davayı yeniden inceleyen İstanbul 7.Vergi Mahkemesi, 31.5.2007 günlü ve E:2007/811, K:2007/1406 sayılı kararıyla; 213 sayılı Vergi Usul Kanununun 4'üncü maddesinin ilk fıkrasında, vergi dairesinin mükellefi tespit eden, vergiyi tarh eden, tahakkuk ettiren ve tahsil eden daire olarak tanımlandığı, ikinci fıkrasının ilk cümlesinde ise, mükelleflerin vergi uygulaması bakımından hangi vergi dairesine bağlı olduklarının vergi kanunlarıyla belirleneceğinin hüküm altına alındığı, aynı Kanunun 365'inci maddesinde de, vergi cezalarının olayların ilgili bulunduğu vergi bakımından mükellefin bağlı olduğu vergi dairesi tarafından kesileceğinin düzenlendiği, karşıt inceleme neticesinde 2001 yılında Boğaziçi Kurumlar Vergi Dairesi Müdürlüğünün mükellefi olan ... Gıda Sanayi ve Ticaret Anonim Şirketinin işlemleri incelendiğinde, gerçek bir emtia teslimine dayanmayıp kayıtlarına dahil edilen faturaları düzenleyen davacı adına 213 sayılı Kanunun 360'ıncı maddesine göre sözü edilen yükümlünün vergi kaybına neden olan fiiline iştirakten dolayı dönemler itibarıyla kesilen vergi ziyai cezasına ilişkin ihbarnamelerin tebliğ edildiği, dava konusu yapılmayan cezalar hakkında ödeme de yapılmaması üzerine davaya konu ödeme emirlerinin düzenlendiği, asıl yükümlü şirket adına kesilen kaçakçılık cezası ve vergi ziyai cezasına konu olan fiile davacının iştiraki olup olmadığı, iştiraki var ise bunun ne suretle olduğu, bu bağlamda asıl yükümlü şirket adına kesilen cezaların hukuki akibeti, niteliği, miktarı, dönemleri itibarıyla farklı değerlendirmelere yol açabileceğinden, vergi cezaları bakımından yetkiyi düzenleyen 213 sayılı Kanunun 365'inci maddesi de değerlendirildiğinde, iştirak cezasının da vergi kaybına yol açan şirketin bağlı olduğu vergi dairesince kesilmesi gerekirken, davacının mükellefiyet kaydı bulunan vergi dairesince kesilen ve tahsili için düzenlenen ödeme emirlerinin yetki unsuru yönünden hukuka uygun olmadığı gerekçesiyle dava konusu ödeme emirlerinin iptaline karar vermiştir.

Vergi idaresi süresi içinde dava konusu edilmemek suretiyle kesinleşen ve vadesinde ödenmeyen kaçakçılığa iştirak cezasını konu edinen ödeme emirlerinde hukuka aykırılık bulunmadığını ileri sürerek kararın bozulmasını istemiştir.

Savunmanın Özeti : Savunma verilmemiştir.

Danıştay Tetkik Hâkimi Abdurrahman GENÇBAY'ın Düşüncesi: Temyiz dilekçesinde ileri sürülen iddialar bozma kararı uyarınca verilen kararın bozulmasını sağlayacak durumda bulunmadığından istemin reddi gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı A.Kemal TERLEMEZOĞLU'nun Düşüncesi : Temyiz dilekçesinde öne sürülen hususlar, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 49. maddesinin 1. fıkrasında belirtilen nedenlerden hiçbirisine girmediğinden temyiz isteminin reddi ile Danıştay Vergi Dava Daireleri Kurulunun bozma kararına uyularak verilen Vergi Mahkemesi kararının onanması gerektiği düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Vergi Dava Daireleri Kurulunca, ısrar kararı Kurulun kararıyla bozulan vergi mahkemesi tarafından, 2577 sayılı Yasanın 49'uncu maddesinin 4'üncü fıkrası uyarınca verilen karara karşı yapılan temyiz başvurusunun, Kurulumuzca incelenerek sonuçlandırılması gerektiğine oyçokluğuyla karar verildikten ve dosyadaki belgeler incelendikten sonra gereği görüldü:

Ödeme emrini; kamu alacağı niteliği kazanmamış cezanın tahsili için düzenlendiği yargısıyla iptal eden ısrar kararını temyizen inceleyen Danıştay Vergi Dava Daireleri Kurulu ısrar kararını; ihbarnamelerin tebliğinden sonra dava açmayan davacının vergi idaresine yaptığı başvuru, cezanın tahakkukunu önlemeyeceğinden davacının dava dilekçesinde ileri sürdüğü iddiaların, 6183 sayılı Yasanın 58'inci maddesinde yazılı nedenler kapsamında olup olmadığı incelendikten sonra yeniden karar verilmek üzere bozmuş; vergi mahkemesi temyizen incelenmekte olan kararı ile ödeme emrinin, yetkisiz vergi dairesi tarafından düzenlenmesi nedeniyle iptaline karar vermiştir.

Davaya konu yapılan ödeme emri; davacının gerçek bir emtia teslimini temsil etmeksizin düzenlediği faturaları maliyet kayıtlarına dahil ederek noksan beyanda bulunan ve Boğaziçi Kurumlar Vergi Dairesi Müdürlüğüne bağlı mükellef olan bir şirketin vergi kaybına yol açan eylemine iştirak etmesi nedeniyle kesilen cezayı konu edinmektedir. Vergi Usul Kanununun 365'inci maddesinde ceza kesme yetkisi, olayların ilgili bulunduğu vergi bakımından mükellefin bağlı olduğu vergi dairesine tanınmış olduğundan bir vergi yükümlüsünün ceza gerektiren eylemine iştirakin varlığında, iştirak eden fail adına ceza kesmeye yetkili dairenin, eylemine iştirak edilen vergi yükümlüsünün bağlı bulunduğu vergi dairesi olduğu anlaşılmaktadır. Dolayısıyla cezayı tahsile yetkili daire de aynı vergi dairesidir.

Cezanın yetkili olmayan vergi dairesi tarafından kesilmesi, 6183 sayılı Yasa hükümlerine göre cebren takip ve tahsil edilebilecek bir borç yaratmayacağından, bu durumu 6183 sayılı Yasanın 58'inci maddesinde yer alan ödeme emriyle istenebilecek bir borcun bulunmaması kapsamında görerek ödeme emrini iptal eden vergi mahkemesi kararında bozma kararına ve hukuka aykırılık görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle temyiz isteminin reddine, 10.10.2008 gününde usulde oyçokluğu esasta oybirliğiyle karar verildi.

KARŞI OY

Dosyada; Vergi Mahkemesi direnme kararının Danıştay Vergi Dava Daireleri Kurulunca bozulması üzerine, bu karara uyularak aynı Mahkemece verilen kararın temyizen bozulması istenilmektedir.

2575 sayılı Danıştay Kanununun 38 inci maddesinin 2 nci fıkrasında, Vergi Dava Daireleri Kurulunun, vergi mahkemelerinden verilen ısrar kararları ile vergi dava dairelerinden ilk derece mahkemesi olarak verilen kararları temyizen inceleyeceği hükme

bağlanmıştır. Dosyada temyizen bozulması istenilen karar vergi mahkemesince verilmiş bulunduğundan, temyiz başvurusunun Kurulca incelenebilmesi için, söz konusu kararın ısrar (direnme) kararı niteliğinde olması gerekmektedir.

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 49 uncu maddesinin 3 üncü ve 4 üncü fıkralarında yer alan düzenlemeden, "İsrar" kararının, Danıştay'ın ilgili dava dairesince kararı bozulan ilk derece mahkemesinin bu karara uymaması, ilk kararında direnmesi olduğu çok açık biçimde görülmektedir. Danıştay Vergi Dava Daireleri Kurulu'nun görevi, bu karara karşı yapılan temyiz başvurusu ile ilgilidir. Anılan 4 üncü fıkra açıkça belirtildiği üzere, Kurul, bu başvuruyu inceledikten sonra, bozma kararını uygun görürse, mahkemenin ısrar kararını bozar ve direnme kararını ortadan kaldırır. Direnme kararı ortadan kalkan Mahkeme, bozma kararına uymak zorundadır. Bu şekilde davranan mahkeme, gerçekte, Kurul kararıyla uygun görülen daire kararına uymuş demektir. Başka anlatımla; Kurulun bozma kararının gereği, kararı bozulan mahkemenin daire kararının gereklerine uygun karar vermesidir. Dolayısıyla, bu kararın temyizi halinde inceleme, kararın daire kararına uygunluğu yönünden olacaktır. Bunu yapmaya yetkili olan merci de, ilk bozma kararını veren dava dairesidir. Yani Kurul başvurusunun incelenmesinde görevsizdir.

Bu nedenle, dosyanın görevli Danıştay Dördüncü Dairesine gönderilmesi gerektiği oyu ile temyiz incelemesinin Kurulca yapılmasına karşıyız.

YARGILAMA USULÜ

T.C.
DANIŞTAY
Vergi Dava Daireleri
Kurulu
Esas No : 2008/124
Karar No: 2008/372

Özeti : 1- Ödeme emrinin tebliği üzerine vergi idaresine başvurulmasının, ödeme emrine karşı dava açılabilmesi için geçerli ve yedi gün olan dava açma süresini etkilemeyeceği,
2- Vergi mahkemesinde dava açılabilirliğinin ödeme emrinde yazılı olduğundan; dava açma süresi geçtikten sonra ödeme emrinin iptali istenerek açılan davanın, vergi idaresine yapılan başvurunun zımnen reddine ilişkin işleme karşı açılmış bir dava olarak incelenemeyeceği hakkında.

Temyiz Eden : ...
Vekili : Av. ...
Karşı Taraf : Kartal Vergi Dairesi Müdürlüğü
İstemin Özeti : Ekim ila Aralık 1996 dönemleri için salınan katma değer vergisi

ile kesilen ağır kusur cezasının ve hesaplanan gecikme faizinin tahsili amacıyla ... ve Ortağı adına düzenlenen ödeme emrinin ve dayanağı takip ve vergi işlemlerinin iptali istemiyle açılan davayı inceleyen İstanbul 7.Vergi Mahkemesi, 8.7.2005 günlü ve E:2005/1334, K:2005/1952 sayılı kararıyla davayı; yedi gün olan dava açma süresi geçirildiğinden, 2577 sayılı Yasanın 15'inci maddesinin 1'inci fıkrasının (b) bendi uyarınca reddetmiştir.

Davacının temyiz istemini inceleyen Danıştay Dokuzuncu Dairesi, 15.3.2007 günlü ve E:2005/3576, K:2007/837 sayılı kararıyla; 213 sayılı Vergi Usul Kanununun 116 ila 126'ncı maddelerinde yer alan vergi hatalarının düzeltilmesine ilişkin düzeltme yolunun kamu alacaklarının tahsili aşamasında da izlenebileceği, istemin reddedilmesi halinde yine dava açma süresine bağlı kalınarak yargı yerlerine başvurulabileceği; davacının, yedi gün olan dava açma süresi içinde düzeltme istemiyle vergi dairesi müdürlüğüne başvurduğu ve bu istemin zımnen reddi üzerine otuz gün içinde açılan bu davada, düzeltme yoluna başvurulabilmesinin koşullarının bulunup bulunmadığı incelendikten sonra karar verilmek üzere kararı bozmuştur.

İstanbul 7.Vergi Mahkemesi, 12.11.2007 günlü ve E:2007/3020, K:2007/2686 sayılı kararıyla; 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 7'nci maddesinde, dava açma süresinin, özel kanunlarında ayrı süre gösterilmeyen hallerde Danıştay'da ve idare mahkemelerinde altmış ve vergi mahkemelerinde otuz gün olduğunun; bu sürenin, vergi, resim ve harçlar ile benzeri mali yükümler ve bunların zam ve cezalarından doğan uyuşmazlıklarda tebliğ yapıldığı tarihi izleyen günden başlayacağının düzenlendiği, 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanunun 55'inci maddesinde, amme alacağını vadesinde ödemeyenlere 7 gün içinde borçlarını ödemeleri veya mal bildiriminde bulunmaları lüzumunun bir ödeme emri ile tebliğ olunacağı, 58'inci maddesinde ise kendisine ödeme emri tebliğ olunanların ödeme emriyle istenebilecek borçlarının olmadığı veya kısmen ödendiği veya zamanaşımına uğradığı hakkında tebliğ tarihinden itibaren 7 gün içinde dava açabileceklerinin öngörüldüğü; dava dilekçesi ve eklerinin incelenmesinden, 10.6.2005 tarihli ödeme emri 13.6.2005 tarihinde davacıya tebliğ edildiği halde, 7 gün olan dava açma süresi geçirildikten sonra 5.7.2005 tarihinde kayda giren dilekçe ile ödeme emrine karşı açılan davada süre aşımı bulunduğu gerekçesiyle ilk kararında ısrar etmiştir.

Karar, davacı tarafından temyiz edilmiş ve 20.6.2005 tarihinde ödeme emriyle istenen vergi ve cezalara ait tarh ve tahakkuk belgelerinin verilmesi istemiyle vergi dairesine yapılan başvurunun dava açma süresini kesen başvuru niteliğinde olduğu, ödeme emrinin usulüne uygun düzenlenmediği ileri sürülerek, bozulması istenmiştir.

Savunmanın Özeti : İstemin reddi gerektiği savunulmuştur.

Danıştay Tetkik Hâkimi Özlem ULAŞ'ın Düşüncesi : Davacı tarafından 20.6.2005 tarihinde davalı idareye yapılan başvuruya ilişkin dilekçenin incelenmesinden, ödeme emri ile istenilen borcun dayanağı tarh ve tahakkuk evraklarının verilmesinin talep edildiği anlaşılmakta olup, bu başvurunun vergi hatasının düzeltilmesi istemi olarak değerlendirilemeyeceği ve ödeme emrinin tebliği üzerine yedi günlük dava açma süresi geçtikten sonra açılan davanın süre aşımı nedeniyle reddi yolunda verilen vergi mahkemesi ısrar kararında hukuka aykırılık bulunmadığından istemin reddi gerektiği düşünülmüştür.

Danıştay Savcısı Zerrin GÜNGÖR'ün Düşüncesi : Danıştay Dokuzuncu Dairesinin E:2005/3576, K:2007/837 sayılı ve 15.3.2007 tarihli bozma kararındaki gerekçede belirtilen nedenler doğrultusunda temyiz isteminin kabulü ile temyiz konusu mahkeme ısrar kararının bozulmasının uygun olacağı düşünülmüştür.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Vergi Dava Daireleri Kurulunca, tebligat işlemlerinin tamamlanması nedeniyle yürütmenin durdurulması istemi hakkında karar verilmesine gerek görülmemeyerek, dosyadaki belgeler incelendikten sonra gereği görüldü:

Dayandığı hukuksal nedenler ve gerekçesi yukarıda açıklanan İstanbul 7.Vergi Mahkemesinin 12.11.2007 günlü ve E:2007/3020, K:2007/2686 sayılı ısrar kararı, aynı hukuksal nedenler ve gerekçe ile Kurulumuzca da uygun bulunduğu ve temyiz dilekçesinde ileri sürülen iddialar, kararın bozulmasını gerektirecek durumda görülmediği gibi dava dilekçesine (Ek-3) işaretiyle eklenerek davacı tarafından dosyaya sunulan ödeme emrinde; Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanunun 55, 60, 111 ve 114'üncü maddelerine

ilişkin açıklamalara yer verilen bölümünün 5'inci maddesinde, ödeme emrine karşı vergi mahkemesinde dava açılabilirliği ve yargılama sonunda tamamen veya kısmen haksız çıkan borçludan aynı Yasanın 58'inci maddesine göre alacağın %10 zamla tahsil edileceğinin duyurulduğu da saptanmaktadır.

Bu nedenlerle, temyiz isteminin reddine, 20.6.2008 gününde oyçokluğu ile karar verildi.

KARŞI OY

Davacılar adına düzenlenip tebliğ edilen ödeme emirlerine karşı açılan davayı süre aşımı nedeniyle reddeden Vergi Mahkemesi ısrar kararının temyizden incelenerek bozulması istenilmektedir.

Anayasa'nın Temel Hak ve Hürriyetlerin Korunması başlıklı 40'inci maddesinin 2'nci fıkrasında; "Devlet, işlemlerinde, ilgili kişilerin hangi kanun yolları ve mercilere başvuracağını ve sürelerini belirtmek zorundadır." hükmü yer almaktadır. Ancak, Anayasa hükümleri kural olarak doğrudan uygulanacak hükümler olmadığından, uygulama ile ilgili kanunların çıkarılması gerekmekte ise de Anayasa'nın ayrıntılı biçimde düzenlediği konularda doğrudan uygulanacağı kabul edilmektedir. Buna göre; kamu kurum ve kuruluşlarının tesis edecekleri işlemlerinde, bundan etkilenen ilgili kişilerin bu işlemlere karşı başvuracakları idari mercileri ve kanun yolları ile sürelerini de belirtmeleri zorunludur. Son derece dağınık mevzuat karşısında kanun yolu, mercii ve sürelerin belirtilmesi hak arama hürriyetinin kullanımı, hak ve hürriyetlerin korunması açısından zorunluluk haline gelmiş, bu hususlar anılan ikinci fıkranın eklenmesine ilişkin 4706 sayılı Kanunun 16'ncı madde gerekçesinde de ayrıca belirtilerek maddenin amacına açıklık getirilmiştir.

İncelenen uyuşmazlıkta; davacı ve ortağı adına düzenlenip tebliğ edilen dava konusu ödeme emrinde Vergi Mahkemesi nezdinde dava açılabilirliğinin belirtilmemesi ve dava açma süresine ilişkin bir bilgiye yer verilmemesi Anayasa'nın 36'ncı maddesinde öngörülen hak arama hürriyetini sınırlayıcı bir sonuç doğurduğundan, belirtilen Anayasa hükümleri karşısında dava açma süresinin geçirildiğinden söz edilmesine olanak bulunmamaktadır.

Buna göre davanın süresinde açıldığının kabulüyle işin esasının incelenmesi gerekirken süre aşımı nedeniyle davayı reddeden mahkeme kararında hukuki isabet bulunmadığından kararın bozulması gerektiği görüşüyle karara katılmıyoruz.

T.C.
DANIŞTAY
Vergi Dava Daireleri
Kurulu
Esas No : 2008/784
Karar No: 2008/631

Özeti : Davaya ödeme emrinin konu edildiği dava dilekçesinde açıkça belirtilmesine karşın; dava dilekçesinde gösterilen tebliğ tarihine bakılarak, davanın şikayet yoluyla yapılmış vergi düzeltme isteminin reddi yolundaki işleme karşı açıldığı niteliğiyle ve Maliye Bakanlığı gerçek hasım tespit edilerek incelenmesinde, hukuka uygunluk bulunmadığı hakkında.

Temyiz Eden : Maliye Bakanlığı
Karşı Taraf : ... Deri Sanayi ve Ticaret Limited Şirketi
Vekili : Av. ...

İstemın Özeti : Davacı şirket adına 1998 takvim yılına ait gelir (stopaj) vergisinin tahsili için düzenlenen ödeme emrinin iptali istemiyle Çakabey Vergi Dairesi Müdürlüğüne karşı dava açılmıştır.

Davayı şikayet başvurusunun reddi yolundaki işleme karşı açılmış bir dava olarak ve gerçek hasım olarak tespit ettiği Maliye Bakanlığının husumetiyle inceleyen İzmir 3.Vergi Mahkemesi, 15.6.2006 günlü ve E:2005/1196, K:2006/633 sayılı kararıyla; 213 sayılı Vergi Usul Kanununun 124'üncü maddesinde, vergi mahkemesinde dava açma süresi geçtikten sonra yapılan düzeltme istemi reddolunanların, şikayet yoluyla Maliye Bakanlığına müracaat edebileceklerinin kurala bağlandığı, davacının dava açma süresi geçirilen ödeme emirlerine karşı yaptığı düzeltme ve şikayet başvurusunun 9.9.2005 tarih ve 44285 sayılı işlemle reddi üzerine, bu işlemin iptali istemiyle dava açtığı, düzeltme ve şikayet başvurusunun konusunu oluşturan ödeme emrinin, davacının ihraç kaydıyla satılan konfeksiyon emtiasını üretecek kapasiteye sahip bulunmadığının incelemeyle saptandığından hareketle ve söz konusu ihracat nedeniyle terkin edilen katma değer vergisinin tahsili amacıyla düzenlendiği, ancak, aynı sebep ve aynı ihracatlar nedeniyle mahsup yoluyla iade edilen katma değer vergilerinin davacıdan istenmesine ilişkin ihbarnamelerin dava konusu edilmesi üzerine, Mahkemelerinin verdiği 30.6.2004 günlü ve E:2003/1007, K:2004/728; E:2003/1008, K:2004/729 sayılı kararlarla, tarhiyatlar davacının yeterli kapasiteye sahip bulunduğu gerekçesiyle kaldırıldığından davacının şikayet başvurusunun aynı sebeple reddedilmesinin hukuka aykırı olduğu gerekçesiyle şikayet başvurusunun reddine ilişkin işlemin iptaline karar vermiştir.

Maliye Bakanlığının temyiz istemini inceleyen Danıştay Üçüncü Dairesi, 2.10.2007 günlü ve E:2006/3234, K:2007/2572 sayılı kararıyla; 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanunun 55'inci maddesine göre ödeme emri düzenlenmesi ile kamu alacağının tahsilat aşamasının başladığı, aynı Kanunun 58'inci maddesinde ise ödeme emrine karşı açılacak davalarda ileri sürülebilecek iddiaların gösterildiği ve dava açma süresinin yedi gün olarak belirlendiği, 1998 takvim yılına ait gelir (stopaj) vergisinin tahsili amacıyla şirket adına düzenlenen ödeme emrinin iptali istemiyle vergi dairesi müdürlüğüne karşı açılan davanın, ödeme emrinin kaldırılması istemiyle 14.6.2005 günlü dilekçeyle Maliye Bakanlığına yapılan düzeltme ve şikayet başvurusunun reddine ilişkin işlemin iptali istemiyle açılmış olduğu kabul edilerek, husumetin de Maliye Bakanlığına yöneltilmesi suretiyle incelenmesi ve bu işlem hakkında hüküm kurulması hukuka uygun düşmediği gibi söz konusu başvuru, davacı şirkete 13.11.2003 tarihinde tebliğ edilen ödeme emrine karşı başlamış olan dava açma süresini etkilemeyeceğinden, yedi gün geçirildikten sonra 2.11.2005 gününde açılan davanın esası hakkında karar verilmesinde isabet görülmediği gerekçesiyle kararı bozmuştur.

Bozma kararına uymayan İzmir 3.Vergi Mahkemesi, 29.2.2008 günlü ve E:2008/294, K:2008/228 sayılı kararıyla; ilk kararında yer alan hukuksal nedenler ve gerekçeye ek olarak; dava dilekçesinde davanın konusu ödeme emri olarak gösterilmekle birlikte, tebliğ tarihi kısmında, idarenin ret yazısının tebliğ tarihi olan 4.10.2005 tarihinin gösterildiği, bu nedenle davanın ödeme emri tebliği üzerine yapılan düzeltme ve şikayet başvurusunun reddi yolundaki işleme karşı açıldığı sonucuna varıldığı ve bu çerçevede yargılama yapıldığı gerekçesiyle, şikayet başvurusunun reddine ilişkin işlemin iptali yolundaki ilk kararında ısrar etmiştir.

Karar Maliye Bakanlığı tarafından temyiz edilmiş, 5615 sayılı Kanunla değişik 5345 sayılı Gelir İdaresi Başkanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun hükümlerine göre davanın Gelir İdaresi Başkanlığının husumetiyle görülmesi gerektiği, davacının ödeme emrine dava açmayıp şikayet yoluyla düzeltme talep ettiği, hukuki bir olayın vergi hatası olarak kabul edilemeyeceği, ödeme emrinin şikayet yoluyla ortadan kaldırılamayacağı, ileri sürülerek bozulması istenmiştir.

Savunmanın Özeti : Savunma verilmemiştir.

Danıştay Kıdemli Tetkik Hâkimi Dr.Asım ÖZCAN'ın Düşüncesi : Davacı dava dilekçesinde ödeme emrinin iptalini istemiş olduğundan, yalnızca dava konusu idari işlemin tebliğ tarihi olarak şikayet başvurusunun reddine ilişkin işlemin tebliğ tarihinin gösterilmiş olmasına dayanılarak, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 3'üncü maddesine uygun olmaması nedeniyle dilekçenin reddine karar verilip davanın konusu netleştirilmeden, davanın konusu şikayet başvurusunun reddine ilişkin işlem olarak kabul edilerek hüküm kurulması hukuka aykırı olduğundan, temyiz isteminin kabulü ile vergi mahkemesi ısrar kararının bozulması gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı Sefer YILDIRIM'ın Düşüncesi : Temyiz dilekçesinde ileri sürülen nedenler, temyiz edilen kararın yürütülmesinin durdurulmasını gerektirecek nitelikte görüldüğünden, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 52'nci maddesi uyarınca istemin kabulü gerekeceği düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Vergi Dava Daireleri Kurulunca, tebligat işlemlerinin tamamlanması nedeniyle davalı idarenin yürütmenin durdurulması istemi hakkında ayrıca karar verilmesine gerek görülmeyerek, dosyadaki belgeler incelendikten sonra gereği görüldü:

Davacı adına düzenlenen ödeme emrinin 13.11.2003 tarihinde davacıya tebliğ edildiği, 2.11.2005 tarihinde Çakabey Vergi Dairesi Müdürlüğü hasım gösterilmek suretiyle vergi mahkemesinde açılan davaya ait dilekçede ödeme emrinin iptali istenmesine karşın, davacının 14.6.2005 tarihinde ödeme emrinin kaldırılması istemiyle Maliye Bakanlığına başvurması ve bu başvuruyu reddeden yazının tebliğ tarihinin dava dilekçesinde davaya konu yapılan işlemin tebliğ tarihi olarak gösterilmesi nedeniyle, davanın Maliye Bakanlığına yapılan şikayet başvurusunun reddine ilişkin işlemin iptali istemiyle açılmış olduğunu kabul ederek, husumeti Maliye Bakanlığına yöneltmek suretiyle hüküm kuran vergi mahkemesi ısrar kararı temyiz edilmiştir.

Davaya konu yapılan hukuksal işlemin, dava sebeplerinin, hukuksal dayanaklarının, kanıtların ve davacının yargı yerinden yargılama sonunda varılmasını beklediği istemi belli eden dava dilekçesidir. Bu nedenle yargı yerleri, dava dilekçesinde davaya konu yapıldığı gösterilen işlemin hukuka uygunluğuyla sınırlı olarak hüküm kurmak zorundadır. Husumetin, dava konusu işlemi kuran mercie yöneltilmemiş olması halinde düzeltilmesi ve gerçek hasmın tespiti olanaklıdır. Dava açma süresinin de aynı nedenle, davaya konu yapılan işlemin tebliğ tarihine göre hesaplanması gerekmektedir.

Davaya konu yapılan işlemin davacı adına düzenlenen ödeme emri olduğu dilekçede açıkça belirtilmesine karşın; dilekçede gösterilen tebliğ tarihine bakılarak ve bu tarihte davacıya bir başka işlemin tebliğ edilmesine dayanılarak, davanın konusu hakkında dava dilekçesinde ifadesini bulan davacının iradesi yönünden nitelendirmeler yapılması ve husumetin yöneltildiği merciin bu nitelendirmeye göre hasım mevkiinden çıkarılması ile bir başka merciin hasım olarak tespiti yargılama hukukuna aykırıdır.

Çakabey Vergi Dairesi Müdürlüğüne karşı ve aynı müdürlük tarafından düzenlenen ödeme emrinin iptali istemiyle açılan davada, salt dava dilekçesinde gösterilen tebliğ tarihine göre davanın, şikayet yoluyla yapılmış vergi düzeltme isteminin reddi yolundaki işleme karşı açıldığı nitelmesiyle ve Maliye Bakanlığı gerçek hasım tespit edilerek hüküm kuran vergi mahkemesi ısrar kararı hukuka uygun görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle temyiz isteminin kabulüne, İzmir 3.Vergi Mahkemesinin 29.2.2008 günlü ve E:2008/294, K:2008/228 sayılı ısrar kararının bozulmasına, bozma kararı üzerine yeniden verilecek kararda hüküm altına alınacağından yargılama giderleri hakkında hüküm kurulmasına gerek bulunmadığına, 24.10.2008 gününde oyçokluğu ile karar verildi.

KARŞI OY

Dava dosyasının incelenmesinden, davacının iradesinin, ödeme emrinin kaldırılması istemiyle Maliye Bakanlığına yapılan düzeltme ve şikayet başvurusunun reddine ilişkin işlemin iptali yolunda olduğu anlaşıldığından, davanın düzeltme ve şikayet başvurusunun reddine ilişkin işlemin iptali istemiyle açıldığı kabul edilmek suretiyle incelenerek hüküm kurulması yolundaki vergi mahkemesi ısrar kararında ısrar hükmü yönünden hukuka aykırılık bulunmamaktadır.

Bu nedenle, davalı idarenin temyiz isteminin ısrar hükmü yönünden reddedilerek, uyuşmazlığın esasına ilişkin temyiz incelemesi için dosyanın Danıştay Üçüncü Dairesine gönderilmesi gerektiği görüşü ile karara katılmıyoruz.

T.C.
DANIŞTAY
Vergi Dava Daireleri
Kurulu

Esas No : 2008/507

Karar No: 2008/714

Özeti : Bozma kararına hangi hukuksal nedenlerle uyulmadığı belirtilmeden ve bozma nedeni yapılan hukuksal durum değerlendirilmeden ısrar kararı verilmesinin, hukuka uygun görülmediği hakkında.

Kararın Düzeltilmesini İsteyen: Başbakanlık Gümrük Müsteşarlığı adına
Esenboğa Gümrük Müdürlüğü

Karşı Taraf : ... Elektronik Sanayi ve Ticaret Anonim Şirketi

Vekili : Av. ... - Av. ...

İstemin Özeti : Esenboğa Gümrük Müdürlüğünde tescilli 17.10.2001 gün ve 28081 sayılı gümrük giriş beyannamesi muhteviyatı eşya nedeniyle yapılan katma değer vergisi tahakkukuna yöneltilen itirazın reddine ilişkin işlemi iptal eden Ankara 4.Vergi Mahkemesinin 22.4.2005 günlü ve E:2005/83, K:2005/582 sayılı kararına karşı gümrük idaresince yapılan temyiz istemini inceleyerek bozan karara karşı davacının karar düzeltme istemini inceleyen Danıştay Yedinci Dairesi, karar düzeltme aşamasında verdiği 12.3.2007 günlü ve E:2006/4315, K:2007/948 sayılı kararıyla; temyiz incelemesi üzerine verdiği kararını kaldırdıktan sonra gümrük idaresinin temyiz istemini yeniden inceleyerek; 2576 sayılı Kanunun 3410 sayılı Kanunun 2'nci maddesiyle değişik 6'ncı maddesinde; 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 davalarla, bu konularda 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanunun uygulanmasına ilişkin davaların ve diğer kanunlarla verilen işlerin vergi mahkemelerince; 7'nci maddesinin 2'nci fıkrasında da, 6'ncı maddenin (a) ve (b) bentlerinde belirtilen uyuşmazlıklardan kaynaklanan toplam değeri bir milyar lirayı aşmayan davaların, vergi mahkemesi hakimlerinden biri tarafından çözümleneceği hükmüne yer verildiği, aynı Kanunun Ek 1'inci maddesinde ise, bu Kanunun tek hakimle çözümlenecek davalara ilişkin 7'nci maddesindeki parasal sınırların; her takvim yılı başından geçerli olmak üzere, önceki yılda uygulanan parasal sınırların o yıl için 213 sayılı Vergi Usul Kanununun mükerrer 298'inci maddesi hükümleri uyarınca Maliye Bakanlığınca her yıl tespit ve ilan edilen yeniden değerlendirme oranında artırılması suretiyle uygulanacağını belirtildiği, vergi mahkemesi hakimlerinden biri tarafından verilen kararlara karşı yapılan başvuruların bölge idare mahkemelerince; kurul halinde verilen kararlara karşı yapılanların

ise, Danıştay'ca incelemeye tabi tutulması nedeniyle, mahkemelerce, Kanunun öngördüğü parasal sınırlar gözetilmeksizin Kurul halinde verilecek kararların, kamu düzenine ve açıklanan yasa hükümlerine de aykırı düşeceği, davacı adına tescilli 17.10.2001 gün ve 28081 sayılı beyanname nedeniyle 45.000.000 lira katma değer vergisi tahakkuk ettirilerek, 1.10.2004 tarih ve 29968 sayılı işlemle davacı şirkete tebliğ edildiği; tahakkuk ettirilen bu tutara yapılan düzeltme ve itiraz başvurularının reddine dair işlemlerde de vergi miktarının 45.000.000 lira olarak yer aldığı ancak, ekinde itirazı reddeden Başmüdürlük kararı bulunan Esenboğa Gümrük Müdürlüğü'nün 21.12.2004 tarih ve 38062 sayılı yazısında, söz konusu eşya nedeniyle 44.177.000.000 lira katma değer vergisi tahakkuk ettirilmesi gerekirken, bu meblağın 45.000.000 lira olarak gösterildiği ancak, gelir eksikliğinin 44.177.000.000 lira olduğunun bilinmesinin duyurulduğu, dava dilekçesinde vergi miktarı 44.177.000.000 lira gösterilerek, itirazın reddine dair Başmüdürlük kararının iptalinin istendiği, gerek dava konusu edilecek nitelikte olmayan gümrük müdürlüğü yazısında, gerekse dava dilekçesinde, uyuşmazlık konusu tutar 44.177.000.000 lira olduğu belirtilmiş ise de, dava konusu edilen tahakkuka vaki itirazın reddine dair işlemde 45.000.000 lira olan bu tutar, karar tarihi itibarıyla Kanunda öngörülen parasal sınır olan 5.390.000.000 lirayı aşmadığından, değinilen kural gereğince dava hakkında tek hakimle karar verilmesi gerekirken, Kurul halinde hüküm kurulmasında isabet görülmediği gerekçesiyle vergi mahkemesi kararını bozmuştur.

Bozma kararına uymayan Ankara 4.Vergi Mahkemesi, 26.9.2007 günlü ve E:2007/1356, K:2007/1301 sayılı kararıyla; davacı şirket adına tescilli beyanname muhteviyatı eşyanın, Milli Savunma Bakanlığının yazısına dayanılarak, 2000/53 sayılı Bakanlar Kurulu Kararının 50'nci maddesi kapsamında ithal edildiği, beyanname 4458 sayılı Gümrük Kanununun 167'nci maddesinin 3/a bendinde ismen belirtilen kuruluşlar adına tescilli değilse de muhteviyatı eşyanın, Milli Savunma Bakanlığı tarafından verilen siparişlerin yapımı amacıyla ithal edildiği, idare tarafından da tersi ileri sürülemediğinden ve ithalatın 4458 sayılı Kanunun 167'nci maddesinin 3/a bendi kapsamında yapıldığının kabulü gerektiğinden ilk kararında ısrar etmiştir.

İsrar kararına karşı yapılan gümrük idaresinin temyiz istemi, Danıştay Vergi Dava Daireleri Kurulunun, 28.12.2007 günlü ve E:2007/567, K:2007/535 sayılı kararıyla reddedilmiştir.

Gümrük müdürlüğünce, gümrük beyannamesi 4458 sayılı Kanunun 167'nci maddesinin 3'üncü fıkrasının (a) bendinde yazılı kuruluşlar adına düzenlenmemiş olduğundan, ithalatın bu bent kapsamında değerlendirilmeyeceği, Kanunda tanınmamış bir vergi istisnası Bakanlar Kurulu Kararı ile öngörülemediğinden, katma değer vergisi tahakkukunun kaldırılması yolundaki ısrar kararına karşı yapılan temyiz isteminin reddine ilişkin Kurul kararının belirtilen nedenlerle düzeltilmesi istenmiştir.

Savunmanın Özeti : İstemin reddi gerektiği yolundadır.

Danıştay Tetkik Hâkimi Abdurrahman GENÇBAY'ın Düşüncesi : Davacı tarafından dava konusu edilen katma değer vergisi tahakkukuna vaki itirazın reddine dair başmüdürlük kararında ihtilafa konu vergi miktarı 45.000.000 lira olarak yer almakta iken dava dilekçesinde dava konusu edilen tutarın 44.177.000.000 lira olarak gösterildiği, dolayısıyla ihtilafı vergi miktarında açıklık bulunmadığı anlaşıldığından, Mahkemece bu hususa ilişkin olarak ihtilafı vergi miktarı açıkça saptandıktan sonra karar verilmesi gerekirken tahakkuku iptal eden mahkeme kararında isabet bulunmadığından, kararın bozulması gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı H.Hüseyin TOK'un Düşüncesi : Davacı kurumun ithal ettiği eşyadan dolayı katma değer vergisi istisnasından yararlanılamayacağı gerekçesiyle tahakkuk ettirilen katma değer vergisine vaki itirazın reddine dair Gümrük ve Muhafaza Başmüdürlüğü kararına karşı açılan davada, davanın kabulü yönünde verilen vergi mahkemesi ısrar kararının onanmasına dair Vergi Dava Daireleri Kurulu kararının düzeltilmesine karar verilmesi istenilmektedir.

3065 sayılı Katma Değer Vergisi Kanununun "ithalat istisnası" başlıklı 16 ncı maddesinin 1/b bendinde; 4458 sayılı Gümrük Kanununun 167 nci maddesi kapsamında gümrük vergisinden muaf veya müstesna olarak ithal edilen eşya için (167 nci maddenin 5 numaralı fıkrasının, (a) bendi ile 7 numaralı fıkrası hariç) katma değer vergisinden istisna edildiği açıklanmış, 4458 sayılı Gümrük Kanununun 167 nci maddesinde ise, "Aşağıda sayılan hallerde serbest dolaşıma sokulacak eşyanın gümrük vergilerinden muaf olduğu belirtilmiş, bu maddenin 3/a bendinde de, Milli Savunma Bakanlığı, jandarma Genel Komutanlığı ve Sahil Güvenlik Komutanlığı ihtiyaçları için gümrük beyannamesi bu kuruluşlar adına düzenlenmiş olmak kaydıyla, yurt dışından tedarik olunan her türlü harp,silah,araç,teçhizat,makine,cihaz ve sistemleri ile bunların yapım,bakım ve onarımlarında kullanılacak yedek parçalar,akaryakıt ve yağlar, ham madde, malzeme ve harp ganimetleri"nin vergiden muaf olduğu hükme bağlanmıştır.

Bu durumda, söz konusu gümrük giriş beyannamesi adına düzenlenen davacı şirketin, Gümrük Kanununun 167 nci maddesinin 3/a bendinde ismen yer alan kuruluşlardan olmaması nedeniyle ithal konusu eşyanın Katma Değer Vergisi Kanununun 16 ncı maddesinin 1/b bendi gereğince ithalde alınan katma değer vergisinden istisna edilmesi mümkün bulunmamaktadır. Aksi bir uygulamanın ise, vergilerin kanunla kaldırılacağı , değiştirileceği, istisna ve muafiyet hükümlerinin yine kanunla getirileceği yolundaki Anayasa kuralına da aykırı olacağından gümrük giriş beyannameleri yukarıda ismi geçen kurumlar adına düzenlenmeksizin ithal edilen eşya için gümrük idaresince yapılan katma katma değer vergisi tahakkukunda yukarıda belirtilen kanun hükümlerine bir aykırılık bulunmadığından davanın kabulü yönünde verilen vergi mahkemesi ısrar kararında isabet görülmemiştir.

Açıklanan nedenle, düzeltme isteminin kabulüyle vergi mahkemesi ısrar kararının bozulmasına karar verilmesi gerektiği düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Vergi Dava Daireleri Kurulunca, dosyanın tekemmül ettiği anlaşıldığından, davalı idarenin yürütmenin durdurulması istemi hakkında ayrıca karar verilmesine gerek görülmeyerek, dosyadaki belgeler incelendikten sonra gereği görüldü:

Katma değer vergisi tahakkukuna yöneltilen itirazın reddine ilişkin dava konusu işlemi iptal eden vergi mahkemesi kararını temyizen inceleyen Danıştay Yedinci Dairesinin, işlemde yazılı tahakkuk miktarının 2576 sayılı Kanunda, kurul halinde karar verilebilmesi için öngörülen parasal sınırı aşmadığından, vergi mahkemesince kurul halinde karar verilmesini hukuka aykırı görerek kararı bozmasından sonra verilen ısrar kararında hangi nedenle vergi mahkemesi kurulu tarafından karar verildiğine değinilmeden ısrar edilmesine karşın, bu karara karşı gümrük idaresi tarafından yapılan temyiz başvurusunu sonuçlandıran Kurulumuzun verdiği kararda da bu durum gözetilmeden hüküm kurulması nedeniyle Danıştay Vergi Dava Daireleri Kurulu'nun 28.12.2007 günlü ve E:2007/567, K:2007/535 sayılı kararına karşı yapılan karar düzeltme isteminin, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 54'üncü maddesinin 1'inci fıkrasının (c) bendi uyarınca kabulü ile kararın kaldırılmasına karar verildikten sonra gümrük idaresinin temyiz istemi yeniden incelendi.

17.10.2001 gün ve 28081 sayılı gümrük giriş beyannamesi nedeniyle davacı adına tahakkuk ettirilen 45.000.000 lira katma değer vergisi 1.10.2004 tarih ve 29968 sayılı işlemle davacıya duyurulmuş, tahakkuk ettirilen bu tutara karşı yapılan düzeltme başvurusu 27.10.2004 tarih ve 555 sayılı işlemle, itiraz başvurusu ise 6.12.2004 tarih ve 566 sayılı kararla reddedilmiş, 22.12.2004 tarihinde tebliğ edilen itirazın reddine ilişkin işlem davaya konu yapılmıştır. Gerek davacı adına yapılan tahakkukta, gerekse düzeltme ve itirazın reddine ilişkin kararlarda, tahakkuk ettirilen vergi tutarı 45.000.000 lira olmasına karşın, davacı dava dilekçesinde vergi miktarını 44.177.000.000 lira göstererek, 45.000.000 lira katma değer vergisi tahakkuku hakkındaki işleme karşı dava açmıştır. Bu durumun, ekinde dava konusu Başmüdürlük işlemi bulunan ve sehven noksan katma değer vergisi tahakkuk

ettirildiğini, gelir eksikliğinin 44.177.000.000 lira olduğunun bilinmesini duyuran Esenboğa Gümrük Müdürlüğünün 21.12.2004 günlü ve 38062 sayılı yazısından kaynaklandığı da anlaşılmaktadır. İtiraz edilen tahakkukun miktarına sözü edilen yazının etkisi; davaya konu yapılan işlemin kapsamı ile dava dilekçesinde gösterilen miktar ve Danıştay Yedinci Dairesince bozma nedeni yapılan hukuksal durum gözetilip, değerlendirilmeksizin verilen, ilk kararda ısrar edilmesine ilişkin kararda yargılama usulüne ve hukuka uygunluk görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle, temyiz isteminin kabulüyle, Ankara 4.Vergi Mahkemesinin 26.9.2007 günlü ve E:2007/1356, K:2007/1301 sayılı ısrar kararının bozulmasına, yeniden verilecek kararda karşılanacağından, yargılama giderleri hakkında hüküm kurulmasına gerek bulunmadığına, 24.10.2008 gününde oybirliğiyle karar verildi.

T.C.
DANIŞTAY
Vergi Dava Daireleri
Kurulu

Esas No : 2007/547
Karar No: 2008/715

Özeti : 1- Vergi Usul Kanunu'nda vergi hatalarının düzeltilmesi için öngörülen düzeltme ve şikayet yolunun, 6183 sayılı Yasa uyarınca kamu alacaklarının güvenceye alınması veya tahsili amacıyla yapılan işlemleri kapsamadığı,
2- Bu işlemlere karşı idareye yapılan başvuruların düzeltme başvurusu değil, istem kabul edilmediği takdirde, idari davaya konu olabilecek işlem yaratmak amacıyla yapılmış başvurular olarak değerlendirilmesi gerektiği hakkında.

Temyiz Eden : ... Kimya Endüstrisi Hammaddeleri Sanayi ve Ticaret Anonim Şirketi

Vekili : Av. ...

Karşı Taraf : Erenköy Vergi Dairesi Müdürlüğü

İstem Özet : Davacı şirket hakkında alınan ihtiyati haciz kararının kaldırılması istemiyle yapılan başvurunun reddine ilişkin 11.11.2004 günlü ve 44386 sayılı işlemin iptali istemiyle dava açılmıştır.

İstanbul 9. Vergi Mahkemesi 13.12.2004 günlü ve E:2004/2607, K:2004/2898 sayılı kararıyla; 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 7'nci maddesinde; idari davaların, özel kanunlarda ayrı dava açma süresi gösterilmemişse açılacağı sürenin otuz gün olduğunun kurala bağlandığı, 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanunun 15'inci maddesinde de; haklarında ihtiyati haciz tatbik olunanlarca haczin tatbiki, gıyapta yapılan hacizlerde haczin tebliği tarihinden itibaren 7 gün içinde alacaklı tahsil dairesine ait davalara bakan vergi mahkemesi nezdinde ihtiyati haciz sebebine karşı dava açılacağı hükmüne yer verildiği, ihtiyati haciz müessesesinin 6183 sayılı Kanunda düzenlenen, amme alacağının korunmasına ilişkin usullerden olduğu, bu özelliği nedeniyle ihtiyati hacizle ilgili davalar için yedi gün olan daha kısa dava açma süresi öngörüldüğü, ihtiyati haciz işlemlerinde 2577 sayılı Kanunun 11'inci maddesinin uygulanmasına olanak bulunmadığı, davacı şirket hakkında alınan ihtiyati haciz kararının 2.11.2004 tarihinde davacıya tebliği üzerine 9.11.2004 tarihinde vergi dairesi müdürlüğünden düzeltme istendiği, bu istemin reddine ilişkin yazının 7.12.2004 tarihinde tebliği üzerine yedi gün olan dava açma süresi

geçirildikten sonra ve 8.12.2004 tarihinde açılan davanın esasının incelenmesine olanak bulunmadığı gerekçesiyle ve süreaşımı nedeniyle davanın reddine karar vermiştir.

Davacının temyiz istemini inceleyen Danıştay Dokuzuncu Dairesi 19.10.2006 günlü ve E:2005/1535, K:2006/4005 sayılı kararıyla; 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 7'nci maddesine göre, dava açma süresinin özel kanunlarda ayrı süre gösterilmeyen hallerde vergi mahkemelerinde otuz gün olduğu ve vergi, resim ve harçlar ile benzeri mali yükümler ve bunların zam ve cezalarından doğan uyumsuzluklarda, bu sürenin tebliğ tarihinde işlemeye başlayacağına hükme bağlandığı, vergilendirme işleminden doğan anlaşmazlığın, bir hukuki ihtilaftan değil de, maddi hatadan kaynaklanması durumunda, yasa koyucunun düzeltme ve şikayet müessesesi olarak adlandırılan idari başvuru yolunu vazettiği, bu yola başvurulabilmesi için ortada hukuki ihtilaftan ziyade, Vergi Usul Kanununda belirtilen vergi hatasının bulunması gerektiği, Yasanın 116'ncı maddesinde, vergi hatasının, vergiye ilişkin hesaplarda veya vergilendirmede yapılan hatalar yüzünden haksız yere fazla veya eksik vergi istenmesi veya alınması olarak tanımlandığı, 117'nci maddede hesap hataları, 118'inci maddede ise vergilendirme hatalarının tek tek sayıldığı, vergi, resim ve harçların tarh, tahakkuk ve ödeme emri ile haciz işlemlerini de içeren tahsilat aşamalarında yapılan vergi hataları hakkında mükelleflerin otuz gün ödeme emrine itirazda ve ihtiyati hacizde yedi gün olan dava açma süresi içinde vergi mahkemesinde dava açmak suretiyle uyumsuzluğu yargı mercii önüne getirmek hakları bulunduğu gibi önce düzeltme yoluna başvurmak suretiyle vergi hatasının giderilmesini yetkili makamlardan istemek, reddi halinde de dava açma sürelerine bağlı kalarak yargı yerlerine başvurma haklarının da bulunduğu ancak, bu yolun sadece vergi hataları yönünden incelemeye olanak tanıyacağı, 213 sayılı Kanunun, şikayet yolu ile Maliye Bakanlığına müracatı düzenleyen 124'üncü maddesine göre düzeltme isteminin bu konuda yetkili idarece reddi üzerine, şikayet yolu ile Maliye Bakanlığına başvurulabilmesinin, düzeltme isteğinin vergi mahkemesinde dava açma süresi geçtikten sonra yapılmış olması koşuluna bağlandığı, bir başka ifade ile dava açma süresi içinde idareden düzeltme istenmesi ve isteğin reddi halinde doğrudan vergi mahkemesi nezdinde dava açılması gerektiği, davacı şirketin ihtiyati haciz kararının tebliği üzerine yedi gün olan dava açma süresi içinde düzeltme istemiyle vergi dairesi müdürlüğüne başvurduğu ve bu istemin reddi üzerine de otuz gün içinde dava açtığından, süresinde açılan davada düzeltme yoluna başvurulabilmesinin koşulları bulunup bulunmadığı incelenerek dava hakkında karar verilmesi gerekirken, süre aşımı nedeniyle davanın reddi yolunda verilen kararda hukuka uygunluk görülmediği gerekçesiyle kararı bozmuştur.

Bozma kararına uymayan İstanbul 9. Vergi Mahkemesi 10.5.2007 günlü ve E:2007/1029, K:2007/1146 sayılı kararıyla, davanın süre aşımı nedeniyle reddi yolundaki ilk kararında ısrar etmiştir.

Davacı, 2577 sayılı Yasanın 11'inci maddesinin vergi davalarında uygulanamayacağına dair bir düzenleme bulunmadığı, ihtiyati haciz kararının bildiriminden sonra yedi gün içinde işlemi yapan makama itiraz edildiğini, itirazın reddinden itibaren otuz gün içinde açılan davanın süresinde olduğunu ileri sürerek kararın bozulması istenmiştir.

Savunmanın Özeti : Yasal dayanaktan yoksun olan temyiz isteminin reddi gerektiği savunulmuştur.

Danıştay Tetkik Hâkimi Abdurrahman GENÇBAY'ın Düşüncesi : Davacı tarafından, hakkında uygulanan ihtiyati haczin kaldırılması için, davalı idareye yaptığı başvuru, idari davaya konu olabilecek bir işlem kurulmasını sağlayacak nitelikte olduğundan ve davalı idarece de başvurunun reddi yolunda tesis edilen 11.11.2004 tarih ve 44386 sayılı işlem bu nitelikte bulunduğundan, bu işleme karşı otuz gün olan yasal süre içinde açılan davanın esasının incelenmesi gerekirken, süre aşımı nedeniyle davayı reddeden mahkemenin ısrar kararının bozulması gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı Mehmet SAĞLAM'ın Düşüncesi : İdare ve vergi mahkemelerince verilen kararların temyizden 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 Vergi Dava Daireleri Kurulunca, dosyadaki belgeler incelendikten sonra gereği görüldü:

İhtiyati haciz kararının kaldırılması istemiyle yaptığı başvurunun reddine ilişkin 11.11.2004 günlü ve 44386 sayılı işleminin iptali istemiyle açılan davayı süre aşımı nedeniyle reddeden vergi mahkemesi ısrar kararı temyiz edilmiştir.

Davacının, tarafına 2.11.2004 tarihinde tebliğ edilen ve teminat göstermesi istenen yazıdan, hakkında 15.10.2004 tarihinde alınmış bir ihtiyati haciz kararının varlığını öğrendiği; ihtiyati haciz kararının ise 1999 yılında emtia aldığı ... Kimya Sanayi ve Ticaret Limited Şirketinin işlemleri üzerinde yapılan vergi incelemesi sırasında ilk hesaplamalara göre salınacak vergi ve cezaların ihtiyaten tahakkuk ettirilmesi, ihtiyati haciz kararı alınması, teminat istenmesine karşın hiçbir mal varlığı bulunmadığı anlaşıncı, bu şirketten emtia aldığı belirlenen davacının Vergi Usul Kanununun 11'inci maddesi uyarınca ... Kimya Sanayi ve Ticaret Limited Şirketinin borçlarından müteselsilen sorumlu tutulmasına dayandığı, dosyadaki belgelerden anlaşılmaktadır.

1999 yılında emtia aldığı bir şirketin vergi ve ceza borçlarından müteselsilen sorumlu tutulması sebebiyle ihtiyati haciz kararı alınamayacağını ileri sürerek, 9.11.2004 tarihli dilekçesiyle ihtiyati haciz kararının kaldırılmasını isteyen davacının, bu dilekçesinin işleme konulmayacağı ve hakkında 6183 sayılı Yasa hükümlerinin uygulanacağı yolunda olup, 11.11.2004 günlü 44386 sayılı yazı ile kurulan işlemin ise davacıya 7.12.2004 tarihinde tebliğ edilmesi üzerine, 8.12.2004 tarihinde açılan davaya bu işlem konu yapılmıştır.

Vergi Usul Kanununun 123'üncü maddesinde, mükelleflerin vergi muamelelerindeki hataları düzeltme istemine konu yapabilecekleri düzenlenmiştir. Vergi hatalarının düzeltilmesi ve reddiyat, Vergi Usul Kanununun Birinci Kitabı olan "Vergilendirme" adı altında ve bu Kitabın "Vergi Alacağının Kalkması" başlıklı Altıncı Kısımında yer almaktadır. Ödeme, zaman aşımı ve terkine ilişkin düzenlemelerin de yer aldığı Altıncı Kısımın Üçüncü Bölüm hükümleri gibi "Vergilendirme" kitabında yer alan ve vergi muamelelerindeki hataların giderilmesini amaçlayan düzeltme yolu, kamu alacaklarının güvenceye bağlanması yahut tahsili amacıyla tahsil dairelerince 6183 sayılı Yasa uyarınca yapılan işlemleri kapsamamaktadır. Bu nedenle davacının, ihtiyati haciz kararını öğrenmesi üzerine tahsil dairesine yaptığı başvuru düzeltme başvurusu olmayıp, istemi kabul edilmediği takdirde idari davaya konu olabilecek idari işlem yaratmak amacıyla yapılmış bir başvurudur.

Davacı, hakkında alınan 15.10.2004 tarihli ihtiyati haciz kararını değil, 9.11.2004 tarihinde verdiği dilekçenin işleme konulamayacağı ve hakkında 6183 sayılı Yasa hükümlerinin uygulanacağını duyuran idari işlemi davaya konu yapmıştır. Bu işleme karşı açılacak idari davanın süresinin, sözü edilen işlemin tebliğ edildiği tarihe göre belirlenmesi, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 7'nci maddesindeki düzenleme gereği olmakla birlikte, ihtiyati haciz kararı konu yapılmadığı için aynı düzenlemeden dolayı idari işlemlere karşı vergi mahkemesinde otuz gün içinde açılacak bu davanın, ihtiyati haciz kararına karşı daha kısa bir süre öngören ve bu süreyi yedi gün olarak belirleyen 6183 sayılı Yasaya dayanılarak süre aşımı nedeniyle reddi yolunda verilen ısrar kararında hukuka uygunluk görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle temyiz isteminin kabulüyle, İstanbul 9.Vergi Mahkemesinin 10.5.2007 günlü ve E:2007/1029, K:2007/1146 sayılı ısrar kararının bozulmasına, yeniden

verilecek kararda karşılanacağından, yargılama giderleri hakkında hüküm kurulmasına gerek bulunmadığına, 24.10.2008 gününde oyçokluğuyla karar verildi.

KARŞI OY

X- 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 3622 sayılı Kanunun 4'üncü maddesiyle değişik 11'inci maddesinin 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 uyumsuzluklarda uygulanamaz." hükmü 4001 sayılı Kanunun 6'ncı maddesiyle yürürlükten kaldırılmış olduğundan, 11'inci maddenin vergi uyumsuzluklarında da uygulanması mümkündür.

Dosyanın incelenmesinden; davacı adına tesis edilerek 2.11.2004 tarihinde tebliğ edilen ihtiyati haciz işlemine karşı, 6183 sayılı Yasanın 15'inci maddesinde öngörülen yedi günlük dava açma süresi içinde ve 9.11.2004 tarihinde, 2577 sayılı Yasanın 11'inci maddesi uyarınca itiraz edildiği, maddi hata bulunduğundan söz edilerek düzeltme talebinde bulunulmadığı, 11.11.2004 tarih ve 44386 sayılı itirazın reddine ilişkin işlemin 7.12.2004 tarihinde tebliği üzerine, 8.12.2004 tarihinde kayda geçen dilekçeyle dava açıldığı, 2577 sayılı Yasanın 11'inci maddesine göre davanın süresi içinde açıldığı anlaşıldığından, temyizle konu kararın bu gerekçeyle bozulması gerektiği oyuyla kararın gerekçesine katılmıyoruz.

KARŞI OY

XX- Temyiz başvurusu; hakkında uygulanan ihtiyati haczin kaldırılması istemiyle yapmış olduğu başvurunun reddine ilişkin işlemin iptali talebiyle davacı Şirket adına açılan davayı süre aşımı sebebiyle reddine dair kararının Danıştay Dokuzuncu Dairesince bozulmasından sonra, bozma kararına aynı gerekçeyle direnen Vergi Mahkemesi kararının bozulması istemine ilişkindir.

6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanunun 15'inci maddesinde, haklarında ihtiyati haciz tatbik olunanların, ihtiyaten haczin sebeplerine karşı, tatbik tarihinden itibaren (7) gün içinde idari dava açabilecekleri öngörülmüştür.

Dosyanın incelenmesinden; davacı Şirketin, hakkında alınan ihtiyati haciz kararına karşı uygulama tarihi olan 2.11.2004 gününden itibaren 7 gün içinde, açıklanan yasa hükmünde yazılı biçimde idari dava açmadığı; idari dava açma süresi geçtikten sonra, alacaklı kamu idaresine yapmış olduğu başvuruda, ihtiyati haciz kararı alınmasını gerektiren sebeplere yönelik iddialarla, ihtiyati haczin kaldırılmasını istediği; bu isteğinin idarece reddi üzerine de, bu işlemin iptali istemiyle idari dava açtığı anlaşılmıştır.

İhtiyati haciz kararına idari dava açma süresi geçirildikten sonra, haczin kaldırılmasının, ancak yeni bir sebebin oluşması halinde istenilmesi olanaklıdır. Oysa; davacı Şirket, idareye yapılan başvuruda, alınmasına dayanak oluşturan sebeplerin hukuka aykırılığı iddiasıyla, hakkında uygulanan haciz işleminin kaldırılmasını idareden istemiştir. Haciz kararına karşı, ancak süresi içerisinde açılacak idari davada yapılacak hukuka uygunluk denetiminde dikkate alınması olanaklı bu iddiaların, idari dava açma süresi geçtikten sonra idareye yapılan başvuruya dayanak oluşturulması ve bu başvuru üzerine idarece verilen olumsuz yanıtın idari davaya konu edilmesi, idarede istikrar ilkesi gereği olanaksızdır.

Bu nedenle, temyiz isteminin reddi ile sonucu itibarıyla yerinde görülen direnme kararının onanması gerekeceği oyu ile karara katılmıyoruz.

KARŞI OY

XXX- Temyiz başvurusu, davacı şirket hakkında uygulanan ihtiyati haciz işleminin kaldırılması istemiyle yapılan başvuru üzerine davalı idarece tesis edilen 11.11.2004 gün ve 44386 sayılı işlemin iptali istemiyle açılan davada mahkemece verilen süre ret kararının bozulması istemine ilişkindir.

Davacı şirketin, davalı idareye yapmış olduğu başvuru dilekçesi incelendiğinde 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanunun 13'üncü maddesinde tanımlanan ve sebepleri açıklanan ihtiyati haciz işlemine itiraz ettiğı ve yasaya uygun olmadığını ileri sürdüğü işlemin kaldırılmasını istediğı görülmüştür.

Bu durumda, davacının isteminin gerek Kanunun 16'ncı maddesinde yer alan "ihtiyati haczin kaldırılması" istemi gerekse yeni bir sebebin oluşması halinde idarelerden işlemlerinin kaldırılmasını isteme olarak kabul edilmesine olanak bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenle, dava açma süresinin dava konusu edilebilecek olan ihtiyati haciz işlemine göre hesaplanması ve temyiz isteminin reddi gerektiğı oyu ile karara katılmıyorum.

İKİNCİ DAİRE KARARLARI

MEMURLAR VE DİĞER KAMU GÖREVLİLERİ

T.C.
DANIŞTAY
İkinci Daire

Esas No : 2007/270
Karar No : 2008/2222

Özeti : Serbest çalışan ve zorunluluk sigortasına tabi avukat olanların, 4447 sayılı İşsizlik Sigortası Kanunu'nun 27.4.2005 tarih ve 2598 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan, 5335 sayılı Kanun'un 28 inci maddesiyle değişik 61 inci maddesi uyarınca, memur olan eşlerinden dolayı sağlık yardımından yararlandırılmayacağı hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan (Davalı) : Elbistan Kaymakamlığı
Diğer Davalı : Maliye Bakanlığı
Karşı Taraf : 1-...
2-...

İsteğin Özeti : Gaziantep 2. İdare Mahkemesi'nin 20.2.2006 günlü, E:2005/893, K:2006/307 sayılı kararının dilekçede yazılı nedenlerle temyizen incelenerek bozulması isteminden ibarettir.

Cevabın Özeti : Cevap verilmemiştir.

Danıştay Tetkik Hakimi : Asiye Değirmenci

Düşüncesi : İdare Mahkemesi kararının bozulması gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı : S. Sema Kabukçu

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, öğretmen olan davacının serbest avukat olarak çalışan eşi için kendisinden dolayı sağlık yardımından yararlandırılması ve sağlık karnesi verilmesi talebinin reddine ilişkin 26.5.2005 günlü işlemin iptali istemiyle açılmıştır.

Gaziantep 2. İdare Mahkemesi'nin 20.2.2006 günlü, E:2005/893, K:2006/307 sayılı kararıyla; 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'nun 86. maddesi gereğince Barolar ile Sosyal Sigortalar Kurumu arasında sözleşme yapılması gerektiği, olayda serbest avukat olarak çalışan eşin sağlık yardımı vermeyen zorunlu topluluk sigortası üyesi olduğu, 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 186/1. maddesinde hastalık sigortasına girmenin, avukatların isteğine bağlı tutulması ve bu konuda yalnızca kendisinin başvurusunun da yeterli bulunmaması, ayrıca Baro ile Sosyal Sigortalar Kurumu arasında bu konuda bir sözleşmenin imzalanmasının gerektiği, bunun da olmaması nedeniyle davacının eşinin herhangi bir sağlık yardımından

yararlanmayan eş konumunda bulunduğu gerekçesiyle dava konusu işlemin iptaline karar verilmiştir.

Davalı idarelerden Elbistan Kaymakamlığı, 1136 sayılı Avukatlık Kanunu ve 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'nun ilgili hükümlerinin birlikte incelenmesinden, avukatların sağlık yardımından yararlanamayan kişiler olarak değerlendirilemeyeceğini öne sürmekte ve idare mahkemesi kararının bozulmasını istemektedir.

657 sayılı Devlet Memurları Kanununun olay tarihinde yürürlükte bulunan 4905 sayılı Kanunla değişik 209. maddesinde; Devlet memurları ile herhangi bir şekilde sağlık yardımından yararlanmayan eşlerinin veya bakmakla yükümlü oldukları ana baba ve ikiden fazla dahi olsa aile yardımı ödeneğine müstehak çocuklarının hastalanmaları halinde, evlerinde veya resmi veya özel sağlık kurum ve kuruluşlarında ayakta veya yatarak tedavilerinin kurumlarınca sağlanacağı öngörülmüş; Devlet Memurlarının Tedavi Yardımı ve Cenaze Giderleri Yönetmeliğinin 3. maddesinin A/b fıkrasında, Devlet memurlarının herhangi bir şekilde sağlık yardımından yararlanamayan eşinin tedavi ve yol giderlerinden yararlanacağı hükme bağlanmıştır.

1136 sayılı Avukatlık Kanununun 186. maddesinde; "188. maddede yazılı olanlar dışında kalan avukatların 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanununun 86. maddesinde gösterilen "Topluluk Sigortasına" girmelerinin zorunlu olduğu, ancak bu zorunluluğun malullük, yaşlılık ve ölüm sigortası ile sınırlı olup, iş kazaları ve meslek hastalıkları, hastalık ve analık sigortalarına girmenin avukatın isteğine bağlı olduğu, 191. maddesinde de 86 ncı madde gereğince barolarla Sosyal Sigortalar Kurumu arasında yapılacak sözleşmelere esas teşkil eden tip sözleşmenin Çalışma Bakanlığı, Türkiye Barolar Birliği ve Sosyal Sigortalar Kurumu arasında yapılacak görüşmelerle tespit edileceği, tip sözleşmede yapılacak değişiklikte de bu fıkra hükmünün uygulanacağı öngörülmüştür.

506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanununun Topluluk Sigortası başlıklı 86. maddesinde ise, Kurumun 2 nci ve 3 üncü maddelere göre sigortalı durumunda bulunmayanların Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığınca onanacak genel şartlarla (İş kazalarıyla meslek hastalıkları),(Hastalık), (Analık), (Malullük, yaşlılık ve ölüm) sigortalarından birine, birkaçına veya hepsine toplu olarak tabi tutulmaları için, işverenlerle veya dernek, birlik, sendika ve başka teşekküllerle sözleşmeler yapabileceği hükmü bulunmaktadır.

4447 sayılı İşsizlik Sigortası Kanunu'nun 27.4.2005 tarih ve 25798 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 5335 sayılı Kanunun 28 inci maddesiyle değişik 61 inci maddesinde; 17.6.1964 tarihli ve 506 sayılı Sosyal sigortalar Kanununun 86 ncı maddesi çerçevesinde topluluk sigortası kapsamında olanlardan, kendi istekleri ile iş kazalarıyla meslek hastalıkları, hastalık ve analık sigortalarına tâbi tutulmamış olanların tedavi giderlerinin Devlet memuru ile diğer personel kanunlarına tabi kamu personeli olan eşlerinin kurumlarınca karşılanmayacağı kuralı yer almaktadır.

Yukarıda açıklanan mevzuat hükümlerinin birlikte değerlendirilmesinden; 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 209. maddesinde eş üzerinden tedavi yardımından yararlanmanın koşulu "herhangi bir şekilde sağlık yardımından yararlanmamak" olarak işaret edilmiş ise de; 4447 sayılı İşsizlik Sigortası Kanununun 5335 sayılı Kanunla değişik 61. maddesi incelendiğinde, düzenlemenin açık lafzından, topluluk sigortasına tabi olan ancak isteğe bağlı olan iş kazalarıyla meslek hastalıkları, hastalık ve analık sigortasına tabi tutulmamış kimselerin eşleri üzerinden sağlık yardımı almaları imkanının ortadan kaldırıldığı, bu düzenleme ile yasa koyucunun, isteğe bağlı olarak hastalık ve sair sigorta kapsamına girme imkanı bulunduğu halde ek prim ödemekten imtina ederek kendisini sağlık yardımı bulunmayan kişi konumuna sokan kişilerin Devlet memuru olan eşleri üzerinden sağlık yardımı almasının önüne geçilmesinin amaçlandığı anlaşılmaktadır.

Olayda, serbest çalışan ve zorunlu topluluk sigortasına tabi avukat olan davacının eşinin kendi iradesiyle tip sözleşme kapsamında prim ödemek suretiyle sağlık sigortasına girmediği, buna göre 4447 sayılı Kanun'un değişik 61. maddesi uyarınca memur olan eşin

sağlık yardımından yararlandırılmaması, dolayısıyla eşi üzerinden kendisine sağlık karnesi düzenlenmemesi yönünde tesis edilen dava konusu işlemde hukuka ve mevzuata aykırılık, bu işlemi iptal eden İdare Mahkemesi kararında da yasal isabet görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle, davalı Elbistan Kaymakamlığının temyiz isteminin kabulüyle Gaziantep 2. İdare Mahkemesi'nce verilen 20.2.2006 günlü, E:2005/893, K:2006/307 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, 2.5.2008 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

T.C.
DANIŞTAY
İkinci Daire

Esas No : 2006/1973

Karar No : 2008/2789

Özeti : 657 sayılı Yasa'nın 36-A/12-(d) maddesine göre yapılacak intibak hesaplaması sırasında, emsalinin hizmet süresine varsa davacının sigortalı çalıştığı sürenin ekleneceği, ancak sigortalı hizmetinden emsalinin öğrenim yaptığı süre içinde kalan kısmın emsalinin hizmet süresinden düşülmesi, ayrıca davacının memuriyete girmeden önce yaptığı askerlik hizmetinin, emsalinin hizmet süresinden sayılması gerektiği hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan (Taraflar) : 1- (Davalı) : Yüksek Öğrenim Kredi ve Yurtlar Kurumu Genel Müdürlüğü

Vekili : Av. ...

2- (Davacı) : ...

İsteğin Özeti : Bursa 3. İdare Mahkemesi'nin 31.10.2005 günlü, E:2005/312, K:2005/1900 sayılı kararının dilekçede yazılı nedenlerle temyizen incelenerek bozulması isteminden ibarettir.

Taraflar Cevabının Özeti : Temyizi istenen kararın yöntem ve yasaya uygun olduğu, bu nedenle istemin reddi gerekeceği yolundadır.

Danıştay Tetkik Hakimi : Asiye Değirmenci

Düşüncesi : İdare Mahkemesi kararının bozulması gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı : S. Sema Kabukçu

Düşüncesi : Yüksek Öğrenim Kredi ve Yurtlar Kurumu Genel Müdürlüğü

Bursa Bölge Müdürlüğünde memur olarak görev yapan davacı tarafından; intibak işinden dolayı açılan davada Bursa 3.İdare Mahkemesince verilen 31.10.2005 günlü, E:2005/312, K:2005/1900 sayılı kararının davacı ve davalı idare tarafından karşılıklı olarak temyizen incelenerek bozulması istenilmektedir.

Davacının dava konusu işlemle ilgili olarak temyiz dilekçesinde öne sürdüğü hususlar, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 49.maddesinin birinci fıkrasında belirtilen nedenlerden hiçbirisine uymadığından isteminin reddi ile temyiz edilen Mahkeme kararının bu kısmının onanmasının uygun olacağı,

Davanın ret ile sonuçlanması karşısında davalı idarenin vekille temsil edildiği halde lehine avukatlık ücretine hükmedilmemesinde 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 31.maddesiyle yollama yapılan 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun

417.maddesine uyarlık bulunmadığından davalı idarenin vekalet ücreti yönünden temyiz isteminin kabulü ile İdare Mahkemesi kararının bu kısmının bozulmasının gerekeceği düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay İkinci Dairesi'nce 26.3.2008 günlü ara kararı cevabının geldiği görülerek işin gereği düşünüldü:

Davacı, memuriyette iken bitirdiği üst öğrenimin 657 sayılı Yasanın 36/A-12-d maddesi uyarınca intibakında değerlendirilmesi için yaptığı 6.5.2004 günlü başvurusunun reddine ilişkin 21.12.2004 günlü işlemin iptali istemiyle dava açmıştır.

Bursa 3. İdare Mahkemesi'nin 31.10.2005 günlü, E:2005/312, K:2005/1900 sayılı kararıyla; davacı emsalinin 1980'de ortaokul, 1983'de lise, 1987 yılında iki yıllık yüksek okul mezunu kişi olup, 21.12.2004 tarihi itibarıyla 21 yıl 8 ay 20 gün hizmeti bulunduğu, 2182 sayılı Yasa uyarınca verilen bir derecede eklendiğinde, 2. derecenin 2. kademesinde 8 ay 20 gün kıdemli olduğu, davacının hizmetleri değerlendirildiğinde ise sigortalı hizmet süresinin 241 sayılı KHK uyarınca dikkate alınması gerektiğinden 30 yıl 8 ay 20 gün hizmeti bulunmakta olup, 1 yıl 8 ay askerlik süresi ile 2182 sayılı Yasa uyarınca verilen bir derece de eklendiğinde 11 derece 2 kademe 4 ay 20 gün hizmet süresine tekabül eden hizmeti bulunduğu ve emsalini de geçemeyeceğinden 2. derecenin 2. kademesine ilerletilmesi gerektiği, işlem tarihi itibarıyla zaten anılan derece ve kademede olan davacının başvurusunun reddine ilişkin dava konusu işlemde hukuka aykırılık görülmediği gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir.

Davalı idare, lehine vekalet ücreti hükmedilmesi gerektiğini, davacı ise mahkeme kararının usul ve yasaya aykırı olduğunu ileri sürerek bozulmasını istemektedirler.

Dosyanın incelenmesinden, davacının askerlik hizmetinden sonra 1.6.1974 tarihinde Erzurum Yurt Müdürlüğünde İlkokul mezunu sigortalı işçi olarak göreve başladığı, 1980 yılında ortaokulu bitirdiği, 31.3.1983 tarihinde memuriyete geçtiği, davacıya ait hizmet cetvelinden sigortalı hizmet süresinin yapılan intibakında değerlendirildiğinin görüldüğü, memuriyette iken 1.6.1984 tarihinde lise, 29.6.2000 tarihinde ise 2 yıllık önlisans mezuniyeti üzerine intibakının yapılması isteminin reddi üzerine bakılan davanın açıldığı anlaşılmaktadır.

657 sayılı Devlet Memurları Kanununun, memuriyette iken bir üst öğrenimi bitirenlerin intibaklarının yapılmasına ilişkin esasları düzenleyen 36. maddesinin A/12-d fıkrasında yer alan hükmün uygulanmasında, öncelikle, üst öğrenimi bitirmesi nedeniyle intibakı yapılacak kişinin emsalinin belirlenmesi gerekmektedir. Maddeye göre üst öğrenimi bitiren kişinin emsali, öğrenimine ara vermeden aynı üst öğrenime başlayıp normal süresi içinde tamamlayan ve mevcut uygulamaya göre normal eğitim süresinin sona erdiği haziran ayı sonu itibarıyla kamu görevine başlayan kişidir. Yapılacak intibak işleminde önce emsalinin, maddede belirtilen biçimde, ulaşabileceği derece ve kademe belirlenmeli; bilahare ilgilinin sadece başarılı değerlendirilen hizmet yılları, ifa etmiş olduğu askerlik hizmet süresi ve yararlanmış ise 2182 sayılı Yasa veya 458 sayılı K.H.K. gereğince kazandığı bir derece esas alınmak suretiyle ve yeni öğrenim durumu itibarıyla yükselebileceği derece ve kademeyi geçmemek kaydıyla ulaştığı derece ve kademe saptanmalıdır. İlgilinin bu şekilde saptanan derece ve kademesi emsalini geçiyor ise, intibakının, emsalinin ulaştığı derece ve kademeye yapılması gerekmektedir.

Buna göre yapılacak intibak hesaplaması sırasında emsalin hizmet süresine davacının sigortalı çalıştığı sürenin ekleneceği, ancak davacının 1.6.1974-31.3.1983 tarihleri arasındaki sigortalı hizmetinden emsalinin öğrenim yaptığı süre içinde kalan 3 yılın emsalinin hizmeti süresinden düşülmesi gerektiği, başka bir deyişle, bu sürenin emsalinin hizmetinde değerlendirilmesine olanak bulunmadığı da açıktır.

Memurluğa girmeden önce askerliğini yaptığı anlaşılan davacının 657 sayılı Yasanın 36/A/12 (d) maddesine göre emsali, 30.6.1985 tarihinde yüksek öğrenimini bitirip memuriyete giren, ancak 20 aylık askerlik hizmetini de yapmış olan kişidir.

Bu durum karşısında, yukarıda yapılan tüm açıklamalar gözönünde bulundurularak dava konusu uyumsuzluk hakkında karar verilmesi gerekmektedir.

Ayrıca; İdare Mahkemesince dava reddedildiğine göre, davalı idare lehine avukatlık ücretine hükmedilmemesinde, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 31. maddesiyle yollama yapılan 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 417. maddesine uyarlık görülmemiş ise de; Mahkeme kararı, esastan bozulmuş olduğundan bu aşamada davalı idarenin temyiz isteminin incelenme olanağı bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle, davacının temyiz isteminin kabulüyle Bursa 3. İdare Mahkemesi'nce verilen 31.10.2005 günlü, E:2005/312, K:2005/1900 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, 10.6.2008 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

T.C.

DANIŞTAY

İkinci Daire

Esas No : 2007/842

Karar No : 2008/2888

Özeti : Davacının, dava konusu 2005 yılı sicilindeki sicil amirlerinin düşünceler kısmındaki ifadeleri ve verilen notun uyumlu olmadığı, sicilın 76 puanla düzenlenmesini haklı kılabilecek hukuken geçerli bir neden ve bilgi -belge de sunulmadığı, sicilın objektif düzenlenmediği hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan (Davacı) : ...

Vekili : Av. ...

Karşı Taraf : Kırıkkale Valiliği

İsteğin Özeti : Kırıkkale İdare Mahkemesi'nin 16.1.2007 günlü, E:2006/1220, K:2007/10 sayılı kararının dilekçede yazılı nedenlerle temyizden incelenerek bozulması isteminden ibarettir.

Cevabın Özeti : Temyiz isteminin reddi gerektiği yolundadır.

Danıştay Tetkik Hakimi : Hürriyet Micozkadıoğlu

Düşüncesi : Dosyadaki bilgi ve belgelerden davacının 2005 yılı sicilinin objektif düzenlenmediği anlaşıldığından, davanın reddi yolundaki İdare Mahkemesi kararının bozulması gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı : Celalettin Yüksel

Düşüncesi : Öğretmen olan davacının, 2005 yılı sicilinin 76 puanla iyi olarak değerlendirilmesi işleminin iptali istemiyle açılan davanın reddi yolundaki idare mahkemesi kararının bozulması istenilmektedir.

657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 111. ve izleyen maddelerine göre, sicil raporları; her yıl için yeniden düzenlenen, ilgili memurun o yıl içindeki mesleki bilgisini, deneyimini, tutum ve davranışlarını yansıtan ve tüm bu hususların yetkili sicil amirlerince değerlendirilmesinden sonra oluşan bir hukuki belgedir. Sicil raporlarındaki kanaatin

oluşmasına etki eden hususların somut bilgi ve belgeye dayandırılma zorunluluğu ise, "sicillerin objektifliği" ilkesinin sonucudur.

Sicil raporu Devlet memurunun mesleki ehliyetinin tesbiti için genel olarak bir yıllık süreye ilişkin çalışmaları tutum ve davranışları ve şahsiyeti ile ilgili konuların mütalaası, şahsi meziyetleri ve kusurlarının yetkili sicil amirince değerlendirilmesi sonucu düzenlenmektedir.

Bu sebeple, Sicillerle, personelin o yıl içindeki bütün özellikleri değerlendirilip objektif kriterlere göre belirlenmesi gerekmektedir.

Dosyanın incelenmesinden, davacının, 2004 yılı sicilinin 86, 2003 yılı Sicilinin 85, 2002 yılı sicilinin 85, 2001 yılı sicilinin 90 puanla değerlendirildiği, hakkında hiç bir soruşturma açılmadığı ve disiplin cezası almadığı anlaşılmıştır.

Kamu görevlilerinin bazı hakları kazanabilmeleri için diğer koşulların varlığı halinde puan durumuna bakılmaksızın olumlu sicil almak yeterli sayılmakta ise de, diğer bazı hakları kazanabilmeleri için olumlu sicil almalarının yeterli olmadığı, olumlu sicil derecesinin de kamu görevlilerinin mesleki geleceklerinde dikkate alındığı bilinmektedir.

Bu durumda davacının, 76 puanla iyi derecede düzenlenen 2005 yılı sicilinin adil, tarafsız ve hukuka geçerli objektif, somut ölçülere dayanılarak düzenlenmediği, sicil raporunun 76 puanla değerlendirilmesine yol açan nedenlerin ve bunun hizmete etkisinin somut olarak ortaya konulmadığı sonucuna varıldığından, dava konusu işlemde hukuka uyarlık davanın reddine ilişkin idare mahkemesi kararında ise, hukuki isabet görülmemiştir.

Açıklanan sebeplerle, davacı temyiz isteminin kabulü ile İdare Mahkemesi kararının bozulmasının uygun olacağı düşünülmüştür.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay İkinci Dairesi'nce işin gereği düşünüldü:

Dava, öğretmen olan davacının 2005 yılı sicilinin iyi (76) olarak belirlenmesi işleminin iptali istemiyle açılmıştır.

Kırıkkale İdare Mahkemesi'nin 16.1.2007 günlü, E:2006/1220, K:2007/10 sayılı kararıyla; disiplin amirlerince davacıya verilen sicil notlarının, davacının o yıl içerisinde gösterdiği performansına göre düzenlendiği, davacının son 5 yıllık sicil notlarından sadece 2001 yılı sicil notunun "çok iyi" (90), diğer yıllarda ise "iyi" olarak düzenlendiği, dava konusu sicil notunun da "iyi" /76) olarak düzenlendiği gözönüne alındığında 2005 yılı sicil notunda hukuka aykırılık bulunmadığı gerekçesiyle dava reddedilmiştir.

Davacı, sicilinin somut bilgi ve belgeye dayanmadığını, objektif düzenlenmediğini öne sürerek 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 verildiği, anılan Yönetmeliğin 16. maddesinde de sicil notu ortalaması 60'dan 75'e kadar olanların orta, 76'dan 89'a kadar olanların iyi, 90'dan 100'e kadar olanların çok iyi derecede başarılı olmuş, olumlu, 59 ve daha aşağı not alanların ise yetersiz görülmüş, olumsuz sicil almış sayılacakları hükme bağlanmıştır.

Belirtilen bu hukuki düzenlemelerden de anlaşılacağı üzere, sicil raporları; her yıl için yeniden düzenlenen, ilgili memurun o yıl içindeki mesleki bilgisini, deneyimini, tutum ve davranışlarını yansıtan ve tüm bu hususların yetkili sicil amirlerince değerlendirilmesinden sonra oluşan bir hukuki belgedir. Sicil raporlarındaki kanaatin oluşmasına etki eden hususların somut bilgi ve belgeye dayandırılma zorunluluğu ise "sicillerin objektifliği" ilkesinin sonucudur.

Dosyanın incelenmesinden; ... Anadolu İmam Hatip Lisesi Türk Dili ve Edebiyatı Öğretmeni olan davacının 2005 yılı sicilinin 76 puanla iyi olarak düzenlendiği, 2004 yılı sicilinin 86, 2003 yılı sicilinin 85, 2002 yılı sicilinin 85, 2001 yılı sicilinin ise 90 puanla düzenlendiği, tüm sicillerde 1. sicil amirinin aynı kişi olduğu, sicilün düşünceler kısmında davacı hakkında çok olumlu (2005 yılı sicilinde, 'çalışkan, dürüst, etrafla uyumlu, bilgili bir öğretmen', 2004 yılı sicilinde 'görevine bağlı, etrafla uyumlu, insan haklarına saygılı', 2003 yılı sicilinde 'dürüst, çalışkan, görevine bağlı', 2002 yılı sicilinde 'çalışkan, görevine dikkatli, mesleki bilgisi yeterli', 2001 yılı sicilinde de 'sorumluluk duygusu taşıyan, çalışkan, düzenli çalışma alışkanlığı olan bir öğretmen') ifadeler kullandığı, yıllar itibarıyla farklı kişiler olan 2. sicil amirlerinin de davacı hakkında 'terfi eder, gayretli, başarılı' değerlendirmesinde bulundukları, bu ifadelerden, davacının geçmiş yıllara göre performansında bir düşüş olmadığı ve çalışmasının başarılı olduğunun görülmesine karşın verilen notun bu değerlendirmelerle uyumlu olmadığı ve 2005 yılı sicilinin 76 puanla düzenlenmesine dayanak olabilecek somut bilgi ve belgenin de dosyaya sunulmadığı anlaşılmıştır.

Bu durumda, geçmiş yıllar sicilleri iyi ve çok iyi olarak düzenlenen davacının, 2005 yılı sicilinin 76 puanla düzenlenmesini haklı kılacak hukuken geçerli bir neden ve bu konuda herhangi bir bilgi ve belge de sunulmaması nedeniyle 2005 yılı sicilinin objektif olarak düzenlenmediği sonucuna varıldığından, aksi düşünce ile davayı reddeden İdare Mahkemesi kararında hukuksal isabet bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle, davacının temyiz isteminin kabulüyle Kırıkkale İdare Mahkemesi'nce verilen 16.1.2007 günlü, E:2006/1220, K:2007/10 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, 17.6.2008 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

T.C.
DANIŞTAY
İkinci Daire

Esas No : 2006/3993

Karar No : 2008/2945

Özeti : Yeniden yapılanma sırasında, halef-selef ilişkisi olmayan kişiyle ilgili olarak verilen yargı kararının uygulandığından bahisle, davacının görevden alınmasında, hukuka uyarlık bulunmadığı hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan (Davacı) : ...

Vekili : Av. ...

Karşı Taraf : Çevre ve Orman Bakanlığı

İsteğin Özeti : Ankara 8. İdare Mahkemesi'nce verilen 19.4.2006 günlü, E:2005/1565, K:2006/724 sayılı kararın, dilekçede yazılı nedenlerle temyizden incelenerek bozulması isteminden ibarettir.

Cevabın Özeti : Cevap verilmemiştir.

Danıştay Tetkik Hakimi: Ayşe Çakırca

Düşüncesi : İdare Mahkemesi kararının bozulması gerektiği düşünülmektedir.

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; Çevre ve Orman Bakanlığı ORKÖY Genel Müdür Yardımcısı olarak görev yapan davacının bu görevinden alınmasına ilişkin 9.6.2005 tarih ve 2005/7173 sayılı müşterek kararnamenin iptali ile bu işlem nedeniyle yoksun kaldığı tüm kanuni haklarının kendisine iadesi istemiyle açılmıştır.

Ankara 8. İdare Mahkemesi'nin 19.4.2006 günlü, E:2005/1565, K:2006/724 sayılı kararıyla; ... ile ilgili yargı kararının uygulanmasının aralarında halef selef ilişkisi bulunmaması sebebiyle davacının görevden alınmasını gerektirmeyeceği açık ise de; davacının 18.4.2004 tarihli dilekçesiyle Genel Müdür Yardımcılığı görevinden alınmasını talep ettiği göz önüne alındığında kendi isteğiyle anılan görevinden alınmasına ilişkin müşterek kararnamede hukuka ve mevzuata aykırılık görülmediği gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir.

Davacı; İdare Mahkemesi kararında bahsi geçen dilekçenin iradesini yansıtmadığını, bu dilekçede yer alan tarihin kendisi tarafından atılmadığını öne sürmekte ve İdare Mahkemesi kararının temyizen incelenerek bozulmasını istemektedir.

657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 76. maddesinin 1. fıkrasında; "Kurumlar, görev ve unvan eşitliği gözetmeden kazanılmış hak aylık dereceleriyle memurları bulundukları kadro derecelerine eşit veya 68 inci 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.

Dosyanın incelenmesinden; orman mühendisi olarak çeşitli yerlerde görev yaptıktan sonra Şube Müdürlüğü ve Daire Başkanlığı görevlerinde bulunan davacının, 28.1.2003 tarihinde ORKÖY Genel Müdür Yardımcılığı'na atandığı, 4856 sayılı Yasanın yürürlüğe girmesiyle aynı Genel Müdürlükte Genel Müdür Yardımcılığı görevine devam ettiği, 9.6.2005 tarihli müşterek kararnameyle başka bir göreve atanmak üzere Genel Müdür Yardımcılığı görevinden alınmasına ilişkin işlemin tesisi üzerine bakılmakta olan davanın açıldığı anlaşılmıştır.

Davalı idarece; dava konusu işlemin dayanağı ... isimli şahıs hakkında verilen yargı kararının uygulanması ile davacının memuriyet haklarının saklı kalması kaydıyla bulunduğu görevden ayrılmak istediğine ilişkin Çevre ve Orman Bakanlığına hitaben yazılan 18.4.2005 tarihli dilekçesi gösterilmekte ise de; davacının mülga Orman Bakanlığı ORKÖY Genel Müdür Yardımcısı olarak görev yaptığı tarihte ...'ın mülga Çevre Bakanlığı Çevre Koruma Genel Müdür Yardımcısı olarak görev yaptığı, 4856 sayılı Yasadan sonra ORKÖY Genel Müdürlüğünün muhafaza edildiği, mülga Çevre Koruma Genel Müdürlüğü yerine Doğa Koruma ve Milli Parklar Genel Müdürlüğünün oluşturulduğu, dolayısıyla davacı ile ... arasında

halef selef ilişkisinin bulunmadığı, bu kişi hakkında verilen yargı kararının uygulanması amacıyla davacının görevden alınamayacağı, öte yandan; davacının, 18.4.2005 tarihli dilekçesinin üzerinde işlem gördüğüne ilişkin herhangi bir evrak kayıt tarih ve sayısı yer almadığı gibi, tarih kısmının davacı tarafından düzenlenip düzenlenmediği hususunun tartışmalı olduğu, davacının Çevre ve Orman Bakanlıklarının birleştirilmesinden önce kendisinden bu yönde dilekçe alındığına ilişkin iddiası da dikkate alındığında, evrak kayıt tarih ve sayısı yer almayan dilekçenin davacının iradesini yansıtmadığı sonuç ve kanaatine ulaşılmıştır.

Bu durumda; davacı ile ... arasında halef selef ilişkisinin bulunmaması, 18.4.2005 tarihli dilekçenin davacı tarafından düzenlenip düzenlenmediği ile kayıt tarih ve sayısı alıp almadığının belli olmaması hususları karşısında, genel müdür yardımcılığı görevinde başarısız veya verimsiz olduğu yolunda herhangi bir somut tespit de bulunmayan davacının bu görevden alınmasına ilişkin dava konusu işlemde hukuka uyarlık görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle, davacının temyiz isteminin kabulüyle Ankara 8. İdare Mahkemesi'nce verilen 19.4.2006 günlü, E:2005/1565, K:2006/724 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, 18.6.2008 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

T.C.
DANIŞTAY
İkinci Daire

Esas No : 2007/235
Karar No : 2008/2950

Özeti : Zorunlu çalışma yükümlülüğü bulunan davacı, özür durumunu ilgili yıl atama kılavuzunda belirtilen süreler içinde belgelendirmek suretiyle, zorunlu çalışma yükümlülüğünün ertelenmesi istemiyle başvurmadığından, tesis edilen naklen atama işleminde hukuka aykırılık bulunmadığı hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan (Davalı): Milli Eğitim Bakanlığı

Karşı Taraf : ...

Vekili : Av. ...

İsteğin Özeti : Sakarya 1.İdare Mahkemesi'nce verilen 7.6.2006 günlü, E:2005/3625, K:2006/1561 sayılı kararın dilekçede yazılı nedenlerle temyizen incelenerek bozulması isteminden ibarettir.

Cevabın Özeti : Cevap verilmemiştir.

Danıştay Tetkik Hakimi: Ayşe Çakırca

Düşüncesi : İdare Mahkemesi kararının bozulması gerektiği düşünülmektedir

Danıştay Savcısı : Şule Tataroğlu

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, ... İli, Merkez ... İlköğretim Okulu Beden Eğitimi Öğretmeni olarak görev yapan davacının, zorunlu çalışma yükümlülüğü nedeniyle ... İli ... İlçesi ... İlköğretim Okulu öğretmenliğine atanmasına ilişkin 8.8.2005 tarih ve 23309 sayılı işlemin iptali istemiyle açılmıştır.

Sakarya 1.İdare Mahkemesinin 7.6.2006 günü, E:2005/3625, K:2006/1561 sayılı kararıyla; davacının, 8.8.2005 tarih ve 23309 sayılı kararnameyle zorunlu bölge hizmetini tamamlamak üzere ... İli ... İlköğretim Okulu Beden Eğitimi Öğretmenliğine atanması üzerine, Abant İzzet Baysal üniversitesi Sağlık Bilimleri Enstitüsü Müdürlüğünden almış olduğu 14.9.2005 tarih ve 149 sayılı Yüksek Lisans öğrencisi olduğuna ilişkin belge ile öğrenim ömrü bulunduğundan bahisle söz konusu kararnameyle yapılan atamasının iptalini istediği, talebinin reddi üzerine 8.8.2005 tarih ve 23309 sayılı işlemin iptali istemiyle bakılmakta olan davanın açıldığı anlaşılmakta olup, zorunlu bölge hizmetini tamamlamak üzere atanan davacının 14.9.2005 tarih ve 149 sayılı yazı ile öğrenim ömrünü belgelendirmesi üzerine, Milli Eğitim Bakanlığına Bağlı Eğitim Kurumları Öğretmenlerinin Atama ve Yer Değiştirme Yönetmeliğinin 14. maddesi hükmü gözönünde bulundurularak öğrenimine devam etmesinin sağlanması amacıyla yapılan atamasının iptal edilmesi gerektiği gerekçesiyle dava konusu işlem iptal edilmiştir.

Davalı idare, dava konusu işlemin hukuka uygun olduğunu öne sürmekte ve İdare Mahkemesi kararının temyizen incelenerek bozulmasını istemektedir.

Dava konusu işlem tarihinde yürürlükte bulunan ve 11.6.2000 tarih ve 24076 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Milli Eğitim Bakanlığına Bağlı Eğitim Kurumları Öğretmenlerinin Atama ve Yer Değiştirme Yönetmeliğinin "Zorunlu Çalışma Yükümlülüğü" başlıklı 7.maddesinde; bu Yönetmeliğin yürürlüğe girdiği tarihten sonra Bakanlık kadrolarına ilk defa öğretmen olarak atananların zorunlu çalışma yükümlüsü oldukları, "Özre Bağlı Yer Değiştirmeler" başlıklı 14. maddesinde; öğretmenlerin zorunlu çalışma yükümlülüğünün bulunup bulunmadığı veya bulundukları görev yerinde, hizmet alanında ya da ilde çalışmalarını gereken süreyi tamamlayıp tamamlamadıklarına bakılmaksızın sağlık, eş ve öğrenim durumu özürleri nedeniyle aşağıda belirtilen şartlarda yer değiştirme suretiyle atamalarının yapılabileceği, bu özürler nedeniyle yer değişikliği isteklerinin, hizmet ve özür gereklerinin birlikte karşılanması temelinde dikkate alınacağı, özre dayalı yer değiştirme suretiyle atamaları yapılanlardan zorunlu çalışma yükümlülüğü bulunanların, özürlerinin devam ettiğini her yıl yer değiştirme döneminde belgelendireceği, belgelendirmeyenlerin eksik hizmetlerini tamamlamak üzere takip eden yer değiştirme döneminde bu bölgelere dahil illere atanacağı, "Yer Değiştirme Suretiyle Atama Dönemi" başlıklı 22.maddesinde; yer değiştirme suretiyle atamaların her yılın haziran-ağustos döneminde yapılacağı, ancak özür durumuna bağlı yer değiştirmelerin mayıs ve eylül ayları ile yarı yıl tatilinde yapılabileceği hükme bağlanmıştır.

Milli Eğitim Bakanlığı Personel Genel Müdürlüğünün 25.4.2005 tarih, 2005/27 sayılı Genelgesiyle yürürlüğe konulan Öğretmenlerin 2005 Yılı Yer Değiştirme Kılavuzunun "Yer Değiştirme İşlemlerinin İptali" başlıklı 6.maddesinde; bu kılavuz kapsamında yer değiştirme işlemleri gerçekleştirilen öğretmenlerden; gerek isteğe bağlı gerekse zorunlu çalışma yükümlülüğü nedeniyle yer değiştirmeleri yapıp başvuru tarihinden sonra ortaya çıkan özür durumunu belgelendirenlerin yer değiştirme takviminde belirtilen süre içinde başvurmaları halinde iptal isteklerinin değerlendirileceği belirtilmiş, Kılavuz eki Yer Değiştirme Takviminde ise; iller arası yer değiştirme işlemlerinin 25 Mayıs-10 Haziran 2005, atama iptal işlemlerinin 10-30 Haziran 2005 tarihleri arasında gerçekleştirileceği hükme bağlanmıştır. Öğretmenlerin 2005 Yılı Yer Değiştirme Kılavuzunda belirtilen iptal istek süreleri 29.8.2005 tarihli Personel Genel Müdürlüğü kararıyla görevlerinden ayrılmamış olmak kaydıyla 31.8.2005 tarihine kadar uzatılmıştır.

Dosyanın incelenmesinden; ilk defa 4.9.2001 tarihinde ... Merkez ... İlköğretim Okulu öğretmenliğine atanan davacının, eş durumu özrü nedeniyle istekte bulunması üzerine 1. hizmet bölgesi olan 8.11.2002 tarihinde ... İl Milli Eğitim Müdürlüğü emrine atandığı, ... İli, Merkez ... İlköğretim Okulu Beden Eğitimi Öğretmeni olarak görevine devam etmekte iken zorunlu hizmet yükümlülüğü nedeniyle eksik kalan zorunlu çalışma yükümlülüğünü yerine getirmek üzere 8.8.2005 tarih ve 23309 sayılı işlemle ... İli ... İlçesi ... İlköğretim Okulu öğretmenliğine atandığı, davacının 14.9.2005 tarihinde Abant İzzet Baysal Üniversitesi Sağlık Bilimleri Enstitüsü Müdürlüğünden aldığı Yüksek Lisans öğrencisi olduğunu gösterir belge ile davalı idareye başvuruda bulunarak zorunlu çalışma yükümlülüğüne dayalı atamasının iptali isteminde bulunduğu, yaptığı başvurunun reddi üzerine... İli, Merkez ... İlköğretim Okulu Beden Eğitimi Öğretmenliğinden ... İli ... İlçesi ... İlköğretim Okulu öğretmenliğine atanmasına ilişkin 8.8.2005 tarih ve 23309 sayılı işlemin iptali istemiyle bakılmakta olan davayı açtığı anlaşılmıştır.

Bu durumda, 4.9.2001 tarihinde öğretmenlik görevine ilk defa atanan ve zorunlu çalışma yükümlülüğü bulunduğu açık olan davacının, Yönetmelikte belirtilen özür durumunu ilgili yıl atama kılavuzunda belirtilen süreler içinde belgelendirmek suretiyle zorunlu çalışma yükümlülüğünün ertelenmesi istemiyle başvuruda bulunması gerekirken, bu yönde herhangi bir başvurusu bulunmayan davacının, zorunlu çalışma yükümlülüğü nedeniyle ... İlinden ... İline atanmasına ilişkin dava konusu işlemde hukuka aykırılık bulunmamaktadır.

Öte yandan ilgilinin davalı idareye özür durumunu belgelendirerek yapacağı yeni başvuruda durumunun incelenerek hizmet ve özür gerekleri birarada değerlendirilmek suretiyle işlem tesis edilebileceği de açıktır.

Açıklanan nedenlerle, davalı idarenin temyiz isteminin kabulüyle, Sakarya 1.İdare Mahkemesi'nce verilen 7.6.2006 günlü, E:2005/3625, K:2006/1561 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, 18.6.2008 tarihinde oybirliği ile karar verildi.

T.C.
DANIŞTAY
İkinci Daire

Esas No : 2008/3472
Karar No : 2008/3551

Özeti : Dava konusu işleme dayanak alınan sicil raporuna karşı yargı yoluna başvurulmasa da; anılan işlemin sebep unsurunu oluşturması nedeniyle, söz konusu sicilin de hukukiliğinin incelenmesi gerektiği hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan (Davacı) : ...

Vekili : Av. ...

Karşı Taraf : Milli Eğitim Bakanlığı

İstemin Özeti : Ankara 15. İdare Mahkemesince verilen 23.1.2008 günlü, E:2007/1099, K:2008/74 sayılı kararın, dilekçede yazılı nedenlerle temyizen incelenerek bozulması isteminden ibarettir.

Cevabin Özeti : Temyiz isteminin reddi gerektiği yolundadır.

Danıştay Tetkik Hakimi : Şermin Birtane

Düşüncesi : İdare Mahkemesi kararının onanması gerektiği düşünülmüştür.

Danıştay Savcısı : Şule Tataroğlu

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 davalı idarenin temyize cevap dilekçesiyle 24.4.2008 günlü ara kararı cevabının geldiği ve dosyanın tekemmül ettiği görülerek yürütmenin durdurulması istemi hakkında karar verilmeksizin işin gereği düşünüldü:

İsviçre Bern Büyükelçiliği nezdinde Türkçe ve Türk Kültürü Dersleri Öğretmeni olarak görevlendirilmiş olan davacının, yurtdışı görevinin sona erdirilerek yurtiçi görevine döndürülmesine ilişkin 24.1.2007 günlü, 4 sayılı işlemin iptali, maddi zararlarının yasal faiziyle birlikte tazminine karar verilmesi istemiyle dava açılmıştır.

Ankara 15. İdare Mahkemesinin 23.1.2008 günlü, E:2007/1099, K:2008/74 sayılı kararıyla; davacının, 2006 yılı sicilinin orta derecede düzenlenmesi ve anılan sicil raporuna karşı dava açılmaması karşısında, 2003/5753 sayılı Bakanlar Kurulu Kararının 9.maddesi uyarınca tesis edilen dava konusu işlemde hukuka aykırılık bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir.

Davacı, Bakanlıklararası Ortak Kültür Komisyonunun 24.1.2007 günlü, 4 sayılı kararının kendisine tebliğ edilmediğini, dava açarken işlemin sebebinin sicilinin orta düzeyde düzenlenmesinden kaynaklandığını bilmediğini, eksik incelemeye dayalı mahkeme kararının hukuka uygun olmadığını öne sürmekte ve anılan kararın temyizen incelenerek bozulmasını istemektedir.

3.7.2003 günlü, 25157 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren Bakanlıklararası Ortak Kültür Komisyonunun Çalışma Esas ve Usulleri ile Bu Komisyon Tarafından Yurtdışında Görevlendirilecek Personelin Nitelikleri ile Hak ve Yükümlülüklerinin Belirlenmesine İlişkin 5.6.2003 günlü, 2003/5753 sayılı Bakanlar Kurulu Kararının "Yurtdışında görevlendirilen personelin yurtiçi görevine döndürülmesi" başlıklı 9.maddesinde; yurtdışında görevlendirilen personelden en az iyi derecede sicil alamayanlar hakkında Komisyon tarafından en kısa sürede yurtiçi görevlerine döndürülmesine karar verileceği hükmüne yer verilmiştir.

Dava dosyasının incelenmesinden; davacının 24.8.2004 tarihinde İsviçre'de Türkçe ve Türk Kültürü Dersleri Öğretmeni olarak görevlendirildiği, davacının 2006 yılı sicilinin 63 puanla orta düzeyde düzenlendiği, Bakanlıklararası Ortak Kültür Komisyonunun 24.1.2007 günlü, 4 sayılı Kararı ile davacının 2006 sicilinin orta düzeyde bulunması nedeniyle, 2003/5753 sayılı Bakanlar Kurulu Kararının 9.maddesi uyarınca 24.2.2007 tarihinden itibaren yurt içi görevine döndürülmesine karar verildiği, dava konusu 24.1.2007 günlü, 587 sayılı işlemle Bakanlıklararası Ortak Kültür Komisyonu kararı gereğince yurt içi görevine döndürüleceğinin, 29.1.2007 tarihinde davacıya tebliğ edildiği, davacı tarafından 2006 yılı sicilinin iptali istemiyle dava açılmadığı görülmüştür.

Olayda, her ne kadar orta derecede düzenlenen ve dava konusu işleme dayanak alınan sicil raporuna karşı yargı yoluna başvurulmamış ise de, iptal davalarında idari işlemlerin yetki, şekil, sebep, konu ve maksat yönlerinden hukuka uygunluk denetimlerinin yapıldığı dikkate alındığında, uyumsuzluk konusu atama işleminin iptali istemiyle açılan davada, dava konusu işlemin sebep unsuru oluşturması nedeniyle, söz konusu sicil de hukukiliğinin incelenerek sonucuna göre dava konusu işlemin hukuka uygun olup olmadığı konusunda bir karar verilmesi gerekeceğinden, bu inceleme yapılmaksızın 2006 yılı sicil raporu orta olarak düzenlenen davacı hakkında tesis edilen işlemde hukuka aykırılık

görülmüdüğü gerekçesiyle davanın reddi yolundaki idare mahkemesi kararında hukuki isabet görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle, davacının temyiz isteminin kabulüyle Ankara 15. İdare Mahkemesinin 23.1.2008 günlü, E:2007/1099, K:2008/74 sayılı kararının 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 Mahkeme'ye gönderilmesine, 16.9.2008 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

T.C.
DANIŞTAY
İkinci Daire

Esas No : 2008/802
Karar No : 2008/3663

Özeti : Yönetmelikte aranan ve beş bölgedeki zorunlu çalışma sürelerinin toplamına denk düşen 21 yıllık hizmet süresinin, 01.01.2006 tarihi itibarıyla doldurmadığı açık olan davacının, zorunlu atama kapsamında tutulup, hizmet süresinin eksik olduğu 1. ve 2. bölgelerde tercih ettiği illere atanmasının da imkansız olduğu hususu göz önüne alınarak, 2. bölgeden olan Konya iline elektronik ortamda objektif bir biçimde bilgisayar kurası ile atanmasına ilişkin dava konusu işlemden, hukuka aykırılık bulunmadığı hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan (Davalı) : Milli Eğitim Bakanlığı

Karşı Taraf : ...

Vekili : Av. ...

İsteğin Özeti : Ordu İdare Mahkemesi'nce verilen 04.01.2008 günlü, E:2007/919, K:2008/10 sayılı kararın, dilekçede yazılı nedenlerle temyizen incelenerek bozulması isteminden ibarettir.

Cevabın Özeti : Temyiz isteminin reddi gerektiği yolundadır.

Danıştay Tetkik Hakimi : Nafi Alantar

Düşüncesi : Mahkeme kararının bozulması gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı : Semra Şentürk

Düşüncesi : 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 2670 sayılı yasayla değişik 72 nci maddesinde; Kurumlarda yer değiştirme suretiyle atamalar; hizmetlerin gereklerine, özelliklerine, Türkiyenin ekonomik, sosyal, kültürel ve ulaşım şartları yönünden benzerlik ve yakınlık gösteren iller gruplandırılarak tespit edilen bölgeler arasında adil ve dengeli bir sistem içinde yapılır kuralı ve 13.8.1999 tarihli 23785 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren İlköğretim Müfettişleri Başkanlıkları Yönetmeliğinin 50 nci ve izleyen maddeleri uyarınca yer değiştirme işlemleri gerçekleştirilmektedir.

Bu durumda 1.1.2006 tarihi itibarıyla 21 yılı tamamlamayan ve 1. ve 2.bölgede eksik süresi bulunan davacının zorunlu bölge hizmetinde eksik kalan süre için Yönetmeliğin 61. maddesinde belirlenen kıstaslar uyarınca hizmetin gereği olarak atamasının yapılmasında kamu yararı ve hizmet gerekleri yönünden hukuka aykırılık görülmemiştir.

Açıklanan sebeplerle, davalı idare temyiz isteminin kabulü ile idare mahkemesi kararının bozulmasının uygun olacağı düşünülmüştür.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay İkinci Dairesi'nce dosyanın tekemmül ettiği anlaşıldığından, yürütmenin durdurulması istemi hakkında bir karar verilmeksizin işin gereği düşünüldü:

Dava; Ordu İl Milli Eğitim Müdürlüğü'nde İlköğretim Müfettişi olarak görev yapan davacının, Konya İl Milli Eğitim Müdürlüğü'ne İlköğretim Müfettişi olarak naklen atanmasına ilişkin 24.07.2007 günlü, 59429 sayılı işlemin iptali istemiyle açılmıştır.

Ordu İdare Mahkemesi'nin 04.01.2008 günlü, E:2007/919, K:2008/10 sayılı kararıyla; dava konusu olayda davacının 01.01.2006 tarihi itibarıyla 21 yıllık hizmet süresini tamamlamadığı ve ikinci bölge olan Konya İli'ne atamasının yapıldığı anlaşılmakta ise de, davacının atama tarihi olan 24.07.2007 tarihi itibarıyla 21 yıllık zorunlu hizmet süresini tamamladığı ve 25.04.2007 tarihinde yer değiştirme talebinde bulunduğu, davalı idare tarafından bu yer değiştirme başvurusu dikkate alınmadan hizmet gereği Ordu'dan Konya'ya atamasının yapıldığı anlaşılmakta olup, tercih etmiş olduğu iller (1. Bölgeden Ankara, İzmir, Aydın; 2. Bölgeden Antalya, Manisa, Muğla illeri) bakımından atanma talebinin değerlendirilmesi gerekirken, bu yapılmaksızın hizmet gereği atama kapsamında Konya'ya atanmasına ilişkin olarak tesis edilen işlemlerde hukuka uyarlık bulunmadığı gerekçesiyle dava konusu işlemin iptaline karar verilmiştir.

Davalı idare, İdare Mahkemesi kararının hukuka aykırı olduğunu ileri sürmekte ve temyizen incelenerek bozulmasını istemektedir.

13.08.1999 günlü, 23785 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren Milli Eğitim Bakanlığı İlköğretim Müfettişleri Başkanlıkları Yönetmeliği'nin "Bölge hizmeti" başlıklı 52. maddesinin ilk halinde, "Müfettişlerin hizmet bölgelerinde zorunlu çalışma süreleri, birinci ve ikinci hizmet bölgelerinde beşer yıl, üçüncü ve dördüncü hizmet bölgelerinde dörder yıl, beşinci hizmet bölgesinde üç yıldır.

Bir hizmet bölgesinde çalışılan sürenin, çalışılması gereken süreden fazla olması durumunda, fazla olan süre öncelikle görev yapmadığı bir alt hizmet bölgesinde değerlendirilir. Bu değerlendirme sonucunda alt bölge hizmetlerinden artan süreler varsa çalışması gereken bir üst bölgeden sayılır,

Müfettişler, hizmet bölgeleri itibarıyla toplam zorunlu çalışma sürelerini dolduruncaya kadar her hizmet bölgesinde görev yapmakla yükümlüdürler. Müfettişlerin hizmet bölgeleri arasındaki zorunlu yer değiştirme işlemleri, müfettiş ihtiyacı da göz önüne alınarak Bakanlıkça her yıl bir plan dahilinde yürütülür.

Müfettişlerin bu göreve atanmadan önce Devlet memurluğunda geçen süreleri bu yönetmelikte belirtilen bölge hizmetinden değerlendirilir" hükümlerine yer verilmişken, 21.07.2005 günlü, 25882 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Yönetmelikle değişikliğe uğrayarak bu maddeye birinci fıkrasından sonra gelmek üzere; "Her hizmet bölgesinde öngörülen süre kadar çalışmak esastır. Aynı ilde çalışma süresi sekiz yılı aşamaz." fıkrası eklenmiş ve mevcut ikinci ve dördüncü fıkraları ise yürürlükten kaldırılmıştır.

Söz konusu bu değişikliğe karşı çeşitli davalar açılmış ve neticesinde, Danıştay İkinci Dairesi'nin 06.12.2005 günlü, E:2005/2295 sayılı kararıyla, yukarıda açıklanan 52. maddenin yeni ikinci fıkrasının ikinci cümlesi olan "...Aynı ilde çalışma süresi sekiz yılı aşamaz." cümlesinin yürütülmesi durdurulurken, Danıştay İkinci Dairesi'nin 18.04.2006 günlü, E:2005/2529 sayılı kararıyla da bu maddeye ilişkin diğer değişiklikler açısından yürütmenin durdurulması istemi reddedilmiş; diğer taraftan aynı Yönetmeliğin çeşitli maddelerine ilişkin olarak verilen diğer yargı kararları da dikkate alınarak hazırlanan ve 08.08.2006 günlü, 26253 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren Milli Eğitim Bakanlığı İlköğretim Müfettişleri Başkanlıkları Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik'le dava konusu 52. maddeye son şekli verilmiştir.

Buna göre, Milli Eğitim Bakanlığı İlköğretim Müfettişleri Başkanlıkları Yönetmeliği'nin 52. maddesinin son hali, "Müfettişlerin hizmet bölgelerinde zorunlu çalışma süreleri, birinci

ve ikinci hizmet bölgelerinde beşer yıl, üçüncü ve dördüncü hizmet bölgelerinde dörder yıl, beşinci hizmet bölgesinde üç yıldır.

Her hizmet bölgesinde öngörülen süre kadar çalışmak esastır.

Müfettişler, hizmet bölgeleri itibarıyla toplam zorunlu çalışma sürelerini dolduruncaya kadar her hizmet bölgesinde görev yapmakla yükümlüdürler. Müfettişlerin hizmet bölgeleri arasındaki zorunlu yer değiştirme işlemleri, müfettiş ihtiyacı da göz önüne alınarak Bakanlıkça her yıl bir plan dahilinde yürütülür." hükümlerini taşımakta olup, ilköğretim müfettişlerinin zorunlu atamaya tabi oldukları açıkça düzenlenmiştir.

İlköğretim müfettişlerinin yer değiştirme işlemleri de, anılan Yönetmeliğin, "İllerin Müfettiş İhtiyacı ve Yer Değiştirme Suretiyle Atama" başlıklı yedinci bölümünde düzenlenmiş olup, söz konusu bölümde yer alan 51. maddesinde, "İllerin müfettiş ihtiyacı en çok; birinci ve ikinci hizmet bölgelerinde 90, üçüncü hizmet bölgesinde 80, dördüncü ve beşinci hizmet bölgelerinde 70 öğretmene bir müfettiş görevlendirilecek şekilde belirlenir. Buna göre yeterli müfettiş sayısına ulaşıncaya kadar, illerde bulunması gereken müfettiş sayısı her yıl atama ve yer değiştirme döneminden önce makam onayı ile belirlenir." hükmü yer almıştır. Bu hükmeye dayanılarak Milli Eğitim Bakanlığı'nca ihtiyaç belirlendikten sonra Milli Eğitim Bakanlığı Personel Genel Müdürlüğü'nün 22.03.2007 günlü, 17240 sayılı "İlköğretim Müfettişlerinin 2007 Yılı Yer Değiştirme İşlemleri" konulu Genelgesi'nin yürürlüğe konulduğu, buna göre, illerde bulunması gereken müfettiş sayısı, mevcut öğretmen sayısına göre hesaplanarak, ülke çapında (4577) ilköğretim müfettişine ihtiyaç bulunduğu, ancak ülkede (2762) ilköğretim müfettişi ve (82) ilköğretim müfettiş yardımcısı olmak üzere toplam (2844) ilköğretim müfettişi ve yardımcısının görev yaptığı, şu an için tüm ihtiyacın karşılanmasının mümkün olmadığı belirtilmiştir, ancak, bütün bölge illerinin ihtiyacı göz önünde tutularak, dengeli ve eşit dağılımı sağlayacak şekilde mevcut ilköğretim müfettiş sayısı ile illerin ilköğretim müfettişi ihtiyacının karşılanmaya çalışıldığı, bu bağlamda da, olan ilköğretim müfettişi sayısı ile olması gereken ilköğretim müfettişi sayısının oranlanması sonucu ülkedeki ilköğretim müfettişlerinin ihtiyacı karşılama oranının %62.136 $(2844/4577=0,62136)$ şeklinde saptandığı ve söz konusu bu oranın illerin olması gereken ilköğretim müfettişi norm kadrolarına uygulanması sonucu 2007 yılı içerisindeki müfettiş ihtiyacı veya fazlalığının belirlendiği görülmektedir.

Diğer taraftan, anılan Yönetmeliğin, yürürlüğe girdiği tarihten bu yana birçok kez değişikliğe uğradığı ve bu değişikliklerin yapıldığı dönemlerden önceki Yönetmeliklerden kaynaklanan ve ilgililerin kendi statülerinde yansıma bulmuş haklarının korunması gerekeceği hususunun hukukun genel ilkelerinden olduğu da dikkate alındığında, 13.08.1999 günlü, 23785 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren Milli Eğitim Bakanlığı İlköğretim Müfettişleri Başkanlıkları Yönetmeliği'nin 52. maddesinin son fıkrasında yer alan, "Müfettişlerin bu göreve atanmadan önce Devlet memurluğunda geçen süreleri bu Yönetmelikte belirtilen bölge hizmetinde değerlendirilir." hükmü, 01.01.2006 tarihinden geçerli olmak üzere 21.07.2005 günlü, 25882 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Yönetmelik değişikliğiyle kaldırılmakla beraber, yürürlüğe girdiği tarih olan 1.1.2006 tarihi itibarıyla 21 yılını tamamlamış olanların haklarının korunacağı da açıktır.

Dosyanın incelenmesinden; davacının Ordu İli'nde 03.09.1999 tarihinde göreve başladığı, Milli Eğitim Bakanlığı Personel Genel Müdürlüğü'nün 22.03.2007 tarihli İlköğretim Müfettişlerine Ait 2007 Yılı Yer Değiştirme İşlemleri Genelgesi uyarınca anılan Yönetmeliğin isteğe bağlı yer değiştirmeyi düzenleyen 54. maddesi kapsamında 25.04.2007 tarihinde 1. Bölgeden Ankara, İzmir, Aydın; 2. Bölgeden Antalya, Manisa, Muğla illerine tercihiyle yer değiştirme talebinde bulunduğu, ancak Milli Eğitim Bakanlığı'nın 24.07.2007 günlü, 59429 sayılı işlemi ile atamasının Ordu'dan Konya'ya yapılması üzerine uyuşmazlığın doğduğu anlaşılmaktadır.

Bakılan davada, anılan Yönetmeliğin 52. maddesinde yer alan; "Bir hizmet bölgesinde çalışılan sürenin, çalışılması gereken süreden fazla olması durumunda, fazla olan

süre öncelikle görev yapmadığı bir alt hizmet bölgesinde değerlendirilir. Bu değerlendirme sonucunda alt bölge hizmetlerinden artan süreler varsa çalışması gereken bir üst bölgeden sayılır." ve "Müfettişlerin bu göreve atanmadan önce Devlet memurluğunda geçen süreleri bu Yönetmelikte belirtilen bölge hizmetinde değerlendirilir." hükümleri 01.01.2006 tarihi itibarıyla yürürlükten kalktığı için ilköğretim müfettişi olan davacının hizmet sürelerinin hesaplanmasında, 01.01.2006 tarihine kadar olan hizmet süreleri, söz konusu Yönetmeliğin yürürlükten kaldırılan hükümleri doğrultusunda alt ve üst bölgeden sayılarak değerlendirilmiştir; 01.01.2006 tarihinden sonra gerçekleşmiş olan fazla hizmet süreleri ise alt ve üst bölgeden sayılmanın yasal dayanağı kalmadığı için görev hangi hizmet bölgesinde yapılmış ise o bölge hizmetinden sayılmış olup, buna göre davacının 5. bölgede 3 yıl, 4. ve 3. bölgede 4'er yıl olan zorunlu çalışma sürelerini tamamladığı, 1. ve 2. bölgede 5'er yıl olan çalışma süresini ise tamamlamadığı, toplam çalışma süresinin de 01.01.2006 tarihi itibarıyla 21 yılın altında olduğu, bu nedenle ilgili Yönetmeliğin 61/1-c maddesindeki usule uygun olarak 1. bölgeden eksik olan hizmet süresini tamamlamak üzere 1. Bölgeden Ankara, İzmir, Aydın; 2. Bölgeden Antalya, Manisa, Muğla illerini tercih ettiği, Bakanlıkça gönderilen ihtiyaç-sıra çizelgesinde tüm illerde bulunan müfettiş sayılarının gösterildiği ve dolayısıyla davacı tarafından bu husus bilindiği halde, 1. ve 2. bölgeden sıralı illeri tercih ettiği bu illere, 21 yılını doldurup hizmet puanı daha yüksek ve kıdemce kendisinden önde olan kişilerden önce atanmasının imkansız olduğu, ayrıca eksik olan birinci ve ikinci bölge hizmetini de tamamlamak zorunda bulunduğu için kendisiyle aynı durumda olan ve tercih ettiği illere atanamayan diğer kişilerle birlikte elektronik ortamda atama kurasına tabi tutularak 2. bölge olan Konya İli'ne atanmasının yapıldığı görülmektedir.

Her ne kadar, 2007 yılı için Türkiye genelinde %62.136 olarak belirlenmiş olan ilköğretim müfettişi ihtiyacı karşılama oranının, 2007 yılı atamaları yönünden uygulanmadığı ve bu nedenle de, rotasyonun objektif bir şekilde yapılmadığı hususları, Danıştay'a temyizen incelemeye gelen değişik dosyalarda iddia edilmiş ise de, her ilin kendine özgü özellikleri, büyüklüğü ve müfettiş ihtiyacı gözönüne alındığında söz konusu bu oranın bütün illerde sıkı sıkıya uygulaması her zaman mümkün olmayacağından, bu yöndeki iddialara itibar edilmemiştir.

Bu durumda, Yönetmelikte aranan ve beş bölgedeki zorunlu çalışma sürelerinin toplamına denk düşen 21 yıllık hizmet süresini 01.01.2006 tarihi itibarıyla doldurmadığı açık olan davacının zorunlu atama kapsamında tutulup, hizmet süresinin eksik olduğu 1. ve 2. bölgede tercih ettiği illere atanmasının imkansız olduğu hususu göz önüne alınarak 2. bölgeden olan Konya İli'ne elektronik ortamda objektif bir biçimde bilgisayar kurası ile atanmasına ilişkin dava konusu işlemde hukuka aykırılık bulunmadığından, dava konusu işlemi iptal eden İdare Mahkemesi kararında hukuki isabet görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle, davalı idarenin temyiz isteminin kabulüyle Ordu İdare Mahkemesi'nce verilen 04.01.2008 günlü, E:2007/919, K:2008/10 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, posta gideri avansından artan 6,00 YTL'nin isteği halinde davalı idareye iadesine, 22.09.2008 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

YARGILAMA USULÜ

T.C. DANIŞTAY İkinci Daire

Esas No : 2007/2128

Karar No : 2008/2539

Özeti : Birinci hizmet bölgesi içindeki illerde göreve başlayan ve bu illerde görevli iken, askerlik görevini yerine getiren ve zorunlu çalışma yükümlülüğü olan öğretmenlerin hizmet sürelerinin hesaplanmasında, askerlikte geçen sürelerin düşülmemesinde, hukuka aykırılık bulunmadığı hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan (Davalı) : Milli Eğitim Bakanlığı

Karşı Taraf : ...

Vekili : Av. ...

İsteğin Özeti : İzmir 4. İdare Mahkemesi'nce verilen 21.2.2007 günlü, E:2006/1473, K:2007/123 sayılı kararın, dilekçede yazılı nedenlerle 2577 sayılı İdare Yargılama Usulü Kanununun 49. maddesi uyarınca temyizden incelenerek bozulması istenilmektedir.

Cevabın Özeti : Temyiz isteminin reddi gerektiği yolundadır.

Danıştay Tetkik Hakimi: Ayşe Çakırca

Düşüncesi : İdare Mahkemesi kararının bozulması gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı : Celalettin Yüksel

Düşüncesi : İzmir ili Konak İlçesi ... İlköğretim Okulu öğretmeni olan davacının zorunlu çalışma yükümlülüğü sebebiyle Van ili Edremit ilçesi ... İlköğretim Okuluna atanmasına ilişkin işlemin iptali yolundaki idare mahkemesi kararının temyizden incelenerek bozulması davalı idare tarafından istenilmektedir.

İdare ve vergi mahkemeleri tarafından verilen kararların, temyiz yolu ile incelenerek bozulabilmeleri, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 49.maddesinde belirtilen nedenlerin birinin bulunması halinde mümkün olup, davalı idare tarafından ileri sürülen hususlar bunlardan hiçbirine uymamaktadır.

Öte yandan, Milli Eğitim Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun ve Kararnamelerin Değiştirilerek kabulü hakkında 3797 sayılı Kanunun 61.maddesinin 4.fıkrasında "öğretmenlerin hizmet bölgelerinde en az üç eğitim-öğretim yılı görev yapması esastır" hükmü yer almıştır.

Bu hükümden öğretmenlerin bulundukları yerdeki mecburi hizmet süresini tamamlamalarının orada fiilen geçirdikleri eğitim-öğretim süresine bağlı olarak hesaplanacağı anlaşıldığından,zorunlu hizmet bölgeleri dışında da askerlik hizmeti için görev yerinden ayrılan öğretmenlerin askerlikte geçirdikleri sürelerin bölge hizmetinden sayılmasına olanak bulunmamaktadır.

Davacısında birinci hizmet bölgesinde görev yapmakta iken askerlik yapmak üzere görevinden ayrılıp,askerlik sonrası tekrar aynı yerde göreve başlaması sebebiyle 3 öğretim-eğitim yılında fiilen görev yapmadığı kuşkusuzdur.

Açıklanan sebeplerle, davalı idare temyiz isteminin reddi gerektiği düşünülmüştür.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay İkinci Dairesi'nce işin gereği görüldü:

Dava, İzmir İli Konak İlçesi ... İlköğretim Okulu öğretmeni olan davacının, zorunlu çalışma yükümlülüğü nedeniyle Van İli Edremit İlçesi ... İlköğretim Okulu'na atanmasına ilişkin 31.5.2006 tarih ve 44573 sayılı işlemin iptali istemiyle açılmıştır.

İzmir 4. İdare Mahkemesi'nin 21.2.2007 günlü, E:2006/1473, K:2007/123 sayılı kararıyla; "davacının 15.10.2002 tarihinde ilk atamasında birinci hizmet bölgesi olan İzmir iline atandığı, 1.4.2005-10.4.2006 tarihleri arasında askerlik görevini yerine getirdiği, ilk atamasının yapıldığı tarih olan 15.10.2002 tarihinden zorunlu hizmet nedeniyle Van İli Edremit İlçesine atamasının yapıldığı 31.5.2006 tarihine kadar geçen sürede yukarıda belirtilen yönetmelik gereği askerlikte geçen süre hariç tutulmak üzere fiilen üç yıllık zorunlu hizmetini tamamlamadığı anlaşılmakta olup; askerlikte geçen sürenin zorunlu çalışma süresinden sayılmayacağına ilişkin 4.3.2006 tarih ve 26098 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Milli Eğitim Bakanlığı Öğretmenlerinin Atama ve Yer Değiştirme Yönetmeliği'nin 29.maddesindeki hükme rağmen anılan yönetmeliğe aykırı olan Genelgenin hizmet sürelerinin hesaplanmasında askerlikte geçen sürenin düşülmeyeceği yolundaki hükmünün uygulanması suretiyle tesis edilen dava konusu işlemde hukuka uyarlık görülmediği" gerekçesiyle dava konusu işlem iptal edilmiştir.

Davalı idare tarafından, dava konusu işlemi iptal eden mahkeme kararının, hukuka uygun olmadığı öne sürülerek temyizen incelenerek bozulması istenilmektedir.

4.3.2006 tarih ve 26098 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Milli Eğitim Bakanlığı Öğretmenlerinin Atama ve Yer Değiştirme Yönetmeliği'nin "Zorunlu çalışma yükümlülüğü" başlıklı 24. maddesinde, Bakanlık kadrolarına 11.6.2000 tarihinden sonra öğretmen olarak atanmaların zorunlu çalışma yükümlülüğü öngörülen il ve ilçelerde tamamlamaları gereken zorunlu çalışma süreleri belirlenmiş; "Zorunlu çalışma yükümlülüğüne bağlı yer değiştirmeler" başlıklı 25. maddesinde, zorunlu çalışma yükümlüsü öğretmenlerden Bakanlık öğretmen kadrolarına ilk defa birinci hizmet bölgesine dahil illerde başlayanların, bulundukları ilde veya bu bölgeye dahil illerde toplam üç yıllık çalışma süresini doldurmaları durumunda, zorunlu çalışma yükümlülüklerini yerine getirmek üzere zorunlu çalışma yükümlülüğü öngörülen il ve ilçelere yer değiştirme suretiyle atanma isteğinde bulunabilecekleri, istekte bulunmamaları durumunda ise, atamalarının zorunlu çalışma yükümlülüğü kapsamındaki il ve ilçelere Bakanlıkça yapılacağı hükmüne yer verilmiş; "Zorunlu çalışma süresinden sayılmayacak süreler" başlıklı 29. maddesinin (b) bendinde, askerlik dahil aylıksız izinli olarak geçirilen sürelerin zorunlu çalışma süresinden sayılmayacağı öngörülmüş; "Hizmet puanının hesabında dikkate alınacak hususlar" başlıklı 49. maddesinde de, muvazzaf askerlikte geçen hizmet sürelerinin, görevin yapıldığı il veya ilçenin dahil olduğu hizmet sınıfı için öngörülen hizmet puanı ile değerlendirileceği, zorunlu çalışma yükümlülüğü öngörülen hizmet bölgelerindeki Bakanlıkça bağlı resmi eğitim kurumlarında zorunlu çalışma yükümlülüğü kapsamında görev yapan öğretmenlerin askerlikte geçirdikleri sürelerin ise, görevin geçirildiği il veya ilçenin dahil olduğu sınıfta geçmiş sayılacağı ve hizmet puanının hesabında dikkate alınacağı hükmü yer almıştır.

Anılan Yönetmelik hükümlerinde; askerlikte geçirilen sürenin, sadece zorunlu çalışma süresinden sayılmayacağı belirtilmek suretiyle, bu sürenin; birinci hizmet bölgesine dahil illerde ilk defa göreve başlayan öğretmenler açısından geçerli olan 3 (üç) yıllık sürenin hesabında dikkate alınacağı da anlatılmaya çalışılmıştır. Nitekim, askerlikte geçirilen süre, hizmet puanının hesabında dikkate alınmaktadır.

Milli Eğitim Bakanlığı Personel Genel Müdürlüğü'nün "Zorunlu Yer Değiştirmeler" konulu ve 25.5.2006 günlü, 43297 sayılı Genel Yazısı'nın 2. maddesinde de; "11.6.2000-30.9.2003 tarihleri arasında birinci hizmet bölgesi içindeki illerde (bu illerin D ve E ilçeleri de dahil) göreve başlayan ve bu illerde görevli iken askerlik görevini yerine getirenlerin hizmet sürelerinin hesaplanmasında askerlikte geçen süreleri düşülmeyeceğinden bu durumda

olanlara zorunlu çalışma yükümlülüğünü yerine getirmek üzere elektronik başvuru formu doldurtulacaktır." kuralına yer verilmiştir.

Dava dosyasının incelenmesinden; 15.10.2002 tarihinde ilk defa öğretmen olarak atanan ve bu durumu itibarıyla de zorunlu çalışma yükümlüsü olan davacının, İzmir İli Konak İlçesi ... İlköğretim Okulu zihinsel engelliler sınıf öğretmeni olarak görev yapmakta iken aylıksız izinli sayıldığı ve 31.3.2005 ile 31.3.2006 tarihleri arasında Malatya İli Yeşilyurt İlçe Milli Eğitim Müdürlüğü emrinde yedek subay öğretmen olarak askerlik görevini yerine getirdiği, birinci hizmet bölgesine dahil illerde ilk defa göreve başlayan öğretmenler açısından geçerli olan 3 (üç) yıllık sürenin (askerlikte geçen sürenin de dikkate alınması suretiyle) tamamlandığı belirtilerek zorunlu çalışma yükümlülüğünün yerine getirilmesi amacıyla davacıdan elektronik başvuru formu doldurmasının istenildiği, elektronik başvuru formu doldurarak tercihte bulunan davacının hizmet puanı itibarıyla tercihlerine atanamaması nedeniyle bilgisayar kurasının devreye girdiği ve 31.5.2006 günlü, 44573 sayılı dava konusu işleme; Van İli Edremit İlçesi ... İlköğretim Okulu öğretmeniğine atandığı anlaşılmaktadır.

Bu durumda, İzmir İli Konak İlçesi ... İlköğretim Okulu'nda zihinsel engelliler sınıf öğretmeni olan davacının, zorunlu çalışma yükümlülüğü kapsamında atanmak amacıyla başvuruda bulunduğu eğitim kurumları arasında yer almayan Van İli Edremit İlçesi ... İlköğretim Okulu'na zihinsel engelliler sınıf öğretmeni olarak naklen atanmasına ilişkin 31.5.2006 günlü, 44573 sayılı işlemin, Milli Eğitim Bakanlığı Öğretmenlerinin Atama ve Yer Değiştirme Yönetmeliği'nin 25., 29. ve 49. maddeleri ile Milli Eğitim Bakanlığı Personel Genel Müdürlüğü'nün "Zorunlu Yer Değiştirmeler" konulu ve 25.5.2006 günlü, 43297 sayılı Genel Yazısı'nın 2. maddesinde yer alan düzenlemelere uygunluk taşıdığı tartışmasız olduğundan dava konusu işlemler hukuka aykırılık görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle, davalı idarenin temyiz isteminin kabulüyle, İzmir 4. İdare Mahkemesi'nce verilen 21.2.2007 günlü, E:2006/1473, K:2007/123 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, 27.5.2008 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

T.C.
DANIŞTAY
İkinci Daire

Esas No : 2008/4266
Karar No : 2008/2851

Özeti : Vergi dairesi başkanlıklarının, iptal ve tam yargı davalarında da hasım konumuna alınması gerektiği hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan (Davalı) : Hatay Vergi Dairesi Başkanlığı

Diğer Davalı : Hatay Valiliği

Karşı Taraf : ...

Vekili : Av. ...

İsteğin Özeti : Hatay İdare Mahkemesi'nin 27.09.2007 günlü, E:2006/555, K:2007/1599 sayılı kararının dilekçede yazılı nedenlerle temyizen incelenerek bozulması isteminden ibarettir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay İkinci Dairesi'nce 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 14. maddesi uyarınca ilk inceleme ile görevli Tetkik Hakimi Nafi Alantar'ın açıklamaları dinlendikten ve dosyadaki belgeler incelendikten sonra işin gereği düşünüldü:

Dava, Hassa Malmüdürlüğü'nde yoklama memuru olarak çalışan davacının, Hatay Valiliği (Hassa Malmüdürlüğü) hasım gösterilmek suretiyle ve daha önce %55 oranı üzerinden ödenen özel hizmet tazminatının, %49 oranına düşürülmesine ilişkin işlem ile yersiz ödendiği ileri sürülen özel hizmet tazminatı farkının davacıya zimmet olarak çıkarılmasına ilişkin 10.11.2006 günlü Hassa Malmüdürlüğü işleminin iptali ve ödenmeyen kısmın yasal faiziyle birlikte tazminine hükmedilmesi istemiyle açılmıştır.

Hatay İdare Mahkemesi'nin 27.09.2007 günlü, E:2006/555, K:2007/1599 sayılı kararıyla; Hatay Vergi Dairesi Başkanlığı, Hassa Malmüdürlüğü'nde 4. dereceli memur kadrosu bulunmaması nedeniyle daha önce %55 üzerinden ödenen özel hizmet tazminatının %49'a düşürülmesine ilişkin işlemde hukuka aykırılık bulunmadığı, diğer taraftan, olayda 2004 yılı Ocak ayından 2006 yılı Mayıs ayına kadar davacıya fazla ödeme yapıldığının anlaşıldığı, ancak fazla ödeme yapılmasında davacının gerçek dışı beyan ve hilesi bulunmadığından, söz konusu bu fazla ödemenin, Danıştay İçtihatları Birleştirme Kurulu kararında da öngörüldüğü gibi dava açma süresi içerisinde istenebileceği dikkate alındığında, son ödeme tarihinden uzunca bir süre geçtikten sonra fazla ödemenin istenilmesi yönündeki davalı idare işleminde hukuka uyarlık bulunmadığı gerekçesiyle, davacıya zimmet çıkarılmasına ilişkin dava konusu işlemin iptaline; daha önce %55 oranı üzerinden ödenen özel hizmet tazminatının, %49 oranına düşürülmesine ilişkin işlemin iptali ile söz konusu işlem nedeniyle ödenmeyen kısmın yasal faiziyle birlikte tazminine hükmedilmesi istemleri yönünden davanın reddine karar verilmiştir.

Hatay Vergi Dairesi Başkanlığı, savunma dilekçelerinin kabul edilmediğini, davada taraf sıfatının Başkanlıklarına ait olduğunu, dolayısıyla idarelerine herhangi bir tebligat yapılmadan ve savunma istenilmeden karar verilmesinin hukuka aykırı olduğunu öne sürerek İdare Mahkemesi kararının temyizen incelenerek bozulmasını istemektedir.

5345 sayılı Gelir İdaresi Başkanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanunun geçici 5'inci maddesinde, kurulacak vergi dairesi başkanlıklarının faaliyete geçmesiyle birlikte vergi dairesi müdürlükleri ile gelir müdürlüklerinin ilgili vergi dairesi başkanlığına bağlanmış sayılacağı, defterdarlıklara ve gelirler bölge müdürlüklerine bağlı vergi denetmen ve yardımcılarının da, ilgili vergi dairesi başkanlıklarına atanmış sayılacağı; mal müdürlüklerine bağlı vergi denetmen ve yardımcılarının ise, ilgili vergi dairesi başkanlığı birimi haline dönüştürülünceye kadar defterdarlıklara bağlı olarak faaliyetlerine devam edeceği, hükmüne yer verilmiş, 32'inci maddesinde de, "Ekli (2) sayılı listede yer alan kadrolar iptal edilerek 190 sayılı Genel Kadro ve Usulü Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin eki (I) sayılı cetvelin Maliye Bakanlığına ait bölümünden çıkarılmış ve ekli (3) sayılı listede yer alan kadrolar ihdas edilerek 190 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin eki (I) sayılı cetvele Gelir İdaresi Başkanlığı olarak eklenmiştir" hükmüne yer verilmiş olup, bu kapsamda olaya bakıldığında, (3) sayılı listede yer alan yoklama memurunun Gelir İdaresi Başkanlığı'nın taşra teşkilatında yer alan bir personel olduğu ve özlük bakımından Vergi Dairesi Başkanlığı'na bağlı bulunduğu görülmektedir.

Dava dosyasının incelenmesinden, Hatay Valiliği Hassa Malmüdürlüğü'nün muhasebe işlemlerinin denetlenmesi sırasında, bu dairede yoklama memuru olarak çalışan davacının da aralarında bulunduğu memurların, aldıkları özel hizmet tazminatlarının incelenmesi neticesinde, Maliye Bakanlığı'nda 5. derece memur kadrosunda çalışan ve yüksekokul mezunu olan personel de dahil olmak üzere, kazanılmış hak aylıkları 4. dereceye yükseltilmiş olsa dahi, Maliye Bakanlığı'nda 4. dereceli memur kadrosu bulunmadığından %55 oranında özel hizmet tazminatından faydalanma imkanlarının bulunmadığı ve kendilerine kadro derecelerinin karşılığı olarak %49 oranında özel hizmet tazminatı

verilebileceğinin rapor edildiği, bu nedenle de fazla ödeme yapıldığından bahisle davacı adına Hassa Malmüdürlüğü'nce tesis edilen işlemle kişi borcu çıkarılması üzerine, Hatay Valiliği husumetiyle bu davanın açıldığı anlaşılmaktadır.

Her ne kadar iptal davalarının objektif karakteri dolayısıyla bu davalarda yargılanan "idare" değil uyumsuzluk konusu "idari işlem" ise de; yine de işlemin hangi makam tarafından hangi usullerle alındığını saptayabilmek, işlemi tesis eden gerçek makama işleminin hukuka uygunluğunu savunma olanağını tanımak ve verilecek yargı kararının doğrudan ilgili makamca uygulanmasını sağlamak gibi nedenlerden dolayı iptal davalarında da husumetin doğru yönetilmesi konusu önem taşımaktadır. Yargılama sırasında, İdare Mahkemesi'nce, dava dilekçesine karşı Hatay Vergi Dairesi Başkanlığı tarafından hazırlanıp gönderilen cevap dilekçesinin savunma olarak kabul edilmediği, ancak gönderilen dilekçe ve eklerindeki bilgi ve belgeler, Hatay Valiliği'nce gönderilmiş gibi değerlendirilmek suretiyle uyumsuzluğun esaslanarak çözümlendiği görülmektedir.

Yukarıda hukuki dayanakları da gösterilmek suretiyle ortaya konulduğu gibi uyumsuzluk konusu işlem, bir yönü itibarıyla Maliye Bakanlığı'na bağlı Gelir İdaresi Başkanlığı'nın taşra teşkilatında yer alan Hatay Vergi Dairesi Başkanlığı personeline ilişkin olmakla birlikte, işlemi tesis eden Hassa Malmüdürlüğü'nün de gerek Hatay Valiliği ve gerekse Hatay Vergi Dairesi Başkanlığı adına davrandığının kabulü zorunlu olup, İdare Mahkemesi'nce Hatay Valiliği'ne gönderilen dava dilekçesine karşı Hatay Valiliği'nin herhangi bir savunma yapmadığı, Hassa Malmüdürlüğü'nün işlemini sahiplenerek Hatay Vergi Dairesi Başkanlığı tarafından yapılan savunmanın ise, İdare Mahkemesi'nce kabul edilmediği dikkate alındığında, uyumsuzluk konusu işlemi tesis eden makamın ve buna dayalı olarak husumetin tesbitinde Mahkemenin eksik ve hatalı değerlendirmesi sonucu "taraf" sıfatını kazanamayan Hatay Vergi Dairesi Başkanlığı'nın kendi personelinin ilgilendiren işlemin iptali yolunda verilen kararın temyizden incelenmesini istemekte doğrudan ilgisi ve hukuki yararı bulunduğu ve yargılama sırasında oluşan ve kendine özgü gelişen bu özel durum nedeniyle de olayda, mahkeme kararlarının ancak kararda taraf olarak gösterilenlerce temyiz edilebileceği yolundaki genel kuraldan ayrılmanın zorunlu olduğu açıktır.

Bu durumda, İdare Mahkemesi'nce 2577 sayılı Yasanın 15. maddesinin (c) bendinde öngörülen mevzuat hükümlerine göre, Hatay Valiliği yanında Hatay Vergi Dairesi Başkanlığı da hasım mevkiine alınarak, dava dilekçesinin aynı bent uyarınca bu hasma da tebliğ edilmesi suretiyle, dosyanın bu şekilde tekemmülü sağlanarak karar verilmesi gerekirken, sadece Hatay Valiliği husumetiyle uyumsuzluğun çözümlenmesinde hukuki isabet bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle Hatay Vergi Dairesi Başkanlığı'nın temyiz isteminin kabulüyle Hatay İdare Mahkemesi'nce verilen 27.09.2007 günlü, E:2006/555, K:2007/1599 sayılı kararın 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 49. maddesinin 1/c. fıkrası uyarınca bozulmasına, aynı maddenin 3. fıkrası uyarınca ve dava dilekçesi ve eklerinin Hatay Vergi Dairesi Başkanlığı'na da tebliği suretiyle dosya tekemmül ettirildikten sonra uyumsuzluğun esası hakkında yeniden karar verilmek üzere dosyanın adı geçen mahkemeye gönderilmesine, 16.06.2008 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

T.C.
DANIŞTAY
İkinci Daire

Esas No : 2008/3440
Karar No : 2008/3121

Özeti : İl telekom müdürlüğünde sözleşmeli memur olarak görev yapan davacı hakkında, 399 sayılı KHK uyarınca hazırlanarak yürürlüğe giren "Kamu İktisadi Teşebbüsleri Sözleşmeli Personel Sicil ve Başarı Değerlemesi Hakkında Yönetmelik" hükümleri doğrultusunda düzenlenen sicil raporuna karşı açılan davanın, görüm ve çözümünün idare mahkemesine ait olduğu hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan (Davacı): ...

Karşı Taraf : Türk Telekomünikasyon A.Ş.

Vekilleri : Av. ...

İsteğin Özeti : İstanbul 5. İdare Mahkemesi'nin 22.11.2007 tarih ve E:2006/786, K:2007/2679 sayılı kararının, dilekçede yazılı nedenlerle temyizen incelenerek bozulması istenilmektedir.

Cevabın Özeti : Temyizi istenen kararın yöntem ve yasaya uygun olduğu, bu nedenle istemin reddi gerekeceği yolundadır.

Danıştay Tetkik Hakimi : Asiye Değirmenci

Düşüncesi : İdare Mahkemesi kararının bozulması gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı : Filiz Z. Gürmeriç

Düşüncesi : Türk Telekomünikasyon A.Ş.'nin %55 oranındaki hissesinin blok olarak satışı suretiyle özelleştirilmesi 25.7.2005 gün ve 2005/9146 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile kararlaştırılmış olup, bu Karar 2.8.2005 tarih ve 25894 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe girmiş ve fiili devir 14.11.2005 tarihinde gerçekleştirilmiş ise de, 406 sayılı Yasa'nın Ek 29. maddesinin 3.7.2005 tarih ve 5398 sayılı Kanunla değişik birinci fıkrasında yer alan "Türk Telekom hisselerinin devri sonucu kamu payının yüzde ellinin altına düşmesi durumunda; Türk Telekomda Ek 22 nci maddenin (a) bendinin bu Kanunla yürürlükten kaldırılan hükümleri uyarınca belirlenen asli ve sürekli görevlerde çalışmakta olanlar ile 22.1.1990 tarihli ve 399 sayılı Kanun Hükmünde Kararnameye tabi olarak kadrolu veya sözleşmeli personel statüsünde çalışanlar ve kapsam dışı personelin, kamu görevlerinden yüzseksen gün aylıksız izinli sayılacağı, bu personelin belirtilen süre içinde Türk Telekom'da çalışmaya devam edeceği ve hisse devir tarihinden, nakli için Devlet Personel Başkanlığına bildirildikleri tarihe kadarki aylık ücret, harcırah, sağlık giderleri, cenaze giderleri ve ölüm yardımı ile diğer mali ve özlük haklarının Türk Telekom tarafından karşılanacağı kurala bağlanmıştır.

14.11.2005 tarihinden sonra Türk Telekomünikasyon A.Ş.'nin kamu kurumu niteliğini sürdürmediği açık olmakla birlikte; uyuşmazlık, davalı idarenin tek yanlı irade beyanı ile tesis edilen ve 399 sayılı Kanun Hükmünde Kararnameye uyarınca sözleşmeli memur statüsünde çalışan davacının, 2005 yılı sicilinin B düzeyinde belirlenmesine ilişkin işlemin iptali ve bu işlem nedeniyle uğradığı maddi kayıpların Ocak 2006 'dan itibaren işleyecek yasal faiziyle birlikte ödenmesi için açılmış olan bu davanın çözümünün, kamu hukuku kural ve mevzuatı çerçevesinde idari yargının görevinde olduğu sonucuna ulaşıldığından, adli yargının görevli olduğu gerekçesiyle davayı görev yönünden reddeden idare mahkemesi kararında usul hükümlerine uyarlık görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle temyiz isteminin kabulüyle mahkeme kararının bozulması gerektiği düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay İkinci Dairesi'nce işin gereği düşünüldü:

Dava, ... İl Telekom Müdürlüğü Yapı İşleri Müdürlüğünde sözleşmeli memur olarak görev yapmakta olan davacının, 2005 yılı sicilinin (B) düzeyinde belirlenmesine ilişkin işlemin iptali ve parasal haklarının yasal faiziyle birlikte ödenmesine karar verilmesi istemiyle açılmıştır.

İstanbul 5. İdare Mahkemesi'nin 22.11.2007 tarih ve E:2006/786, K:2007/2679 sayılı kararıyla; 406 sayılı Yasanın değişik 1. maddesinin 7. fıkrası ve 4673 sayılı Yasayla değişik Ek 22. maddesi hükmü doğrultusunda Türk Telekomda iş mevzuatına göre çalışan, Bakanlar Kurulu kararıyla ihdas edilen asli ve sürekli görevlere ilişkin bir kadroda bulunmayan davacı tarafından açılan; sicil raporuyla ilgili davanın görüm ve çözümünün adli yargıya ait bulunduğu gerekçesiyle, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 15/1-a maddesi hükmü uyarınca görev yönünden davanın reddine karar verilmiştir.

Davacı, kendisinin iş mevzuatına tabi olmayıp, halen 399 sayılı KHK'ya tabi sözleşmeli personel olarak çalıştığından bahisle davanın görev yönünden reddinin hukuka aykırı olduğunu ileri sürerek, İdare Mahkemesi kararının temyizen incelenerek bozulmasını istemektedir.

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun "dilekçeler üzerine ilk inceleme" başlıklı 14. maddesinin 3/a fıkrasında; dilekçelerin "görev ve yetki" yönünden ilk incelemeye tabi tutulacağı belirtilmiş olup, "İlk inceleme üzerine verilecek karar" başlıklı 15. maddesinin 1. fıkrasının (a) bendinde; Yasanın 14. maddesinin anılan 3/a bendine göre adli ve askeri yargının görevli olduğu konularda açılan davaların reddedileceği hükmüne yer verilmiştir.

Konu ile ilgili 406 sayılı "Telgraf ve Telefon Kanunu"nun 1. maddesinin 4502 sayılı Yasa ile eklenen ve 4673 sayılı Yasanın 1. maddesi ile değişikliğe uğrayan 7. fıkrasında; "Türk Telekom, bu Kanun ve özel hukuk hükümlerine tabi bir anonim şirkettir. Bu Kanun hükümleri saklı kalmak üzere, kamu iktisadi teşebbüsleri de dahil, sermayesinin yarısından fazlası kamuya ait olan kamu kurum, kuruluş ve ortaklıklarına uygulanan mevzuat Türk Telekom'a uygulanmaz." şeklindeki hükme; 4502 Sayılı Yasanın 13. maddesi ile getirilen Ek 22. maddesinin birinci fıkrasının "personelin statüsü" başlıklı (a) bendinde ise; "Türk Telekom'daki kamu payı %50'nin altına düşünceye kadar, Türk Telekom Yönetim Kurulu üyeliklerine atanacaklarda Devlet memurluğuna atanabilme genel şartlarına sahip olma ve en az dört yıllık yüksek öğrenim görme şartları aranır. Bunların dışında kalan personel iş mevzuatı uyarınca istihdam edilir. İş mevzuatına göre istihdam edilenlere ilişkin kayıt ve şartlar Yönetim Kurulu tarafından tayin olunur." hükmüne yer verilmiştir.

Öte yandan 4502 sayılı "Telgraf ve Telefon Kanunu, Ulaştırma Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun, Telsiz Kanunu ve Posta Telgraf ve Telefon İdaresinin Biriktirme ve Yardım Sandığı Hakkında Kanun ile Genel Kadro ve Usulü Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Eki Cetvellerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun"un Geçici 3. maddesinde; "Türk Telekomünikasyon A.Ş."nin 233 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin ekindeki "B- Kamu İktisadi Kuruluşları (KİK)" bölümünde yer alan kuruluşlar listesinden çıkarıldığı belirtilmiş olup, Geçici 4. maddesinde ise; bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihte Türk Telekom'da 399 sayılı Kanun Hükmünde Kararnameye tabi olarak kadrolu veya sözleşmeli personel statüsünde çalışmakta olanlardan isteyenlerin iş mevzuatına tabi personel statüsüne geçirileceği; iş mevzuatına tabi personel statüsüne geçmek istemeyenlerin mevcut statü, sosyal ve özlük haklarıyla istihdamlarına devam olunacağı; bu kadro ve pozisyonlarda 399 sayılı Kanun Hükmünde Kararname hükümleri çerçevesinde değişiklik yapılabileceği; kendi istekleri ile iş mevzuatına tabi personel statüsüne geçenler ile

emeklilik, istifa, ölüm ve benzeri sebeplerle boşalan kadro ve pozisyonların hiçbir işleme gerek kalmaksızın iptal edilmiş sayılacağı; bu kadro ve pozisyonlarda bulunanların istekleri halinde 24.11.1994 tarihli ve 4046 sayılı Özelleştirme Uygulamalarının Düzenlenmesine ve Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun 22 nci maddesi çerçevesinde diğer kamu kurum ve kuruluşlarına nakledilecekleri; 4046 sayılı Kanunun 22 nci maddesi uyarınca Özelleştirme İdaresi tarafından yapılması gereken ödemelerin bu madde kapsamındaki personel bakımından Türk Telekom tarafından yapılacağı hükme bağlanmıştır.

Görüleceği üzere her ne kadar yukarıda yer verilen 406 sayılı Yasanın 1/7 ve Ek 22/1-a ; 4502 sayılı Yasanın Geçici 3. maddesi hükümleri ile Türk Telekom özel hukuk hükümlerine tabi bir anonim şirket statüsüne dönüştürülerek, bu Kanun hükümleri saklı kalmak üzere, kamu iktisadi teşebbüsleri de dahil, sermayesinin yarısından fazlası kamuya ait olan kamu kurum, kuruluş ve ortaklıklarına uygulanan mevzuata tabi olmadığı vurgulanarak; sermayesindeki kamu payı %50'nin altına düşünceye kadar Türk Telekom Yönetim Kurulu üyeleri dışında kalan personelin iş mevzuatı uyarınca istihdam edileceği belirtilmiş ve 233 sayılı KHK ekinde yer alan kuruluşlar listesinden de çıkarılmış ise de; 4502 sayılı Yasanın Geçici 4. maddesi ile 399 sayılı KHK'ye tabi olarak kadrolu veya sözleşmeli personel olarak çalışanlara statülerini seçme olanağı tanınmış olup, iş mevzuatına tabi sözleşmeli personel statüsüne geçmek istemeyenlerin mevcut statü, sosyal ve özlük haklarıyla istihdamlarına devam olunacağı hükme bağlanmıştır.

Bu durumda; davacının, dava konusu sicil raporunun 399 sayılı KHK uyarınca hazırlanarak yürürlüğe giren "Kamu İktisadi Teşebbüsleri Sözleşmeli Personel Sicil ve Başarı Değerlemesi Hakkında Yönetmelik" hükümleri doğrultusunda düzenlendiği anlaşıldığından uyuşmazlığın görüm ve çözümünün idare mahkemesine ait olduğu sonucuna varılmakta olup, aksi yönde verilen temyize konu İdare Mahkemesi kararında hukuki isabet bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle, davacının temyiz isteminin kabulüyle İstanbul 5. İdare Mahkemesi'nin 22.11.2007 tarih ve E:2006/786, K:2007/2679 sayılı kararının 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, 1.7.2008 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

T.C.
DANIŞTAY
İkinci Daire

Esas No : 2008/1133
Karar No : 2008/3470

Özeti : İdari işlem tesis edilmesi amacıyla başvuran davacının bu başvurusu üzerine, dava açma süresi geçirildikten sonra idarece kendiliğinden cevap verilmesi halinde, açılan davanın süresinde olduğu hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan (Davacı) : ...

Karşı Taraf : Ordu Valiliği

İsteğin Özeti : Ordu İdare Mahkemesi'nin 24.1.2008 günlü, E:2007/1341, K:2008/88 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 Micozkadioğlu

Düşüncesi : Davanın süre aşımı nedeniyle reddi yolundaki İdare Mahkemesi kararının bozulması gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı : S. Sema Kabukçu

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 temyize cevap dilekçesinin geldiği ve dosyanın tekemmül ettiği görülerek, yürütmenin durdurulması istemi hakkında bir karar verilmeksizin işin gereği düşünüldü:

Dava, ... İli, ... İlçesi Milli Eğitim Müdürlüğünde Veri Hazırlama ve Kontrol İşletmeni olarak görev yapan davacının, ... Merkez ... Lisesine yer değiştirmek suretiyle atanmak üzere yaptığı başvurusunun reddine ilişkin 25.10.2007 günlü, 19674 sayılı işlemin iptali istemiyle açılmıştır.

Ordu İdare Mahkemesi'nin 24.1.2008 günlü, E:2007/1341, K:2008/88 sayılı kararıyla; 2577 sayılı Yasanın 10. maddesinin son cümlesinde geçen; "dava açılmaması veya davanın süreden reddi" hallerinden kasdedilenin, idari başvuru üzerine 60 gün içerisinde kesin olmayan bir cevabın verilmesiyle dava açmayan ve bekleyen kişinin, maddede öngörülen 6 aylık sürenin geçmesiyle dava açmaması veya 6 ay geçtikten sonra açılan davanın süreden reddi hali olduğu, bu bağlamda idari başvuruyu müteakip 60 gün içerisinde hiçbir cevapverilmemişse bu sürenin bitimini takiben ikinci 60 gün içinde dava açılması gerektiği, 2577 sayılı Yasanın 10. maddesi uyarınca idari başvurunun yapıldığı 12.4.2007 tarihinden 60 gün sonra isteğin zımnen reddedilmiş olduğunun kabulü ile bundan sonraki 60 gün içerisinde, fakat bu tarihin de Adli Tatil dönemine rastlaması sebebiyle en geç 12.9.2007 tarihinde dava açılması gerektiği halde 20.11.2007 tarihinde açılan davada süre aşımı bulunduğu gerekçesiyle dava süre aşımı yönünden reddedilmiştir.

Davacı, idarenin verdiği yanıt üzerine davanın süresinde açıldığını öne sürmekte ve İdare Mahkemesi kararının temyizen incelenerek bozulmasını istemektedir.

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 7 nci maddesinde, Danıştay' da ve idare mahkemelerinde idari dava açma süresinin, kural olarak yazılı bildirimin yapıldığı tarihi izleyen günden itibaren altmış gün olduğuna işaret edilmiş; aynı Yasa'nın 10 uncu maddesinde ise; "İlgililer haklarında idari davaya konu olabilecek bir işlem veya eylemin yapılması için idari makamlara başvurabilirler. Altmış gün içinde bir cevap verilmezse istek reddedilmiş sayılır. İlgililer altmış günün bittiği tarihten itibaren dava açma süresi içinde, konusuna göre Danıştay'a, idare ve vergi mahkemelerine dava açabilirler. Altmış günlük süre içinde idarece verilen cevap kesin değilse ilgili bu cevabı, isteminin reddi sayarak dava açabileceği gibi, kesin cevabı da bekleyebilir. Bu takdirde dava açma süresi işlemmez. Ancak, bekleme süresi başvuru tarihinden itibaren altı ayı geçemez. Dava açılmaması veya davanın süreden reddi hallerinde, altmış günlük sürenin bitmesinden sonra yetkili idari makamlarca cevap verilirse, cevabın tebliğinden itibaren altmış gün içinde dava açabilirler." hükmü yer almıştır.

Dosyanın incelenmesinden, davacının 12.4.2007 günlü başvurusuyla ..., Merkez ... Lisesine atanmak istediği, isteminin ... Kaymakamlığının aynı günlü yazısıyla Valiliğe bildirildiği, davacının 11.6.2007 günlü dilekçesiyle atanma isteğini yinelediği, bu isteminin de

Kaymakamlığın 12.6.2007 günlü yazısıyla Valiliğe sunulduğu, Ordu Valiliğinin 25.10.2007 günlü, 19674 sayılı işlemi ile davacının isteminin reddedildiği, ret işleminin davacıya 6.11.2007 tarihinde tebliği üzerine 20.11.2007 tarihinde bakılmakta olan davanın açıldığı anlaşılmıştır.

2577 sayılı Yasanın 10. maddesinin 2. fıkrasının son cümlesinde, dava açılmaması veya davanın süreden reddi hallerinde, altmış günlük sürenin bitmesinden sonra yetkili idari makamlarca cevap verilirse, cevabın tebliğinden itibaren altmış gün içinde dava açabileceğinin düzenlendiği, hakkında idari işlem yapılması amacıyla başvuran davacının bu başvurusu üzerine dava açma süresi geçirildikten sonra idarece kendiliğinden cevap verilerek başvurusunun reddedildiği, 2577 sayılı Yasa'nın 10.maddesinde açıklanan usule göre 6.11.2007 tarihinde tebellüğ ettiği işlemin iptali istemiyle 20.11.2007 tarihinde dava açtığı görülmekte olup; böylece yasal süresinde açıldığı anlaşılan davanın süre aşımı nedeniyle reddi yolunda verilen İdare Mahkemesi kararında hukuka uyarlık bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle davacının temyiz isteminin kabulüyle Ordu İdare Mahkemesinin 24.1.2008 günlü, E:2007/1341, K:2008/88 sayılı kararının, 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 husus gözetilerek yeniden bir karar verilmek üzere dosyanın adı geçen Mahkemeye gönderilmesine, kullanılmayan 22.90.-YTL yürütmeyi durdurma harcının isteği halinde davacıya verilmesine, 12.9.2008 tarihinde oybirliği ile karar verildi.

T.C.
DANIŞTAY
İkinci Daire

Esas No : 2008/4011
Karar No : 2008/3489

Özeti : Süresinde karar düzeltme isteminde bulunmayan tarafın, cevap dilekçesinde karar düzeltme isteminde bulunamayacağı hakkında.

Kararın Düzeltilmesini İsteyen (Taraflar): 1- ...

2-(Davalı) : Türkiye İş Kurumu
Genel Müdürlüğü,

Vekili : Av. ...

İsteğin Özeti : Türkiye İş Kurumu Diyarbakır Bölge Müdürü olarak görev yapan davacının, Diyarbakır İl Müdürlüğüne Şube Müdürü olarak atanmasına ilişkin 29.12.2003 günlü, 164 sayılı işlemin iptali istemiyle açtığı davanın; bölge müdürlüğü kadrolarının iptal edildiği, davacının da 9.11.2004 tarihli işlemle Türkiye İş Kurumu Diyarbakır İl Müdürlüğüne asaleten atandığı gerekçesiyle konusu kalmayan dava hakkında karar verilmesine yer olmadığı yolunda Diyarbakır 1. İdare Mahkemesince verilen 31.3.2005 günlü, E:2004/762, K:2005/562 sayılı kararın açıklamalı olarak onanmasına dair Danıştay İkinci Dairesi'nin 4.12.2007 günlü, E:2005/3300, K:2007/4718 sayılı kararının; taraflarca 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 54. maddesi uyarınca düzeltilmesi istenilmektedir.

Davalı İdarenin Cevabının Özeti : Davacının karar düzeltme isteminin reddi gerektiği yolundadır.

Davacının Cevabının Özeti : Savunma alınmamıştır.

Danıştay Tetkik Hakimi : Asiye Değirmenci

Düşüncesi : Davacının karar düzeltilmesi dilekçesinde ileri sürülen hususlar, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 54. maddesinde yazılı nedenlerden hiçbirisine uymadığından istemin reddi,

Davalı idarenin karar düzeltilmesi isteğine gelince; 2577 sayılı Kanunun 54. maddesinde, karar düzeltilmesi için başvurunun usul ve esasları, nedenleri düzenlenmiştir. Maddede, karar düzeltilmesi istemi için karşı tarafın verdiği cevap dilekçesinde de karar düzeltilmesi isteğinde bulunabileceğine ilişkin bir hüküm yer almamıştır.

Buna göre, davalı idareye 20.2.2008 tarihinde tebliğ edilen Danıştay kararına karşı 11.4.2008 tarihinde verilen cevap dilekçesinde yer alan istem, süresi geçirilerek yapılmış olduğundan süre aşımı yönünden reddi gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı : Semra Şentürk

Düşüncesi: Davacının Türkiye İş Kurumu Bölge Müdürlüğü görevinden alınarak Diyarbakır İl Müdürlüğüne Şube Müdürü olarak atanmasına ilişkin işlemin iptali istemiyle açılan davada, davanın esası hakkında karar verilmesine yer olmadığına karar veren İdare Mahkemesi kararını onayan Danıştay İkinci Dairesinin kararının taraflarca düzeltilmesi istenilmektedir.

Dava konusu yapılan 29.12.2003 tarihli naklen atama işleminden sonra, davacı 9.11.2004 tarih ve 933 sayılı Yönetim Kurulu kararı ile bu tarihten geçerli olmak üzere İl Müdürlüğü görevine atanmış ise de, bu karar dava konusu işlemin geri alınması niteliğinde olmadığından , davanın esası hakkında karar verilmesi gereklidir.

Davalı idare istemine gelince;

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 54. maddesinin 1.fıkrasında, Danıştay dava daireleri ve İdari veya Vergi Dava Daireleri Kurullarının temyiz üzerine verdikleri kararlar ile bölge idare mahkemelerinin itiraz üzerine verdikleri kararlar hakkında bir defaya mahsus olmak üzere kararın tebliğ tarihini izleyen onbeş gün içinde taraflarca kararın düzeltilmesinin istenebileceği öngörülmüş olup, bu konu 55. maddenin 5.fıkrasındaki "...Kanunun diğer hükümleri uygulanır.." kapsamında olmadığından, 2577 sayılı Kanununun 48 maddesinin 3.fıkrasının kararın düzeltilmesi isteminde uygulama olanağı bulunmamaktadır.

Bu durumda, onbeş günlük yasal süre geçtikten sonra yapılan istemin süre aşımı nedeniyle esasının incelenme olanağı bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle, davalı idare isteminin süre aşımı nedeniyle reddi, davacı karar düzeltme isteminin ise kabul edilerek İdare Mahkemesi kararının bozulması gerektiği düşünülmüştür.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay İkinci Dairesi'nce işin gereği düşünüldü:

Davalı idare, 11.4.2008 tarihinde davacının karar düzeltme istemine karşılık verdiği cevap dilekçesinde, kararın düzeltilmesini istemekte ise de; 20.2.2008 tarihinde davalıya Danıştay İkinci Dairesi'nin düzeltilmesi istenen 4.12.2007 günlü, E:2005/3300, K:2007/4718 sayılı kararının tebliğ edilmiş olmasına karşın 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 54/1. maddesinde düzenlenen onbeş günlük süre içinde düzeltme isteminde bulunulmadığından ve anılan Yasa'da süresinde karar düzeltme isteminde bulunmayan tarafın cevap dilekçesinde bu yolda istemde bulunmasına imkan veren bir hükme yer verilmediğinden davalı idarenin karar düzeltme isteminin süre aşımı nedeniyle incelenmesine olanak bulunmamaktadır.

Davacı istemine gelince;

Danıştay Dava Daireleri ile İdari veya Vergi Dava Daireleri Kurulları tarafından verilen kararların düzeltme yolu ile yeniden incelenebilmelerini gerektiren sebepler 2577 sayılı İdari yargılama Usulü Kanununun 54. maddesinin 1. fıkrasında gösterilmiş; aynı maddenin 2. fıkrasında ise, anılan daire ve kurulların kararın düzeltilmesi isteminde ileri

sürülen sebeplerle bağılı oldukları belirtilmiş bulunmaktadır. Davacı tarafından dilekçede ileri sürülen düzeltme sebepleri anılan maddede sayılan sebeplere uymamaktadır.

Açıklanan nedenlerle davalı idarenin düzeltme isteminin süre aşımı yönünden, davacının düzeltme isteminin ise esastan reddine, 12.09.2008 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

ÜÇÜNCÜ DAİRE KARARLARI

GELİR VERGİSİ

T.C.
DANIŞTAY
Üçüncü Daire

Esas No : 2007/2262

Karar No : 2008/3302

Özeti : 193 sayılı Yasa'nın 75'inci maddesinin 2'nci fıkrasının (1), (2) ve (3) numaralı bentlerinde öngörülen kar paylarının dağıtımı sırasında, tevkifat yapma mecburiyeti bulunduğundan, her türlü vergiden muaf olduğu belirtilen Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu'nun iştirakçilerinden olan anonim şirketin fona ayırdığı kar payı üzerinden tevkifat yapmasının, hukuka uygun olduğu hakkında.

Temyiz Eden : Vergi Dairesi Müdürlüğü
Karşı Taraf : Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu
Vekili : Av. ...

İstemin Özeti : ... Turizm Yatırımları Anonim Şirketinin iştirakçilerinden olan Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonuna ayırdığı kar payı üzerinden tevkif edilen 71.968,69 YTL'nin iadesi istemiyle açılan davada; genel kanunla özel kanunun farklı hükümler içermesi halinde özel kanunun uygulanacağına göre genel hukuk ilkesi olduğu, verginin mükellefi olan davacı yönünden Bankalar Kanunu özel kanun niteliğinde bulunduğundan öncelikle bu kanunun uygulanması gerektiği, söz konusu Kanunun 15'inci maddesinin 3'üncü bendinde davacı kurumun her türlü vergi, resim ve harçtan muaf olduğu kurala bağlandığından yapılan tevkifatın hukuka uygun bulunmadığı gerekçesiyle ödenen tutarın iadesine karar veren Aydın Vergi Mahkemesinin 24.11.2006 gün ve E:2005/721, K:2006/1060 sayılı kararının; gelir ve kurumlar vergisi mükellefi olmayanlar ile bu vergilerden muaf olanlara dağıtılan kar payından kesinti yapılacağına Gelir Vergisi Kanununda açıkça kurala bağlandığı, kaldı ki söz konusu muafiyetin ancak davacı kurum tarafından yapılacak işlemlerde kabul edilebileceği, oysa uyumsuzluk konusu olayda işlemi gerçekleştirenin ... Turizm Yatırımları Anonim Şirketi olduğu ve anılan şirketin kar payı dağıtımından dolayı Gelir Vergisi Kanununun 94'üncü maddesi uyarınca tevkifat yapmasının zorunlu bulunduğu ileri sürülerek düzeltilmesi istenmiştir.

Savunmanın Özeti : Savunma verilmemiştir.

Tetkik Hakimi : Selda GURSOYTRAK GÜLSEVEN

Düşüncesi : Temyiz dilekçesinde ileri sürülen iddialar Vergi Mahkemesi kararının bozulmasını sağlayacak durumda bulunmadığından, temyiz isteminin reddi gerektiği düşünülmektedir.

Savcı : Sevil 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 Üçüncü Dairesince işin gereği görüşülüp düşünüldü:

Gelir Vergisi Kanununun 75'inci maddesinin ikinci fıkrasının 1'inci bendinde her nevi hisse senetlerinin kar payları, 2'nci bendinde iştirak hisselerinden doğan kazançlar, 3'üncü bendinde ise kurumların idare meclisi başkan ve üyelerine verilen kar paylarının menkul sermaye iradı sayılacağı; 94'üncü maddesinin ikinci fıkrasının 6/b-i alt bendinde tam mükellef kurumlar tarafından, gelir ve kurumlar vergisi mükellefi olmayanlara ve bu vergilerden muaf olanlara dağıtılan 75'inci maddenin ikinci fıkrasının (1), (2) ve (3) numaralı bentlerinde yazılı kar paylarından vergi tevkifatı yapılacağı kurala bağlanmıştır.

Uyuşmazlık konusu olayda Fonun her türlü vergiden muaf olduğuna ilişkin düzenleme esas alınarak karar verilmiş ise de, yukarıda anılan kanun hükmü uyarınca vergiden muaf olanlara dağıtılan aynı Kanunun 75'inci maddesinin ikinci fıkrasının (1), (2) ve (3) numaralı bentlerinde yazılı kar paylarından vergi kesintisi yapma mecburiyeti getirildiğinden ve davacıya yapılan ödeme de, sözü edilen kanun kapsamında bulunduğundan ihtilaf konusu tutarın iade edilmesine hükmeden vergi mahkemesi kararı hukuka uygun düşmemiştir.

Açıklanan nedenlerle, temyiz isteminin kabulü ile Aydın Vergi Mahkemesinin 24.11.2006 gün ve E:2005/721, K:2006/1060 sayılı kararının bozulmasına, 492 sayılı Harçlar Kanununun 13'üncü maddesinin (j) bendinin parantez içi hükmü uyarınca alınması gereken harç dahil olmak üzere yarglama giderlerinin yeniden verilecek kararda karşılanması gerektiğine, 30.10.2008 gününde oybirliğiyle karar verildi.

KATMA DEĞER VERGİSİ

T.C. DANIŞTAY Üçüncü Daire

Esas No : 2007/1018

Karar No : 2008/3263

Özeti : Katma değer vergisi beyannamelerinde, emtia teslimi ve hizmet ifasında bulunulduğunun anlaşılması halinde; davacının, gayri faal olduğundan bahsedilemeyeceği, katma değer vergisi beyannamelerinin, vergi dairesinden istenerek incelenmesi suretiyle, matrahın hukuka uygun olup olmadığının saptanması gerektiği hakkında.

Temyiz Eden : Setbaşı Vergi Dairesi Müdürlüğü

Karşı Taraf : ... Yangın Söndürme Cihazları Kimyevi Madde Doğalgaz Demir Sanayi ve Ticaret Limited Şirketi

Vekili : Av. ...

İstemin Özeti : Yangın söndürme cihazları ticareti yapan davacı kurumun 2000 yılı kurumlar vergisi beyannamesi ile Temmuz-Eylül ve Ekim-Aralık 2000 dönemleri geçici vergi beyannamelerini vermemesi nedeniyle takdir komisyonunca takdir edilen matrah farkı üzerinden adına re'sen salınan bir kat vergi ziyayı cezalı kurumlar vergisi ile geçici vergiyi; 13.1.2004 ve 25.9.2004 tarihli tutanaklarda bilinen adreslerinde bulunmadığı, iş yerini terkettiği saptanan davacı kurumun iş yerinde 18.6.2001 tarihinden itibaren başka mükellefin faaliyete geçtiğinin tespit edildiği, 2000 yılında gayri faal olduğu beyan edildiğinden ilgili

dönem defter ve belgelerin istenmesine gerek görülmediği, vekil tarafından açılan söz konusu davada, vekaletnamede iş adresi olarak gösterilen adresin tutanaklarda belirtilen ve terk edilen iş yeri adresi olduğunun anlaşılması karşısında başka bir yerde faaliyette bulunulmadığı sonucuna varılan davacı kurum adına yeterli inceleme yapılmadan, soyut ve genel ifadelerle takdir edilen matrah farkı üzerinden salınan cezalı vergilerde hukuka uygunluk bulunmadığı gerekçesiyle kaldıran Bursa Vergi Mahkemesinin 21.11.2006 gün ve E:2005/830, K:2006/2268 sayılı kararının; vergilendirme döneminde katma değer vergisi beyannamesi verdiği, teslim ve hizmet bedeli aldığı anlaşılan davacı kurumun faaliyetine devam etmediğinden bahsedilemeyeceği ileri sürülerek bozulması istenmiştir.

Savunmanın Özeti : Savunma verilmemiştir.

Tetkik Hakimi : Ümit KOCATEPE

Düşüncesi : Vergi dairesi müdürlüğünce temyiz dilekçesine eklenen, davacının 2000 yılı işlemlerinin katma değer vergisi yönünden incelenmesine ilişkin olarak düzenlenen vergi inceleme raporunun incelenmesinden söz konusu vergilendirme döneminde teslim ve hizmet bedeli alındığı açık olup, kurumun gayri faal olduğu kabul edilemeyeceğinden kararın bozulması gerektiği düşünülmüştür.

Savcı : Sevil 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 Üçüncü Dairesince işin gereği görüşülüp düşünüldü:

2000 yılı kurumlar vergisi beyannamesi ile Temmuz-Eylül ve Ekim-Aralık 2000 dönemleri geçici vergi beyannamelerini vermeyen davacı adına takdir komisyonu kararına dayanılarak re'sen salınan bir kat vergi ziyai cezalı kurumlar vergisi ile geçici vergiyi kaldıran vergi mahkemesi kararı temyiz edilmiştir.

Vergi mahkemesince, davacının iş yerini terk ettiği ve gayri faal olduğu tespit edildiğinden, yeterli araştırmaya dayanmayan takdir komisyonu kararı gereğince adına salınan cezalı vergilerde hukuka uygunluk bulunmamış ise de, vergi dairesi müdürlüğünce temyiz dilekçesi ekinde sunulan katma değer vergisine ilişkin vergi inceleme raporunun incelenmesinden, ilgili vergilendirme döneminde, Ocak-Haziran ve Aralık aylarında emtia teslimi ve hizmet ifasında bulunduğu anlaşılmış olup, davacı kurumun herhangi bir faaliyetinin olmadığından bahsedilemeyeceğinden ilgili vergilendirme döneminde verilen katma değer vergisi beyannamelerinin de davalıdan istenerek incelenmesi suretiyle takdir komisyonunca takdir edilen matrahın hukuka uygun olup olmadığının saptanması gerekirken yazılı gerekçeyle verilen kararda hukuka uygunluk görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle temyiz isteminin kabulüyle Bursa Vergi Mahkemesinin 21.11.2006 gün ve E:2005/830, K:2006/2268 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, 28.10.2008 gününde oybirliğiyle karar verildi.

KURUMLAR VERGİSİ

T.C. DANIŞTAY Üçüncü Daire

Esas No : 2007/3512

Karar No : 2008/2969

Özeti : Gümrük müşavirliği yapan davacı kurumun, temsil ettiği kişiler adına yaptırdıkları hizmetlere ilişkin giderlerin, müşavirlik faaliyetine ait giderlerden kabul edilemeyeceği hakkında.

Temyiz Eden : Tasfiye Halinde ... Gümrük Müşavirliği Limited Şirketi

Vekili : Av. ...-Av. ...

Karşı Taraf : Kordon Vergi Dairesi Müdürlüğü

İstemin Özeti : Gümrük müşavirliği yapan davacı kurumun 2001 yılında ... Nakliyat İnşaat Temizlik ve Yol İşleri Sanayi ve Ticaret Limited Şirketi ile ... Madencilik Mühendislik Nakliyat İnşaat Turizm Sanayi ve Ticaret Limited Şirketinden aldığı tahmil, tahliye ve hamaliye hizmet bedeli içerikli faturaları maliyet kayıtlarında muhasebeleştirerek dönem matrahını azaltması nedeniyle adına re'sen salınan üç kat vergi ziyai cezalı kurumlar vergisi ve fon payına karşı açılan davada; adı geçen kurumların haklarında düzenlenen vergi tekniği raporlarıyla gerçek bir emtia teslimi veya hizmet ifasına dayanmayan fatura düzenledikleri saptandığından, fatura içeriği tutarların gerçek gider olmadığına kabulü suretiyle yapılan vergilendirmede hukuka aykırılık bulunmadığı, ancak vergi ziyai cezasının gecikme faizine isabet eden kısmının düzeltme fişiyle terkin edildiği gerekçesiyle davanın düzeltme fişiyle terkin edilen kısmı hakkında karar verilmesine yer olmadığına karar veren, kurumlar vergisi ve fon payı ile vergi ve fon payının üç katına isabet eden ceza tutarına ilişkin kısmını ise reddeden İzmir 3. Vergi Mahkemesinin 26.4.2007 gün ve E:2006/804, K:2007/425 sayılı kararının; fatura içeriği hizmetlerin satın alınması nedeniyle maliyet unsuru oluşturduğu, alt firmalar hakkında düzenlenen raporların kendilerine tebliğ edilmediği ileri sürülerek bozulması istenmiştir.

Savunmanın Özeti : Savunma verilmemiştir.

Tetkik Hakimi : Ümit KOCATEPE

Düşüncesi : Dolaylı temsil yoluyla faaliyet gösteren davacının, temsil ettiği kişiler adına yaptırdıkları hizmetlere ilişkin giderlerin kendi giderleri olarak kabulüne imkan bulunmadığından, kararda sonucu itibarıyla hukuka aykırılık bulunmadığı düşünülmüştür.

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:

... Nakliyat İnşaat Temizlik ve Yol İşleri Sanayi ve Ticaret Limited Şirketi ile ... Madencilik Mühendislik Nakliyat İnşaat Turizm Sanayi ve Ticaret Limited Şirketi hakkındaki tespitlerden bu şirketler tarafından düzenlenen faturaların gerçek bir hizmet ifasını temsil

etmemesi yanında, faaliyet konusu gümrük müşavirliği olan davacı kurumun, kendi adına yaptırmayı söz konusu olmayan fatura içeriği hizmetleri müşterileri adına yaptıran aracılık konumu dikkate alındığında, hizmet bedellerinin müşavirlik faaliyetine ait giderlerden kabul edilmesi de söz konusu edilemeyeceğinden, vergi mahkemesi kararının davanın reddine ilişkin hüküm fıkrasında sonucu itibarıyla hukuka aykırılık görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle temyiz isteminin reddine, davacıdan 492 sayılı Harçlar Kanununa bağlı (3) sayılı Tarife uyarınca nispi harç alınmasına, 14.10.2008 gününde oyçokluğuyla karar verildi.

KARŞI OY

Anayasa Mahkemesinin, 6.1.2005 günlü ve E:2001/3, K:2005/4 sayılı kararıyla, 213 sayılı Yasanın 344'üncü maddesinin 2'nci fıkrasının "...bu ceza ziyaa uğratılan verginin bir katına, bu verginin kendi kanununda belirtilen normal vade tarihinden cezaya ilişkin ihbarnamenin düzenlendiği tarihe kadar geçen süre için, bu Kanun'un 112'nci maddesine göre ziyaa uğratılan vergi tutarı üzerinden hesaplanan gecikme faizinin yarısının eklenmesi suretiyle bulunur" bölümünün Anayasa'nın 2'nci ve 38'nci maddelerine aykırı bulunarak iptaline karar verilmesi sonucu hukuk alemindeki varlığının ortadan kalkması ve Anayasa'mızın 153 ncü maddesi hükmü gereği Anayasa Mahkemesi kararlarının yasama, yürütme ve yargı organları ile idare makamlarını, gerçek ve tüzel kişileri bağlaması karşısında, görülmekte olan davalarda vergi ziyai suçu işleyenlere 5479 sayılı yasanın yürürlüğe girdiği tarihe kadar vergi ziyai cezası kesilmemesi gerektiğinden vergi ziyai cezasına ilişkin hüküm fıkrasının bozulması gerektiği görüşüyle kararın bu kısmına katılmıyorum.

VERGİ USULÜ

T.C.

DANIŞTAY

Üçüncü Daire

Esas No : 2008/2487

Karar No : 2008/2699

Özeti : Kurumlar vergisi matrahını eksik beyan eden mükellefin, ticari bilançosunun gerçeği yansıtmadığı ve kurum kazancının ortaklara dağıtılabılır kısmının gizlendiğinin saptanması halinde, bu kazanç dağıtılmayarak, şirket tüzel kişiliği bünyesinde tutulduğunu kanıtlama yükünün, davacıya ait olduğu hakkında.

Temyiz Eden : Vergi Dairesi Müdürlüğü

Karşı Taraf : ... Limited Şirketi

Vekili : Av. ...

İstemin Özeti : Yemek ve temizlik hizmeti sunan davacının 2005 vergilendirme döneminde gerçek bir emtia teslimine dayanmayan faturaları kayıtlarına dahil etmesi ve bir kısım kazancını eksik beyan etmesi nedeniyle hesaplanan kurumlar vergisi matrah farkı üzerinden Nisan 2006 dönemi için re'sen salınan vergi ziyai cezalı gelir (stopaj) vergisini; davacının ilgili dönemde sekiz mükelleften temin ettiği gerçek bir emtia teslimine dayanmayan faturaların giderlerden indirilmesi, beyan dışı bırakılan kazancın hasılatı

eklenmesi ve kanunen kabul edilmeyen giderlerin reddedilmesi neticesinde hesaplanan kurum kazancından kurumlar vergisi düşüldükten sonra kalan kısmın dağıtıldığı kabul edilerek dava konusu tarhiyatın yapıldığı, kurum kazançları üzerinden gelir (stopaj) vergisi tevkifatı yapılması için karın ortaklara dağıtılması gerektiği, ihtilaf konusu olayda ise karın ortaklara dağıtıldığı yolunda bir tespit bulunmadığı gerekçesiyle kaldıran Manisa Vergi Mahkemesinin 14.2.2008 gün ve E:2007/437, K:2008/93 sayılı kararının; yapılan tarhiyatın Kanuna uygun olduğu ileri sürülerek bozulması istenmiştir.

Savunmanın Özeti : Savunma verilmemiştir.

Tetkik Hakimi : Selda GÜRSOYTRAK GÜLSEVEN

Düşüncesi : Vergi Usul Kanununun 3'üncü maddesi uyarınca davacı

kurum kazancının dağıtılmayarak şirket tüzel kişiliği bünyesinde tutulduğunu kanıtlama yükü davacıya düşmesine karşın ispat külfetini tersine çevirmek suretiyle verilen kararın bozulması gerektiği düşünülmektedir.

Savcı : Nurten KARAÇAY

Düşüncesi : Davacı şirketin uyumsuzluk dönemine ait işlemlerinin incelenmesi

sonucu düzenlenen inceleme raporuna dayanılarak adına re'sen yapılan cezalı gelir (stopaj) vergisine karşı açılan davayı kabul eden mahkeme kararı temyiz edilmiştir.

Davacının kurumla olan ortaklık ilişkisinin niteliğinden dolayı, Kurumun kayıt ve beyan dışı bıraktığı kurum kazancının tüzel kişilik tarafından tasarruf edildiğinin kanıtlama yükünün davacıya düştüğü açıktır. Kurum kayıtlarında kurum kazancını ve dağıtılabilir kar payının aynı düzeyde yükseltilmesi sonucunu yaratacak olan içeriği itibarıyla yanıltıcı belge kullanımından doğan ve gizlenen kurum kazancının hesaben ödenmiş olduğunun kabulü gerekirken, kar dağıtım kararı aranması gereksizdir. Bu gibi durumlarda davacı şirkette dağıtım kararı alınmayacağıda açık olduğundan, davanın kabulü yolunda verilen kararda hukuka uygunluk görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle temyiz isteminin kabulü ile temyize konu mahkeme kararının bozulmasının uygun olacağı düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Üçüncü Dairesince işin gereği görüşülüp düşünüldü:

193 sayılı Gelir Vergisi Kanununun 94'üncü maddesinin ikinci fıkrasının 6'ncı bendinin 4842 sayılı yasa ile değişik (b-i) alt bendinde; tam mükellef kurumlar tarafından, tam mükellef gerçek kişilere, gelir ve kurumlar vergisi mükellefi olmayanlara ve bu vergiden muaf olanlara dağıtılan, 75'inci maddenin ikinci fıkrasının (1), (2) ve (3) numaralı bentlerinde yazılı kar paylarından tevkifat yapılması kurala bağlanmıştır.

Davacı şirketin 2005 vergilendirme döneminde gerçek bir emtia teslimine dayanmayan faturaları kayıtlarına aldığı, bir kısım hasılatını kayıt ve beyan dışı bıraktığının saptandığı akaryakıt giderlerinin bir kısmının kanunen kabul edilmeyen gider olması nedeniyle reddedildiği vergi inceleme raporuna istinaden salınan kurumlar vergisi yönünden davanın reddine ilişkin vergi mahkemesi kararına karşı yapılan temyiz başvurusunun, Dairemizin 17.9.2008 gün ve E:2008/1543, K:2008/2697 sayılı kararıyla reddedildiği anlaşılmaktadır.

Kurumlar vergisi matrahını eksik beyan eden davacı şirketin ticari bilançosunun gerçeği yansıtmadığı ve kurum kazancının ortaklara dağıtılabilir kısmının gizlendiği açıktır. Bu kazancın dağıtılmayarak şirket tüzel kişiliği bünyesinde tutulduğunu kanıtlama yükü, 213 sayılı Vergi Usul Kanununun 3'üncü maddesindeki kural gereği vergi idaresine değil, davacıya düşmektedir. Gizlenen kurum kazancının dağıtımı hakkında karar alınması beklenemeyeceği gibi bu yolda işlem aranması da gereksiz olduğundan vergi mahkemesince yazılı gerekçeyle verilen cezalı tarhiyatın kaldırılmasına ilişkin hüküm fıkrası hukuka uygun düşmemiştir.

Açıklanan nedenlerle temyiz isteminin kabulü ile Manisa Vergi Mahkemesinin 14.2.2008 gün ve E:2007/437, K:2008/93 sayılı kararının dava hakkında yukarıdaki esaslara

göre karar verilmek üzere bozulmasına, yargılama giderlerinin yeniden verilecek kararda karşılanması gerektiğine, 17.9.2008 gününde oyçokluğu ile karar verildi.

KARŞI OY

Temyiz dilekçesinde ileri sürülen iddialar bozulması istenen vergi mahkemesi kararının dayandığı hukuksal nedenler ve gerekçe karşısında istemin kabulünü gerektirecek durumda bulunmadığından, temyiz isteminin reddi ve kararın onanması gerektiği görüşüyle Daire kararına katılmıyoruz.

T.C. DANIŞTAY Üçüncü Daire

Esas No : 2007/1745
Karar No : 2008/3006

Özeti : İdare tarafından gerek kendiliğinden, gerek istem üzerine tesis edilen kesin ve yürütülmesi zorunlu işlemlere karşı, iptal davası açabileceği hakkında.

Temyiz Eden : ...

Karşı Taraf : Vergi Dairesi Müdürlüğü

İstemin Özeti : Gayrimenkul sermaye iradı yönünden gelir vergisi mükellefi olan davacı adına 2003 vergilendirme dönemi için re'sen salınan vergi ziyaı cezalı gelir vergisine ilişkin ihbarnamenin hatalı olarak tebliğ edilmesi nedeniyle yeniden tebligat yapılması istemli başvurunun reddine yönelik 19.12.2006 tarih ve 4389 sayılı işlemin iptali istemiyle açılan davayı; mahkemelerinin dilekçe ret kararı üzerine yenilenen dilekçe ve eklerinin incelenmesinden, davacı adına düzenlenen ihbarnamelerin usulsüz olarak tebliğ edilmesi nedeniyle yeniden tebligat yapılması isteminin reddine ilişkin işlemin iptali istemiyle dava açılmış olup, söz konusu işlemin, tek başına idari davaya konu olabilecek kesin ve yürütülmesi gereken bir işlem olmadığı gerekçesiyle reddeden Trabzon Vergi Mahkemesinin 4.4.2007 gün ve E:2007/156, K:2007/148 sayılı kararının; posta dağıtıcısının ihbarnameyi davacıya tebliğ etmemesine karşın bizzat imzalamak suretiyle tebliğ edilmiş gibi göstererek tebliğ alındısını vergi dairesi müdürlüğüne gönderdiği ve görevi kötüye kullanmak suçunu işlediğine hükmedilen Asliye Ceza Mahkemesi kararı göz önüne alınmadan verilen kararın hukuka uygun bulunmadığı ileri sürülerek bozulması istenmiştir.

Savunmanın Özeti : Temyiz isteminin reddi gerektiği savunulmuştur.

Tetkik Hakimi : Selda GÜR SOYTRAK GÜLSEVEN

Düşüncesi : Temyiz dilekçesinde ileri sürülen iddialar Vergi Mahkemesi kararının bozulmasını sağlayacak durumda bulunmadığından, temyiz isteminin reddi gerektiği düşünülmektedir.

Savcı : Sevil 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 Üçüncü Dairesince işin gereği görüşülüp düşünüldü:

Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın "Yürütme" yetkisini düzenleyen İkinci Bölümünün "Yargı Yolu" kenar başlıklı 125'inci maddesinde idarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolunun açık olduğu; 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 2'nci maddesinin 1'inci fıkrasının (a) bendinde, idari işlemler hakkında yetki, şekil, sebep, konu ve maksat yönlerinden biri ile hukuka aykırı olduklarından dolayı iptalleri için menfaatleri ihlal edilenler tarafından iptal davası açılabileceği kurala bağlanmıştır.

İdare tarafından gerek kendiliğinden gerek istem üzerine tesis edilen kesin ve yürütülmesi zorunlu işlemlere karşı iptal davası açılabileceği açıktır.

Bir işlemin kesin ve yürütülmesi zorunlu işlem sayılabilmesi ise işlemin hukuk düzeninde varlık kazanabilmesi için gerekli prosedürün son aşamasını geçirmiş bulunmasına, başka bir idari makamın onayına ihtiyaç göstermeksizin hukuk düzeninde değişiklik meydana getirebilmesine, başka bir anlatımla idare edilenlerin hukukunu doğrudan etkileyebilmesine bağlıdır.

Uyuşmazlık konusu olayda vergi ve ceza ihbarnamesinin PTT yolu ile 17.1.2005 tarihinde davacıya tebliğe çıkarılmasına karşın, Of PTT Müdürlüğünde posta dağıtıcısı olarak görev yapan ...'ın tebligat evrakını davacıya tebliğ etmediği halde evrakı 17.1.2005 tarihinde bizzat davacıya tebliğ etmiş gibi imzalamak suretiyle tebliğ alındısını vergi dairesi müdürlüğüne gönderdiği, bu nedenle davacının zararına yol açtığı ve üzerine atılı görevi kötüye kullanmak suçunu işlediğine karar verilen Of Asliye Ceza Mahkemesinin E:2005/289, K:2006/183 sayılı kararına istinaden ihbarnamenin usulüne uygun olarak tebliğ edilmediği anlaşıldığından ve davacının 15.11.2006 tarihinde davalı idareye yaptığı başvurunun reddine ilişkin dava konusu işlem davacının menfaatini ihlal eden, kesin ve yürütülmesi gereken bir işlem olduğundan, aksi gerekçeye dayalı vergi mahkemesi kararında hukuka uygunluk görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle temyiz isteminin kabulü ile Trabzon Vergi Mahkemesinin 4.4.2007 gün ve E:2007/156, K:2007/148 sayılı kararının bozulmasına, yargılama giderlerinin yeniden verilecek kararda karşılanması gerektiğine 15.10.2008 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGILAMA USULÜ

T.C. DANIŞTAY Üçüncü Daire

Esas No : 2007/3599

Karar No : 2008/2790

Özeti : Vergi inceleme raporu ile vergi mahkemesince düzenlenen bilirkişi incelemesi raporunda yer alan, birbirini teyit etmeyen hususlar irdelenmeksizin ve bilirkişi incelemesi raporuna yöneltilen itirazlar karşılanmaksızın verilen kararda hukuka uygunluk bulunmadığı hakkında.

Temyiz Eden : Vergi Dairesi Müdürlüğü

Karşı Taraf : ... Limited Şirketi

İstemin Özeti : Petrol ürünleri ticareti yapan davacı kurumun 1.1.2005-27.1.2005 tarihleri arasında bir kısım hasılatını kayıt ve beyan dışı bıraktığının, fiili ve kaydi envanterle saptanması nedeniyle adına Ocak-Mart 2005 dönemi için re'sen salınan bir kat vergi ziyai cezalı geçici vergiyi; davacı kurumun ... lt belgesiz otogaz satışı yaptığı tespit edildiğinden, kayıt dışı hasılatının bulunup bulunmadığının belirlenmesi amacıyla yaptırılan bilirkişi incelemesi sonucu düzenlenen raporda, yevmiye defterine düşülen kayıtların dikkate alınması halinde davacının belgeli kayıtları dışında belgesiz kayıtlarının da bulunması ve defter kayıtlarına yansıtılan satışlar toplamının satılabilir otogaz stokunu teyit etmesi nedeniyle satış kayıtlarının beyannameye doğru yansıtıldığının ve kurumun geçici vergi kaybına yol açmadığının saptandığı, raporun mahkemelerince aynen benimsendiği bu durumda salınan cezalı vergide hukuka uygunluk bulunmadığı gerekçesiyle kaldıran Diyarbakır Vergi Mahkemesinin 10.5.2007 gün ve E:2006/136, K:2007/310 sayılı kararının; karara esas alınan bilirkişi raporunun varsayıma dayalı olduğu, belgeli ve belgesiz satışlar toplamının otogaz stokunu teyit etmesiyle yapılan tarhiyatın herhangi bir ilgisinin olmadığı ileri sürülerek bozulması istenmiştir.

Savunmanın Özeti : Savunma verilmemiştir.

Tetkik Hakimi : Ümit KOCATEPE

Düşüncesi : Vergi inceleme raporunda yer alan saptamalarla, bilirkişi raporundaki tespitlerin bir kısmının birbirini doğrulamaması karşısında, bilirkişi raporu irdelenmek suretiyle gerekirse ikinci bir bilirkişi raporu düzenlettirilerek karar verilmesi gerekirken, bilirkişi raporu aynen dayanak alınarak verilen karar hukuka aykırı olduğundan kararın bozulması gerektiği düşünülmüştür.

Savcı : Sevil 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 Üçüncü Dairesince işin gereği görüşülüp düşünüldü:

2577 sayılı İdari Yargılama usulü Kanununun 31'inci maddesi ile gönderme yaptığı 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 275'inci maddesinde, mahkemelerin çözümü özel veya teknik bir bilgiyi gerektiren hallerde bilirkişinin oy ve görüşünün alınmasına karar verecekleri hükmüne yer verilmiş, hakim delilleri serbestçe takdir edeceği yolundaki genel ilkeye paralel olarak, 286'ıncı maddesinde de bilirkişi raporunun hakimi bağlamayacağı öngörülmüştür.

Bu düzenlemelere göre bilirkişi incelemesine ilişkin raporlar, yargı yerlerini bağlamayan ve hükme esas alınması zorunlu olmayan takdiri delillerden olup, sözü edilen raporların yargı yerlerince titizlikle incelenmesi ve davayı sonuçlandıran yargıya hakim tarafından varılması gerekmektedir. Yargı yerlerince genel olarak raporun benimsendiği soyut anlatımıyla gerektirici nedenler gösterilmeksizin karara aynen dayanak yapılması yargılama hukukuna uygun düşmemektedir.

Tarhiyatın dayanağı vergi inceleme raporunda, kurulan kaydi envanter dengesi neticesinde ... lt belgesiz otogaz satışının; şirket yetkilisinin, iş yerinde çalışan işçilerin yoğunluk nedeniyle fatura kesmeyi unutmuş olabilecekleri ve satış sırasında % 2 fire olduğu yönündeki ifadesi, dönem içinde yapılmış olan ... lt otogaz alışı, 2004 yılı dönem sonu mevcudu ile 27.1.2005 tarihli mevcudunun da dikkate alınmak suretiyle belirlendiği ve

davacının ilgili döneme ait gelir tablosu oluşturulurken bu hususların göz önünde bulundurulduğu anlaşılmaktadır.

Yaptırılan bilirkişi incelemesi sonucu düzenlenen raporda ise, otogaz alış miktarı ... lt bulunmuş, satılabilir otogaz miktarının hesabı yapılırken oluşturulan tabloda, diğer unsurların litre olarak dikkate alınmasına karşın alışların "miktarı" yerine, Türk Lirası olarak "tutarının" yazıldığı görülmüştür.

Ayrıca bilirkişi raporunda, inceleme elemanınca mükellefin sadece belgeleri üzerinde inceleme yapıldığı, oysa yevmiye defteri incelendiğinde, sayaç raporlarına dayanılarak yapılan belgesiz kayıtların bulunduğu, söz konusu kayıtların onar günlük düzenlendiği, 1.1.2005-10.1.2005 tarihleri arasındaki satışlar için ... lt, 11.1.2005-20.1.2005 tarihleri arasındaki satışlar için de ... lt satış kaydı yapıldığının anlaşıldığı, 31.1.2005 tarih ve 006 yevmiye numarasıyla kaydedilen ... litrelik satışın ne kadarının 21.1.2005-27.1.2005 tarihleri arasında yapıldığının kesin olarak saptanmasının mümkün olmadığı belirtilerek ... litresinin bu tarihler arasında satışının gerçekleştirildiğinin kabulü ile belgeli ve belgesiz satışların satılabilir otogaz stok miktarını doğruladığı sonucuna varılmıştır.

Vergi mahkemesince, bilirkişi raporu dayanak alınarak, belgeli ve belgesiz otogaz satışları toplamının satılabilir otogaz stokunu teyit etmesi nedeniyle matrah farkı doğmadığı dolayısıyla salınan cezalı vergide hukuka uygunluk bulunmadığı sonucuna varılmış ise de; vergi inceleme raporunda, dönem içi otogaz alış miktarının ... lt, belgeli satılan miktarının ... lt, satılması gereken miktarının ise ... lt olarak envanter tablosuna yansıtılmasına karşın, bilirkişi raporunda bu miktarların sırasıyla, ... lt, ... lt ve ... lt olarak belirlenmiş olduğundan bu çelişkili durum giderilmeksizin ve vergi dairesi müdürlüğünün, bilirkişi raporunda, yevmiye defterinin incelenmesi sonucunda sayaç raporlarına dayanılarak yapıldığı ifade edilen kayıtların belgesiz olarak satılan otogaz miktarıyla ilişkisinin belirsiz olduğu, hesaplamaların sağlıklı olmadığı, belgeli ve belgesiz satışlar toplamının satılabilir otogaz stokunu teyit etmesinin yapılan tarhiyatla bir ilgisinin bulunmadığı yolundaki vergilendirmeyi etkileyici nitelikteki itirazları karşılanmaksızın hükme varıldığı anlaşılmış olup, değinilen tüm bu hususlar dikkate alınarak ve gerekirse ikinci bir bilirkişi raporu düzenlettirilmek suretiyle karar verilmesi gerekirken yazılı gerekçeyle verilen kararda hukuka uygunluk görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle, temyiz isteminin kabulü ile Diyarbakır Vergi Mahkemesinin 10.5.2007 gün ve E:2006/136, K:2007/310 sayılı kararın 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, 23.9.2008 gününde oybirliğiyle karar verildi.

T.C.
DANIŞTAY
Üçüncü Daire

Esas No : 2007/1579

Karar No : 2008/2822

Özeti : Dilekçe ret kararı üzerine, davacı tarafından "dava dilekçesine ek beyanlardır" açıklaması ile verdiği dilekçenin, davanın yenilenmesine ilişkin bir dilekçe olduğu sonucuna varıldığından, vergi mahkemesince süresinde yenilenmediği gerekçesiyle davanın reddedilmesinin, hukuka uygun görülmediği hakkında.

Temyiz Eden : ...Tekstil Yayıncılık Hayvancılık Sanayi ve Ticaret Limited Şirketi

Karşı Taraf : Vergi Dairesi Müdürlüğü

İstemin Özeti : Davacı şirket adına 2002 takvim yılı için re'sen salınan vergi ziyaı cezalı kurumlar vergisi ve fon payı, geçici vergi üzerinden kesilen vergi ziyaı cezası ve ayrıca kesilen özel usulsüzlük cezasına karşı açılan davayı; 1.8.2006 tarihinde tebliğ edilen dava konusu tarhiyata ilişkin ihbarnamelere karşı 31.8.2006 tarihinde mahkeme kaydına giren dilekçeyle açılan davada Mahkemelerince dilekçenin reddine karar verildiği ve kararın davacıya 21.9.2006 tarihinde tebliğ edildiği, bu tarihten itibaren otuz gün içinde dilekçenin yenilenmesi gerekirken 1.12.2006 tarihinde yenilenen dilekçe ile açılan davada süre aşımı bulunduğu gerekçesiyle reddeden Zonguldak Vergi Mahkemesinin 6.2.2007 gün ve E:2006/1073, K:2007/35 sayılı kararının; davanın süresinde açıldığı ileri sürülerek bozulması istenmiştir.

Savunmanın Özeti : Temyiz isteminin reddi gerektiği savunulmuştur.

Tetkik Hakimi : Sibel KORUCU

Düşüncesi : Dosyada bulunan 26.10.2006 günlü dilekçenin "dilekçe ret" kararı üzerine verilen bir yenileme dilekçesi olduğu anlaşıldığından, vergi mahkemesince bu dilekçe, davacı iddiaları ve dosyada bulunan ihbarnamelerle birlikte değerlendirilerek yeniden karar verilmek üzere kararın bozulması gerektiği düşünülmektedir.

Savcı : Sevil 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 Üçüncü Dairesince işin gereği görüşülüp düşünüldü:

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 15'nci maddesinin birinci fıkrasının (d) bendinde dilekçelerde Yasanın 3 ve 5'inci maddelerine aykırılık görüldüğünde otuz gün içinde değişilen maddelere uygun şekilde yeniden düzenlenmek ve noksanlıkları tamamlanmak üzere dilekçelerin reddine karar verileceği, maddenin 5'inci fıkrasında, 1'inci fıkranın (d) bendine göre dilekçenin reddedilmesi üzerine yeniden verilecek dilekçelerde aynı yanlışlıklar yapıldığı takdirde davanın reddine karar verileceği kurala bağlanmıştır.

Davacı tarafından, 31.8.2006 tarihinde Karadeniz Ereğli Asliye Hukuk Mahkemesi kaydına giren dilekçe ile açılan davada, Zonguldak Vergi Mahkemesince davanın konusu ve istem tam olarak açıklanarak, maddi ve hukuki dayanakları farklı olan kurumlar vergisi ve katma değer vergisine karşı ayrı ayrı dilekçelerle dava açılmak üzere 12.9.2006 gün ve E:2006/848, K:2006/1056 sayılı kararla dilekçenin reddine karar verildiği, davacının bu kararın tebliği üzerine "anlaşılamayan dava dilekçemize ek beyanlarımızın sunulmasıdır" ve "dava dilekçesinde yer alan beyanlarımızın tam anlaşılamadığı gerekçesiyle mahkemenizin istemiş olduğu ek beyanlarımız" açıklamalarını içeren 26.10.2006 günlü dilekçeyi dosyaya sunduğu, Zonguldak Vergi Mahkemesi Başkanlığınca, söz konusu dilekçenin "dilekçe ret" kararı nedeniyle düzenlenmediği sonucuna varıldığından, dava ile ilgili ek beyanları içerdiği görülen bu dilekçe üzerine işlem yapılmayacağı, kararda belirtilen eksiklikler tamamlanarak yeni bir dilekçe ile dava açılması gerektiğinin davacıya bildirilmesine ilişkin 2.10.2006 gün ve 2006/848 sayılı yazının 7.11.2006 tarihinde tebliği nedeniyle davacı tarafından düzenlenen yeni bir dilekçenin 1.12.2006 tarihinde dosyaya sunulduğu anlaşılmaktadır.

Bu kez, vergi mahkemesi tarafından, "dilekçe ret" kararının tebliği üzerine 1.12.2006 günlü dilekçe ile açılan davada süre aşımı bulunduğu gerekçesiyle dava reddedilmiştir.

İncelenen dosyadan, 26.10.2006 günlü dilekçenin, "dilekçe ret" kararı üzerine süresinde verilen bir yenileme dilekçesi olduğu sonucuna ulaşıldığından, vergi mahkemesince, davanın süresinde yenilenmediği gerekçesiyle reddi yolunda verilen karar hukuka uygun düşmemiştir.

Açıklanan nedenlerle temyiz isteminin kabulü ile Zonguldak Vergi Mahkemesinin 6.2.2007 gün ve E:2006/1073, K:2007/35 sayılı kararının bozulmasına, yargılama giderlerinin yeniden verilecek kararda karşılanması gerektiğine 23.9.2008 gününde oybirliğiyle karar verildi.

DÖRDÜNCÜ DAİRE KARARLARI

DIŞ EKONOMİK İLİŞKİLER

T.C.
DANIŞTAY
Dördüncü Daire
Esas No : 2007/4836
Karar No : 2008/2182

Özeti : 3218 sayılı Yasa'nın 6 ncı maddesinde, 5084 sayılı Kanun'la yapılan değişiklikte serbest bölgelerde sadece gümrük ve kambiyo mükellefiyetine dair mevzuat hükümlerinin uygulanamayacağı hükme bağlanmış ise de, geçici 3 üncü madde ile bu bölgelerde yapılan faaliyetler nedeniyle elde edilen kazançların da, faaliyet ruhsatlarında belirtilen süre ile sınırlı olmak üzere gelir ve kurumlar vergisinden müstesna olduğu belirtilmekle, istisnanın faaliyet ruhsatının süresi ile sınırlandırıldığı geçici 3 üncü maddenin yürürlüğe girdiği 6.2.2004 tarihinden önce serbest bölgede faaliyet göstermek için ruhsat almış bulunan ve aksi yönde bir belge ve iddia bulunmayan davacı şirketin, bu bölgede elde ettiği kazancını değerlendirmesi sonucu ortaya çıkan faiz gelirinin, faaliyet ruhsatında belirtilen süre ile sınırlı olmak üzere istisna kapsamında olduğu hakkında.

Temyiz Eden : ... Serbest Bölge Kurucu ve İşleticisi A.Ş.

Karşı Taraf : Bakırköy Vergi Dairesi Müdürlüğü

İstemin Özeti : Davacının nakit kaynaklarını bankalarda değerlendirmesi ve ilişkide bulunduğu kişilere kullandırması sonucu elde ettiği faiz gelirlerinin serbest bölgede faaliyet göstermesi nedeniyle istisna kapsamında bulunduğu belirtilerek ihtirazi kayıtlı verilen beyanname üzerine 2006/10-12 nci dönemi için tahakkuk ettirilen geçici verginin ret ve iadesi istemiyle dava açılmıştır. İstanbul 4. Vergi Mahkemesi 10.7.2007 günlü ve E:2007/488, K:2007/1715 sayılı kararıyla; 3218 sayılı Serbest Bölgeler Kanunu'nun geçici 3 üncü maddesinde, bu maddenin yürürlüğe girdiği tarih itibarıyla bu Kanuna göre kurulan serbest bölgelerde faaliyette bulunmak üzere ruhsat almış mükelleflerin, bu bölgelerde gerçekleştirdikleri faaliyetler dolayısıyla elde ettikleri gelirlerinin faaliyet ruhsatlarında yer alan sürelerle münhasır olmak üzere, ilgisine göre gelir veya kurumlar vergisinden müstesna olduğu hükmüne yer verildiği, serbest bölgede faaliyette bulunan davacı tarafından elde edilen faiz, repo ve kur farkı gelirinin; 3218 sayılı Serbest Bölgeler Kanunu'nun 1 inci maddesinde belirtilen; ihracat için yatırım ve üretimin artırılması, yabancı sermaye ve teknoloji girişinin hızlandırılması ekonominin girdi ihtiyacının ucuz ve düzenli şekilde temin edilmesi amacına uygun şekilde yürütülen ve serbest bölgelerde faaliyette bulunmaya ilişkin ruhsat kapsamında yapılan bir faaliyet sonucu elde edilmiş bir gelir olmadığı sonucuna ulaşıldığından yapılan tahakkukta yasaya aykırılık görülmediği gerekçesiyle davanın reddine karar vermiştir. Davacı, yapılan tahakkukun yasal olmadığını ileri sürerek kararın bozulmasını istemektedir.

Savunmanın Özeti : Temyiz isteminin reddi gerektiği savunulmuştur.

Tetkik Hakimi Hayrettin Korucu'nun Düşüncesi : 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 kararının onanmasının uygun olacağı düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Dördüncü Dairesince gereği görüldü:

Davacının nakit kaynaklarını bankalarda değerlendirmesi ve ilişkide bulunduğu kişilere kullandırması sonucu elde ettiği faiz gelirlerinin serbest bölgede faaliyet göstermesi nedeniyle istisna kapsamında bulunduğu belirtilerek ihtirazi kayıtlı verilen beyanname üzerine 2006/4 üncü dönemi için tahakkuk ettirilen geçici verginin ret ve iadesi istemiyle açılan davayı reddeden Vergi Mahkemesi kararının temyizen incelenerek bozulması istenilmektedir.

3218 sayılı Serbest Bölgeler Kanunu'nun muafiyet ve teşvikler başlıklı 6 ncı maddesinin serbest bölgelerde vergi, resim, harç, gümrük ve kambiyo mükellefiyetlerine dair mevzuat hükümlerinin uygulanmayacağına ilişkin hükmü, 6.2.2004 günlü ve 25365 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan 5084 sayılı Kanun'un 8 inci maddesi ile değiştirilerek, serbest bölgelerin gümrük bölgesi dışında sayılacağı, bu bölgelerde gümrük ve kambiyo mükellefiyetine dair mevzuat hükümlerinin uygulanamayacağı hükmüne yer verilmiş, aynı Kanuna 5084 sayılı Kanunun 9 uncu maddesiyle eklenen geçici 3 üncü maddesinin 1 inci fıkrasının (a) bendinde, bu maddenin yürürlüğe girdiği tarih itibarıyla bu Kanuna göre kurulan serbest bölgelerde faaliyette bulunmak üzere ruhsat almış mükelleflerin, bu bölgelerde gerçekleştirdikleri faaliyetleri dolayısıyla elde ettikleri kazançlarının, bu maddenin yürürlüğe girdiği tarih itibarıyla faaliyet ruhsatlarında belirtilen süre ile sınırlı olmak üzere gelir ve kurumlar vergisinden müstesna olduğu hükmüne bağlanmıştır.

3218 sayılı Serbest Bölgeler Kanununda 5084 sayılı Yatırımların ve İstihdamın Teşviki ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun ile yapılan düzenlemelere ilişkin açıklamalar getirmek üzere Maliye Bakanlığı tarafından yayımlanan 85 seri no'lu Kurumlar Vergisi Genel Tebliğinin 2.1.1 inci maddesinin 1 inci fıkrasında, istisnanın, sadece faaliyet ruhsatlarında belirtilen süre ile sınırlı olmak üzere serbest bölgelerde yürütülen faaliyetlerden elde edilen kazançlara ilişkin olduğu, dolayısıyla, serbest bölgelerde şubesi bulunan mükellefler ile işyeri, kanuni ya da iş merkezi serbest bölgelerde olan mükelleflerin, bölgeler dışında yürüttükleri faaliyetlerden elde ettikleri kazançların istisna kapsamında olmadığı ifade edilmiş, aynı maddenin 2 nci fıkrasında da: "Diğer taraftan, sözü edilen istisna serbest bölgelerde yürütülen faaliyetlerden elde edilen kazançlara ilişkin olduğundan, serbest bölgelerde elde edilmiş olsa dahi faiz, repo ve benzeri faaliyet dışı gelirlere teşmil edilmesi mümkün değildir. Bununla birlikte, serbest bölgelerde yürütülen faaliyetlerden doğan alacaklara ilişkin kur farkı ve vade farkı gelirleri istisna kapsamında değerlendirilecektir." şeklinde düzenleme getirilmiştir.

21.6.2006 gün ve 26250 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan 5520 sayılı Kurumlar Vergisi Kanunu'nun 6 ncı maddesinde, kurumlar vergisinin, mükelleflerin bir hesap dönemi içinde elde ettikleri safi kurum kazancı üzerinden hesaplanacağı, safi kurum kazancının tespitinde Gelir Vergisi Kanununun ticari kazanç hakkındaki hükümlerinin uygulanacağı belirtilmiştir. Gelir Vergisi Kanununun 37 nci maddesinde "ticari kazanç", her türlü ticari ve sınai faaliyetlerden doğan kazançlar olarak tanımlanmıştır. Kanunun 38 inci maddesinde bilanço esasına göre, 39 uncu maddesinde ise işletme hesabı esasına göre ticari kazancın

nasıl tespit edileceği açıklanmış olup, belirtilen maddelerde gelir türleri açısından bir ayrıma gidilmemiştir. Yine aynı Kanunun 75 inci maddesinin ikinci fıkrasının 7 numaralı bendine göre mevduat faizleri, menkul sermaye iradı olarak nitelendirilmiş olup, maddenin son fıkrasında "Yukarıda yazılı iratlar, bunları sağlayan sermaye sahibinin ticari faaliyetine bağlı bulunduğu takdirde, ticari kazancın tespitinde nazara alınır" denilmektedir.

Bütün bu maddeler birlikte değerlendirildiğinde, yasa koyucunun kurumlar vergisi mükelleflerinin her türlü kazancını ticari kazanç niteliğinde kabul ettiği sonucuna varılmaktadır. Esasen bu gelirlerin bir kısmının menkul sermaye iradı olarak elde edilmesi, bu iradın elde eden kişiye göre ticari kazanç sayılması ve esas faaliyetin ayrılmaz bir unsuru olması vasfını değiştirmemektedir. Sermayenin veya nakitlerin değerlendirilmesi ekonomik ve ticari hayatın bir gereği olup, bu gelirlerin ticari faaliyetin kapsamı dışında düşünülmesi mümkün değildir. Nitekim, 3218 sayılı Kanunda da kurumlar vergisi istisnasından yararlanma şartları belirtilmiş olup, Kanunda, elde edilen gelirlerin niteliği açısından bir ayrıma gidilmemiştir.

3218 sayılı Yasanın 6 ncı maddesinde 5084 sayılı Kanunla yapılan değişiklikle serbest belgelerde sadece gümrük ve kambiyo mükellefiyetine dair mevzuat hükümlerinin uygulanamayacağı hükmüne bağlanmış ise de, geçici 3 üncü madde ile bu bölgelerde yapılan faaliyetler nedeniyle elde edilen kazançların da faaliyet ruhsatlarında belirtilen süre ile sınırlı olmak üzere gelir ve kurumlar vergisinden müstesna olduğu belirtilmekle, istisna faaliyet ruhsatının süresi ile sınırlandırılmıştır. Geçici 3 üncü maddenin yürürlüğe girdiği 6.2.2004 tarihinden önce serbest bölgede faaliyet göstermek için ruhsat almış bulunan ve aksi yönde bir belge ve iddia bulunmayan davacı şirketin bu bölgede elde ettiği kazancını değerlendirmesi sonucu ortaya çıkan faiz geliri faaliyet ruhsatında belirtilen süre ile sınırlı olmak üzere istisna kapsamındadır.

Bu durumda, 85 seri No'lu Genel Tebliğin 2.1.1 inci maddesinin ikinci fıkrasıyla getirilen, kurumların ticari kazançlarının bir unsuru olan faiz gelirlerinin ana faaliyet konusu işlerden elde ettikleri ticari kazanç kapsamında olmadığı şeklindeki düzenleme ile 3218 sayılı Kanunda öngörülmemeyen bir sınırlama getirilmiştir. Kaldığı, Danıştay Dördüncü Dairesinin 26.12.2006 günlü ve E:2005/1890, K:2006/3186 sayılı kararıyla anılan tebliğin 2.1.1 inci maddesinin 2 nci fıkrası iptal edilmiştir. Bu nedenle Yasaya aykırı olarak tahakkuk ettirilen verginin kaldırılması istemiyle açılan davayı, söz konusu gelirin istisnaya tabi olmadığını belirterek reddeden Mahkeme kararında hukuka uyarlık görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle, temyiz isteminin kabulüyle İstanbul 4. Vergi Mahkemesinin 10.7.2007 günlü ve E:2007/488, K:2007/1715 sayılı kararının bozulmasına bankalardan elde edilen faiz geliri yönünden oybirliğiyle, ilişkide bulunulan kişilerden elde edilen faiz geliri yönünden oyçokluğuyla 4.6.2008 gününde karar verildi.

KARŞI OY

Davacının ilişkide bulunduğu kişilere borç vermesi sonucu tahakkuk ettirdiği faiz gelirlerine ilişkin temyiz istemi yerinde ve kararın bu kısmının bozulmasını sağlayacak nitelikte bulunmadığından bu kısma ilişkin temyiz isteminin reddi gerektiği görüşüyle kararın bu kısmına karşıyım.

GELİR VERGİSİ

T.C.
DANIŞTAY
Dördüncü Daire
Esas No : 2007/1951
Karar No : 2008/2385

Özeti : Davacının iş akdinin feshi üzerine açtığı davanın lehine sonuçlanması nedeniyle, hükmedilen tazminat ücret niteliği taşımadığından, vergiye tabi tutulmaması gerektiği hakkında.

Temyiz Eden : Cumhuriyet Vergi Dairesi Müdürlüğü

Karşı Taraf : ...

Vekili : Av. ...

İstemin Özeti : Davacının iş aktifinin feshi üzerine açtığı davanın lehine sonuçlanması nedeniyle hükmedilen tazminat üzerinden kesilen gelir vergisinin yasal faiziyle iadesi istemiyle dava açılmıştır. Ankara 4.Vergi Mahkemesi 2.2.2007 günlü ve E:2006/1587, K:2007/258 sayılı kararıyla, davacıya yapılan ödemenin, Mahkeme kararına göre ödenen bir tazminat olduğu ve ücret ödemesi niteliği taşımadığından vergiye tabi tutulmaması gerektiği, gerek 213 sayılı Vergi Usul Kanununda, gerek diğer vergi kanunlarında Danıştay veya vergi mahkemeleri tarafından vergilerin yükümlülere iadesine hükmedilmesi halinde yükümlü lehine faize hükmedileceğine dair bir düzenleme bulunmadığından yasal faiz uygulama olanağı bulunmadığı gerekçesiyle ödenen verginin iadesine, faize ilişkin davanın ise reddine karar vermiştir. Davalı İdare, kararın hukuka aykırı olduğunu ileri sürerek bozulmasını istemektedir.

Savunmanın Özeti : Yasal dayanaktan yoksun bulunan temyiz isteminin reddi gerektiği savunulmuştur.

Tetkik Hakimi M.Volkan Uluçay'ın Düşüncesi : Temyiz dilekçesinde öne sürülen hususlar, temyize konu mahkeme kararının bozulmasını sağlayacak nitelikte 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 kararının onanmasının uygun olacağı düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Dördüncü Dairesince gereği görüldü:

Temyiz dilekçesinde ileri sürülen iddialar, bozulması istenilen kararın dayandığı gerekçeler karşısında, yerinde ve kararın bozulmasını sağlayacak durumda görülmemiştir.

Bu nedenle, temyiz isteminin reddine, Ankara 4.Vergi Mahkemesinin 2.2.2007 günlü ve E:2006/1587, K:2007/258 sayılı kararının onanmasına 13.6.2008 gününde oybirliğiyle karar verildi.

T.C.
DANIŞTAY
Dördüncü Daire
Esas No : 2007/5979
Karar No : 2008/3576

Özeti : Özel iletişim vergisinin, kazancın tespitinde gider olarak indirilmesine olanak bulunmadığı hakkında.

Temyiz Eden : Marmara Kurumlar Vergi Dairesi Müdürlüğü

Karşı Taraf : ... Sanayi ve Ticaret Anonim Şirketi

İstemin Özeti : Davacı kurum 2005 yılı kurumlar vergisi beyannamesini ödediği özel iletişim vergisinin gider olarak indirilebilmesi ihtirazi kaydıyla vererek fazladan ödenen verginin iadesi istemiyle dava açmıştır. İstanbul 5. Vergi Mahkemesi 28.6.2007 günlü ve E:2006/1392, K:2007/1502 sayılı kararıyla; 6802 sayılı Gider Vergileri Kanunu'nun 39 uncu maddesinde özel iletişim vergisinin düzenlendiği, Gelir Vergisi Kanunu'nun 40 ıncı maddesinin 6 ncı bendinde ise işletme ile ilgili olmak kaydıyla gider vergilerinin matrahtan indirilebileceğinin belirtildiği, davacının 6802 sayılı Kanunun 39 uncu maddesinde belirtilen verginin mükellefi olan telekomünikasyon işletmecisi olmadığı, anılan maddeye göre özel iletişim vergisinin ancak bu verginin mükellefleri tarafından gider kaydedilemeyeceği, telekomünikasyon işletmecisi olmayan davacı şirketin ise ödediği vergileri safi kurum kazancının tespitinde indirim konusu yapmasına hukuki bir engel bulunmadığı gerekçesiyle tahakkuk eden verginin kaldırılmasına ve ödenen kısmın iadesine karar vermiştir. Davalı İdare, özel iletişim vergisinin kurum kazancının tespitinde gider olarak kabul edilemeyeceğini ileri sürerek kararın bozulmasını istemektedir.

Savunmanın Özeti: Temyiz isteminin reddi gerektiği yolundadır.

Tetkik Hakimi Mustafa Bahtiyar'ın Düşüncesi : 6802 sayılı Gider Vergileri Kanunu'nun 39 uncu maddesine göre özel iletişim vergisinin gelir ve kurumlar vergisi uygulamasında gider olarak kaydedilmesine olanak bulunmadığından, Mahkeme kararının bozulması gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı İbrahim Erdoğan'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 Dördüncü Dairesince gereği görüldü:

Ödenen özel iletişim vergilerinin gider olarak indirilmesi gerektiği ihtirazi kaydıyla verilen 2005 yılı kurumlar vergisi beyannamesi üzerinden tahakkuk eden verginin kaldırılmasına ve ödenen kısmın iadesine karar veren Mahkeme kararının temyizen incelenerek bozulması istenilmektedir.

İhtilafli dönemde yürürlükte bulunan 5422 sayılı Kurumlar Vergisi Kanunu'nun 13 üncü maddesinde, safi kurum kazancının tespitinde Gelir Vergisi Kanunu'nun ticari kazanç hakkındaki hükümlerinin uygulanacağı belirtilmiş, Gelir Vergisi Kanunu'nun "indirilecek giderler" başlıklı 40 ıncı maddesinin birinci fıkrasının 6 numaralı bendinde "İşletme ile ilgili olmak şartıyla; bina,arazi, gider, istihlak, damga,belediye vergileri, harçlar ve kaydiyeler gibi aynı vergi, resim ve harçlar" ın safi kazancın tespitinde gider olarak indirilebileceği hüküm altına alınmıştır.

4481 sayılı Kanunla getirilen "özel iletişim vergisi" nin uygulama süresi 4605 ve 4783 sayılı kanunlarla uzatılmış, 5035 sayılı kanun ile 6802 sayılı Gider Vergileri Kanunu'nun 39 uncu maddesine eklenerek daimi vergi haline getirilmiştir. 6802 sayılı Gider Vergileri Kanunu'nun 5228 sayılı Kanunla değişik "Özel İletişim Vergisi" başlıklı 39 uncu maddesinde " 406 sayılı Telgraf ve Telefon Kanunu uyarınca Telekomünikasyon kurumuyla görev veya imtiyaz sözleşmesi imzalamak veya bu Kurumdan ruhsat veya genel izin almak suretiyle telekomünikasyon alt yapısı kurup işleten veya telekomünikasyon hizmeti sunan işletmecilerin (kablo tv altyapısı üzerinden teknik olarak verilebilecek her türlü hizmetleri dışında, görev sözleşmesi ile ulusal egemenlik kapsamındaki uydu yörünge pozisyonlarının hakları, yönetimi ve işletme yetkisine sahip olanlar hariç);

a) Her nevi mobil telekomünikasyon işletmeciliği kapsamındaki (ön ödemeli kart satışları dahil) tesis,devir,nakil ve haberleşme hizmetleri %25,

b) Radyo ve televizyon yayınlarının uydu platformu ve kablo ortamından iletilmesine ilişkin hizmetleri %15,

c) (a) ve (b) bentleri kapsamına girmeyen diğer telekomünikasyon hizmetleri %15, oranında özel iletişim vergisine tabidir. Bakanlar Kurulu %25 oranını %10'a,%15 oranlarını ise ayrı ayrı veya birlikte %5'e kadar indirmeye ve bu oranları kanuni oranlarına kadar artırmaya yetkilidir. Mobil telefon aboneliğinin ilk tesisinde (operatör değişiklikleri hariç) yirmimilyon lira ayrıca özel iletişim vergisi alınır. Bu tutar, her yıl bir önceki yıla ilişkin olarak 213 sayılı Vergi Usul Kanunu hükümlerine göre belirlenen yeniden değerlendirme oranında artırılmak suretiyle uygulanır. Hesaplanan tutarın yüzde beşini aşmayan kesirler dikkate alınmaz. Bakanlar Kurulu, bu şekilde tespit edilen tutarı %50'sine kadar artırmaya veya yarısına kadar indirmeye yetkilidir. Verginin mükellefi; birinci fıkrada sayılan telekomünikasyon hizmetlerini sunan işletmecilerdir. Verginin matrahı, katma değer vergisi matrahını oluşturan unsurlardan teşekkül eder. Bir aya ait özel iletişim vergisi, izleyen ayın onbeşinci günü akşamına kadar beyan edilerek aynı süre içinde ödenir. Bu verginin beyan ve ödenmesine ilişkin olarak 47 ve 48 inci madde hükümleri uygulanmaz. Bu maddede hüküm bulunmayan hallerde, 3065 sayılı Katma Değer Vergisi Kanunu hükümleri uygulanır. Telekomünikasyon işletmecilerinin; imtiyaz ve görev sözleşmeleri, ruhsatlar veya genel izinler uyarınca Hazineye ödeyecekleri payın hesaplanmasında özel iletişim vergisi dikkate alınmaz. Özel İletişim vergisi, düzenlenecek faturalarda ayrıca gösterilir. Bu vergi, katma değer vergisi matrahına dahil edilmez, gelir ve kurumlar vergisi uygulamasında gider kaydedilmez ve hiçbir vergiden mahsup edilmez. Tahsil edilen vergiden, 2.2.1981 tarihli ve 2380 sayılı Kanun ile (5281 sayılı Kanunun 43/6-a maddesiyle değişen ibare.Yürürlük;31.12.2004) 10.7.2004 tarihli ve 5216 sayılı Kanuna göre mahalli idarelere pay verilmez. Bu vergiye ilişkin usul ve esaslar verilmesi gereken beyannamelerin şekil, muhteva ve eklerini belirlemeye Maliye Bakanlığı yetkilidir. " denilmektedir.

Anılan maddenin dördüncü fıkrasında, bu verginin mükellefinin birinci fıkrada sayılan telekomünikasyon hizmetlerini sunan işletmeciler olduğu belirtilmiştir. Maddenin altıncı fıkrasında ise " bu verginin.....gelir ve kurumlar vergisi uygulamasında gider kaydedilemeyeceği...." hükme bağlanmıştır.

Gelir Vergisi Kanunu'nun 40 ıncı maddesinin birinci fıkrasının 6 numaralı bendine göre safi kurum kazancının tespitinde "genel kural" işletme ile ilgili olmak şartıyla gider vergilerinin indirilmesi olmakla birlikte, Gider Vergileri Kanunu'nun 39 uncu maddesinin altıncı fıkrasında 4481 sayılı Kanundakine paralel şekilde "özel hüküm" olarak, "özel iletişim vergisinin gelir ve kurumlar vergisi uygulamasında gider kaydedilemeyeceği" hükmüne yer verilmiştir. Vergi Mahkemesince, anılan hükmün sadece bu verginin mükellefi olan telekomünikasyon işletmecileri yönünden geçerli olduğu, bu işletmeciler dışındaki mükelleflerin bu vergileri gider olarak indirebilecekleri gerekçesiyle tahakkukun kaldırılmasına karar verilmiş ise de, özel iletişim vergisinin mükellefinin telekomünikasyon işletmecileri olduğu hususu ihtilafsız olup, madde metninde gider kaydedilmeme hususunun bu verginin

mükellefleriyle ilgili olduğu konusunda hiçbir belirleme bulunmamaktadır. Sadece vergiyi tahsil edip vergi dairesine yatırmakla mükellef olan bu işletmecilerin, kendi mameleklerinden ödemedikleri bir vergiyi gider olarak indirim konusu yapmalarına hukuken olanak bulunmadığından, anılan kısıtlamanın vergiyi ödeyen ve nihai yüklenici olan mükellefler açısından getirildiği açıktır.

Bu durumda, 6802 sayılı Kanun'un 39 uncu maddesinin altıncı fıkrası gereğince, özel iletişim vergilerinin kazancın tespitinde gider olarak indirilmesine olanak bulunmadığından, tahakkukun kaldırılmasına ilişkin Mahkeme kararında hukuka uyarlık görülmemiştir.

Bu nedenle, temyiz isteminin kabulüyle, İstanbul 5. Vergi Mahkemesinin 28.6.2007 günlü ve E:2006/1392, K:2007/1502 sayılı kararının bozulmasına 14.10.2008 gününde oybirliğiyle karar verildi.

T.C.

DANIŞTAY

Dördüncü Daire

Esas No : 2006/3851

Karar No : 2008/4299

Özeti : Serbest bölgede bulunan şubenin, sadece ana merkezle alım satım faaliyetinde bulunması halinde, bu şubeden elde edilen kazancın, kurumlar vergisinden müstesna tutulamayacağı hakkında.

Kararın Düzeltilmesini İsteyen : Anadolu Kurumlar Vergi Dairesi Müdürlüğü

Karşı Taraf : ... Boya ve Kimya Sanayi Anonim Şirketi

Vekili : Av. ...

İstemin Özeti : Davacı adına 1999 yılı için ikmalen kurumlar vergisi salınıp, fon payı hesaplanmış, vergi ziyai cezası kesilmiştir. İstanbul 8. Vergi Mahkemesi, tarhiyatın kaldırılmasına karar vermiştir. Davalı İdarenin temyiz istemi Danıştay Dördüncü Dairesinin 23.2.2006 günlü ve E:2005/1467,K:2006/296 sayılı kararıyla reddedilmiştir. Vergi Dairesi Müdürlüğü yapılan tarhiyatın hukuka uygun olduğunu ileri sürerek kararın düzeltilmesini istemektedir.

Savunmanın Özeti : İstemin reddi gerektiği yolundadır.

Tetkik Hakimi Mustafa Bahtiyar'ın Düşüncesi : Kararın düzeltilmesi istemini içeren dilekçede öne sürülen hususlar, kararın düzeltilmesini sağlayacak nitelikte bulunmadığından istemin reddi gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı İbrahim Erdoğan'ın Düşüncesi : Kararın düzeltilmesi dilekçesinde ileri sürülen hususlar, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 54 üncü maddesinde yazılı nedenlerden hiçbirisine uymadığından istemin reddi gerekeceği düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Dördüncü Dairesince gereği görüldü:

Kararın düzeltilmesi dilekçesinde ileri sürülen nedenler kararın düzeltilmesini gerektirecek nitelikte görüldüğünden, Danıştay Dördüncü Dairesinin 23.2.2006 günlü ve E:2005/1467, K:2006/296 sayılı kararının kaldırılmasına karar verilerek, İstanbul 8. Vergi Mahkemesinin 27.4.2005 günlü ve E:2004/2004, K:2005/927 sayılı kararına yöneltilen temyiz başvurusu yeniden incelendi:

3218 sayılı Serbest Bölgeler Kanunu'nun "Amaç ve Kapsam" başlıklı 1 nci maddesinde, bu Kanunun Türkiye'de ihracat için yatırım ve üretimi artırmak, yabancı sermaye ve teknoloji girişini hızlandırmak, ekonominin girdi ihtiyacını ucuz ve düzenli şekilde temin etmek, dış finansman ve ticaret imkanlarından daha fazla yararlanmak üzere, serbest bölgelerin kurulması, yer ve sınırlarının tayini, yönetimi, faaliyet konularının belirlenmesi, işletilmesi, bölgelerdeki yapı ve tesislerin teşkili ile ilgili hususları kapsayacağı, olay tarihinde yürürlükte olan, 5084 sayılı Kanunla değiştirilmeden önceki "Muafiyet ve Teşvikler" başlıklı 6 ncı maddesinde, serbest bölgelerin gümrük bölgesi dışında sayılacağı, bu bölgelerde vergi, resim, harç, gümrük ve kambiyo mükellefiyetlerine dair mevzuat hükümlerinin uygulanmayacağı, işleticiler ve kullanıcıların yatırım ve üretim safhalarında Bakanlar Kurulunca belirlenecek vergi dışı teşviklerden yararlanılabilecekleri, Türkiye'deki tam ve dar mükellef gerçek ve tüzel kişilerin serbest bölgelerdeki faaliyetleri dolayısıyla elde ettikleri kazanç ve iratların Türkiye'nin diğer yerlerine getirildiğinin kambiyo mevzuatına göre tevsiki halinde de, gelir ve kurumlar vergilerinden muaf olacakları belirtilmiştir.

Kanunun 1 nci maddesi ile Türkiye'de serbest bölgelerin hangi amaçla kurulmasının öngörüldüğü ifade edilerek, serbest bölgelerin kuruluş amacı; ihracat için yatırım ve üretimi artırmak, yabancı sermaye ve teknoloji girişini hızlandırmak, ekonominin girdi ihtiyacını ucuz ve düzenli şekilde temin etmek, dış finansman ve ticaret imkanlarından daha fazla yararlanmak olarak belirtilmiştir. 6 ncı maddede yapılan düzenlemeyle de, kurumların serbest bölgelerden elde ettikleri kazançlarını kambiyo mevzuatına göre Türkiye'ye getirdiklerinin tevsiki halinde Türkiye'de vergilendirilmemesi amaçlanmıştır. Böylece, dar ve tam mükellef gerçek ve tüzel kişilerin, serbest bölgelerdeki ticari faaliyetlerinden elde ettikleri kazançlar gelir ve kurumlar vergisinden istisna edilmiştir. Bu istisna bölgeye bağlı bir istisna olduğundan ancak bölgede faaliyet gösteren gerçek ve tüzel kişilerin elde ettikleri kazanç ve iratlara uygulanabilmektedir. Serbest Bölgede faaliyet göstermek isteyen merkezi Türkiye'de bulunan şirketler, faaliyetlerini serbest bölgede şube açarak sürdürme olanağına sahiptir. Serbest Bölgeler Müdürlüğü'nün 19.6.1998 tarih ve 9814 sayılı Genelgesiyle, Merkezi Türkiye'de bulunan ve faaliyeti devam eden müracaatçıların, Türk Ticaret Kanunu hükümleri yanında Serbest Bölgedeki faaliyetleri için ayrı muhasebe kaydı tutulması ve sermaye tahsisi şartı ile şube açabilecekleri belirtilmiştir.

Kanunun düzenleniş biçimi ve amacı dikkate alındığında, merkezi Türkiye'de bulunan bir tüzel kişiliğin serbest bölgede şube aracılığıyla gösterdiği faaliyetin amaç ve kapsamının Kanundaki düzenlemeye uygun olması gerekmektedir. Dolayısıyla, serbest bölgede kurulan şubenin amacı, ticari faaliyetleri sonucu gelir elde etmek olduğundan, bu faaliyet sonucu elde edilen kazancın, kurumlar vergisinden istisna tutulması gerekir. Serbest bölgede kurulan ve merkezi Türkiye'de olan bir şubenin sadece ana merkezle alım satım faaliyetinde bulunması halinde ise, başka kişilerden elde edilen bir ticari faaliyet gelirinden söz edilemeyecek olup, bu faaliyet, Kanunun amacına ve ruhuna aykırı bir faaliyet olacağından bu şubeden elde edilen kazancın, kurumlar vergisinden istisna tutulması hukuken mümkün değildir. Bu durumda, dava konusu tarhiyatta hukuka aykırılık bulunmayıp, vergi ziyai cezası hakkında Anayasa mahkemesinin 6.1.2005 günlü ve E:2001/3, K:2005/4 sayılı kararı dikkate alınarak yeniden bir karar verilmesi gerekmektedir.

Bu nedenle, davalı İdarenin temyiz isteminin kabulüyle, İstanbul 8. Vergi Mahkemesinin 27.4.2005 günlü ve E:2004/2004, K:2005/927 sayılı kararının bozulmasına 12.11.2008 gününde oyçokluğuyla karar verildi.

KARŞI OY

Davalı İdarenin ileri sürdüğü nedenler kararın düzeltilmesini gerektirecek nitelikte görülmediğinden, istemin reddi gerektiği görüşüyle karara karşıyım.

KAMU ALACAKLARININ TAHSİLİ

T.C.
DANIŞTAY
Dördüncü Daire
Esas No : 2007/1419
Karar No : 2008/2532

Özeti : Kanuna aykırı olarak tarh edilen vergi ve kesilen cezanın, dava açılmamak suretiyle kesinleştiğinden bahsedilmesine olanak bulunmadığından, bu durumun ödeme emrine karşı açılan davada böyle bir borcu bulunmadığı kapsamında değerlendirilmesi gerektiği hakkında.

Temyiz Eden : ... Kimya Gıda ve Tüketim Maddeleri San. ve Ticaret Ltd Şirketi
Karşı Taraf : Süleymaniye Vergi Dairesi Müdürlüğü
İstemin Özeti : Davacı adına 2000 yılı kurumlar vergisi, fon payı, vergi ziyai cezası ve gecikme faizi borçlarının tahsili amacıyla düzenlenen ödeme emrinin iptali istemiyle dava açılmıştır. İstanbul 3. Vergi Mahkemesi 14.2.2007 günlü ve E:2006/1743, K:2007/217 sayılı kararıyla; davacının süresinde vermediği beyannameler nedeniyle takdire sevk edildiği ve takdir komisyonu kararına göre tarh edilen vergi ve cezalara ait ihbarnamenin 23.9.2005 tarihinde tebliğ edildiği, bu ihbarnamelere karşı dava açılmayarak amme alacağının kesinleştiği, ileri sürülen iddiaların tarh aşamasında incelenebileceği ve 6183 sayılı Kanun'un 58 inci maddesinde sayılan itiraz sebeplerinden olmadığı, ancak vergi ziyai cezasına ilişkin Anayasa Mahkemesinin iptal kararı dikkate alındığında, gecikme faizi eklenmesine ilişkin kısımda isabet bulunmadığı gerekçesiyle vergi aslı, fon payı, gecikme faizi ve vergi ziyai cezasının bir kata kadar olan kısmına yönelik davanın reddine, gecikme faizi eklenmesinden kaynaklanan kısmın iptaline karar vermiştir. Davacı, böyle bir borcu bulunmadığını ileri sürerek kararın bozulmasını istemektedir.

Savunmanın Özeti : Cevap verilmemiştir.

Tetkik Hakimi Mustafa Bahtiyar'ın Düşüncesi : Kanuna aykırı şekilde dayanaksız olarak yapılan tarhiyat nedeniyle, amme alacağının kesinleştiğinden bahsedilemeyeceğinden, Mahkeme kararının bozulması gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı İbrahim Erdoğan'ın Düşüncesi : Uyuşmazlık, davacı kurumun vadesinde ödenmeyen 2000 yılına ait Kurumlar vergisi, fon payı ve vergi ziyai cezası ile gecikme faizinin tahsili amacıyla düzenlenip tebliğ edilen ödeme emrine karşı açılan davayı reddeden vergi mahkemesi kararının bozulması istemine ilişkindir.

Dosyada bulunan ödeme emri dayanağı belgelerin incelenmesinden davacı kurumun kurumlar vergisi beyannamesini süresinde vermediğinden re'sen takdir yolu ile yapılan cezalı tarhiyatın tebliğ edilerek ihtilafsız kesinleştiğinden ve ödenmediğinden bahisle düzenlenen ödeme emrinin dava konusu edildiği anlaşılmıştır.

Davalı idare davacı kurumun kurumlar vergisi beyannamesi vermediğinden bahisle takdir yoluyla yapılan cezalı tarhiyatı kesinleştirmek suretiyle cebri tahsil yoluyla tahsil edilmek üzere, ödeme emri düzenlenip tebliğ edilmiş ise de; davacı kurumun 2000 yılına ilişkin kurumlar vergisi beyannamesinin 11.4.2001 tarih ve 2001/920 Sıra No.lu tahakkuk fişi karşılığı verildiği dosyaya ibraz edilen kurumlar vergisi beyannamesi ve tahakkuk fişi fotokopilerinden anlaşılmaktadır.

Davacı kurum anılan dönem kurumlar vergisi beyannamesini verdiği ve tahakkuk fişini aldığı ibraz edilen belgelerden görülmekte olup, aynı dönem için davalı idarece

mükerrer tarhiyat yapılarak ihbarname tebliği suretiyle tarhiyatın kesinleştirilmiş olması, kanuni süresi içinde beyanname verilmek suretiyle yapılan tahakkuk gerçeğini ortadan kaldırmayacağından, re'sen yapılan cezalı tarhiyatın kesinleştiğinden bahisle düzenlenen ödeme emrinin hiçbir yasal dayanağı bulunmamaktadır.

Bu durumda, davacı kurum mükellefiyet bilinci içinde uyumsuzluk dönemine ilişkin kurumlar vergisi beyannamesini verip tahakkukunu aldığı, dosayaya ibraz edilen belgelerle sabit olup, beyanname verilmediğinden bahisle re'sen takdir yoluyla yapılan cezalı tarhiyatın kesinleştirilmesi sonucu düzenlenen ödeme emrinin 6183 sayılı Yasanın 58 inci maddesindeki "borcum yoktur." kapsamında değerlendirilerek iptali gerekirken, davanın reddine dair verilen mahkeme kararında yasal isabet görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle yükümlü kurum temyiz isteminin kabulü ile temyiz konusu vergi mahkemesi kararının bozulması gerekeceği düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Dördüncü Dairesince gereği görüldü:

Davacı adına 2000 yılı kurumlar vergisi, fon payı, vergi ziyai cezası ve gecikme faizi borçlarının tahsili amacıyla düzenlenen ödeme emrinin iptali istemiyle açılan davayı kısmen reddeden mahkeme kararı temyiz edilmiştir.

6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'un 55 inci maddesinde "Amme alacağını vadesinde ödemiyenlere, 7 gün içinde borçlarını ödemeleri veya mal bildiriminde bulunmaları lüzumu bir "ödeme emri" ile tebliğ olunur." denilmiş, 58 inci maddesinde ise, kendisine ödeme emri tebliğ olunan şahsın, böyle bir borcu bulunmadığı, veya kısmen ödediği veya zaman aşımına uğradığı hakkında tebliğ tarihinden itibaren 7 gün içinde dava açılabilirliği belirtilmiştir.

Diğer taraftan, 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun 30 uncu maddesinde, " Re'sen vergi tarhi, vergi matrahının tamamen veya kısmen defter, kayıt ve belgelere veya kanuni ölçülere dayanılarak tespitine imkan bulunmayan hallerde takdir komisyonları tarafından takdir edilen veya vergi incelemesi yapmaya yetkili olanlarca düzenlenmiş vergi inceleme raporlarında belirtilen matrah veya matrah kısmı üzerinden vergi tarh olunmasıdır. İnceleme raporunda bu maddeye göre belirlenen matrah veya matrah farkı re'sen takdir olunmuş sayılır." hükmü mevcuttur. Anılan maddelere göre, re'sen tarhiyat yapılabilmesi için takdir komisyonlarınca bir matrah takdir edilmiş olması veya inceleme raporunda belirlenmiş bir matrah veya matrah farkının bulunması gerekmektedir.

İncelenen dosyada, davacının ilgili yıl için beyannamelerini verdiği, Marmara Kurumlar Vergi Dairesi Müdürlüğü'nün 25.8.2005 tarih ve 164424 sayılı yazısı ile bir firmanın fatura düzenlediği kişiler arasında davacının adının da bulunduğu belirtilmesi üzerine, 6.9.2005 tarih ve 23395 sayı ile davalı İdarenin kaydına giren bu yazı dayanak gösterilmek suretiyle vergi/ceza ihbarnamesinin düzenlenip 23.9.2005 tarihinde tebliğ edildiği, daha sonra 14.11.2005 tarihli takdire sevk fişi ile davacının takdire sevk edildiği, ancak takdir işleminin sonuçlanmadığı anlaşılmaktadır.

Yukarıda açıklanan Kanun hükmü gereğince re'sen tarhiyat yapılabilmesi için, ortada tarhiyata dayanak olabilecek bir vergi inceleme raporu veya takdir komisyonu kararı bulunması gerekmekte olup, başka bir vergi dairesinin yazısı dayanak gösterilmek suretiyle re'sen tarhiyat yapılmasına hukuken olanak bulunmamaktadır. Marmara Kurumlar Vergi Dairesi Müdürlüğü'nün anılan yazısı üzerine davalı İdare tarafından 14.11.2005 tarihinde matrah takdiri için takdir komisyonuna sevk işlemi yapıldığına göre, takdir komisyonunun kararı beklemek ve takdir komisyonunca belirlenecek matrah farkı esas alınarak bir işlem yapılması gerekirken, anılan yazı dayanak gösterilmek suretiyle, yasal dayanaktan yoksun olarak yapılan tarhiyat hukuka aykırıdır. Hal böyle olunca, Kanuna aykırı olarak tarhedilen vergi ve kesilen cezanın dava açılmamak suretiyle kesinleştiğinden bahsedilmesine de olanak yoktur. Dolayısıyla, 6183 sayılı Kanun'un 58 inci maddesi kapsamında, davacının "böyle bir

borcu bulunmadığı" sonucuna varılmaktadır. Bu durumda, Kanuna aykırı olarak düzenlenen dava konusu ödeme emrinin iptali gerekirken, davanın kısmen reddine ilişkin Mahkeme kararında hukuka uyarlık görülmemiştir.

Bu nedenle, temyiz isteminin kabulüyle, İstanbul 3. Vergi Mahkemesinin 14.2.2007 günlü ve E:2006/1743, K:2007/217 sayılı kararının bozulmasına 19.6.2008 gününde oybirliğiyle karar verildi.

KATMA DEĞER VERGİSİ

T.C.
DANIŞTAY
Dördüncü Daire
Esas No : 2007/1116
Karar No : 2008/2266

Özeti : Sit alanı içerisinde kalan gayrimenkulün, mülkiyeti Hazineye ait gayrimenkulle değiştirilmesi işlemi katma değer vergisine tabi olmadığından, mevzuda hatanın sözkonusu olduğu hakkında.

Temyiz Eden : ...
Vekili : Av. ..., Av. ...
Karşı Taraf : Maliye Bakanlığı

İstemin Özeti : Davacının mülkiyetinde olup sit alanı içerisinde kalan gayrimenkulün, mülkiyeti Hazineye ait gayrimenkulle değiştirilebilmesi amacıyla 10.8.1999 tarihinde 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 Mahkemesinin 30.9.2004 günlü ve E:2004/432, K:2004/362 sayılı kararıyla; 3065 sayılı Katma Değer Vergisi Kanunu'nun 1/3-d maddesinde "Müzayede mahallelerinde ve gümrük depolarında yapılan satışların" katma değer vergisine tabi teslim ve hizmetlerden olduğunun hükme bağlandığı, incelenen davada; mülkiyeti davacıya ait olup, sit alanı içerisinde kalan taşınmazlar için 2863 sayılı Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu'nun 15 inci maddesine dayanılarak çıkarılan Kesin İnşaat Yasağı Getirilen Korunması Gereken Taşınmaz Kültür ve Tabiat Varlıklarının Bulunduğu Sit Alanlarındaki Taşınmaz Malların Hazineye Ait Taşınmaz Mallar ile Değiştirilmesi Hakkında Yönetmelik ve 237 No'lu Milli Emlak Genel Tebliği uyarınca, taşınmazların maliki olan davacı adına sertifika düzenlendiği, davacının ise Hazineye ait taşınmazı ihale ile satın aldığı, ihale tarihi ile yeniden değerlendirme oranları esas alınarak tespit edilen değerler için davacı adına yeniden sertifika düzenlendiği, ancak ihale ile belirlenen Hazineye ait taşınmazın satış değeri üzerinden ayrıca katma değer vergisi hesaplanarak davacıdan tahsil edildiği, davacı tarafından; Hazineye ait taşınmaz ile davacıya ait taşınmazın Yönetmelik ve Genel Tebliğ hükümleri çerçevesinde değiştirilmesi nedeniyle işlemin bir satış olmadığı ve ödenen katma değer vergisinin iadesi gerektiği, bu olmaz ise artan sertifika değerinden mahsup edilmesi istemiyle Maliye Bakanlığına yapılan şikayet başvurusunun reddi üzerine dava açıldığının anlaşıldığı, davacı tarafından söz konusu işlemin Yönetmelik ve Genel Tebliğ hükümleri uyarınca yapıldığı ileri sürülmesine karşın, söz konusu işlemle davacının üzerinde tasarruf hakkı kısıtlanmış taşınmazı karşılığında üzerinde herhangi bir kayıt bulunmayan bir taşınmazın kendisine verildiği dikkate alındığında, söz konusu işlem bir mecburiyet olmakla

birlikte davacı adına değer kazandırıcı işlem olduğu, davacıya ait taşınmaz ile Hazineye ait taşınmazın değiştirilmesinin bir trampa işlemi niteliği taşıdığı, trampa işleminin ise, 3065 sayılı Katma Değer Vergisi Kanunu'nun 2 nci maddesinin 5 inci bendine göre iki ayrı teslim hükmünde sayıldığı, söz konusu işleminin Yönetmelik ve Genel Tebliğ hükümleri uyarınca yapılmış olmasının trampa niteliğini değiştirmeyeceği, bu durumda tahsil edilen katma değer vergisinin ve bu verginin artan sertifika bedelinden mahsubuna ilişkin davacının talebinin reddedilmesinin yasaya uygun olduğu gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir. Davacı, işlemin ihale ile satış olmayıp, taşınmazların değiştirilmesi işlemi olduğunu, söz konusu işlemin kazanç sağlayıcı işlem olarak kabul edilmesinin hatalı olduğunu, 3065 sayılı Kanun kapsamında gerçek anlamda bir trampa bulunmadığından dava konusu işlemde vergi alınmayacağını, olayda vergilendirme hatası yapıldığını ileri sürerek kararın bozulmasını istemektedir.

Savunmanın Özeti : Temyiz isteminin reddi gerektiği savunulmuştur.

Tetkik Hakimi Mehmet Sönmez'in Düşüncesi : Davacının mülkiyetinde olup sit alanı içerisinde kalan gayrimenkulün, mülkiyeti Hazineye ait gayrimenkulle değiştirilmesi ticarî, sınaî, zirai faaliyet ve serbest meslek faaliyeti çerçevesinde yapılan teslim ve hizmetler olarak kabul edilemez. Söz konusu faaliyetlerde belirleyici unsur bu faaliyetlerin kazanç elde etmek amacıyla yapılmasıdır. Davacının sahibi olduğu gayrimenkul sit alanı içerisinde kaldığından, davacının bu gayrimenkul üzerindeki tasarruf hakkı kısıtlanmıştır.

Uyuşmazlık konusu gayrimenkullerin değişimi, Anayasal hak olan mülkiyet hakkı üzerindeki bu kısıtlama nedeniyle sit alanı içerisinde gayrimenkulü bulunanların mağduriyetinin giderilebilmesi amacıyla, 2863 sayılı Kanun ve bu Kanunun verdiği yetkiye dayanarak yayımlanan yasa altı düzenleyici işlemler uyarınca yapılmıştır ve kamulaştırmanın farklı bir yorumudur. Bu bağlamda, söz konusu işlem, 3065 sayılı Kanunun 2 nci maddesinin 5 inci fıkrasında belirtilen nitelikte trampa da değildir. Zira, gayrimenkullerin değiştirilme işlemi, sit alanı içerisinde kalan gayrimenkulün malikinin başvurusu üzerine gerçekleştirilmesine karşın, bu başvuru gayrimenkul malikin mülkiyet hakkının kısıtlanması olmasının yarattığı zorunlu bir sonuç olup, tarafların serbest iradelerini de yansıtmamaktadır.

Bu nedenle, 213 sayılı Kanunun 118 inci maddesinin 3 üncü bendinde açıklanan "mevzuda hata" olduğu söz konusu olduğundan, şikayet başvurusunun reddi yolunda tesis edilen işlemin iptali gerekirken, davayı reddeden Vergi Mahkemesi kararının bozulması gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı Mukaddes Aras'ın Düşüncesi : Davacının mülkiyetinde olup, SİT alanı içinde kalan gayrimenkullerin; SİT Alanındaki Malların Hazineye Ait Taşınmaz Mallar ile Değiştirilmesi Hakkındaki Yönetmelik uyarınca hazine arazisi ile değiştirilmesi amacıyla yapılan ihale sonucu tahsil edilen katma değer vergisinin iadesi, bu olmaz ise artan sertifika bedelinden mahsup edilmesi yolunda düzeltme ve şikayet yoluyla yapılan başvurunun reddi yolundaki işlemin iptali istemiyle açılan davayı reddeden Mahkeme kararının; Danıştay Yedinci Dairesince, verginin mükellefi olmayan kişi tarafından açılan davanın incelenmeksizin reddi gerekirken işin esasına girilemeyeceği gerekçesiyle bozulması üzerine, ilk kararında ısrar eden Mahkeme kararını temyizen inceleyen Danıştay Vergi Dava Daireleri Kurulunca; temyiz isteminin ısrar hükmü yönünden reddi ile uyuşmazlığın esasına ilişkin temyiz incelemesi yapılmak üzere Danıştay Yedinci Dairesine gönderilen dava dosyası incelendi:

213 sayılı Vergi Usul Kanununun 116 ncı maddesinde, vergi hatasının vergiye müteallik hesaplarda veya vergilendirmede yapılan hatalar yüzünden haksız yere fazla veya eksik vergi istenmesi veya alınması olduğu belirtilmiştir; Kanunun 117 nci maddesinde hesap hataları, 118 inci maddesinde vergilendirme hataları kapsamına giren hususlar düzenlenmiştir.

Olayda, davacının mülkiyetinde olup, SİT alanı içinde kalan gayrimenkulün, yukarıda sözü edilen yönetmelik hükmü uyarınca hazine arazisi ile değiştirilmesi işleminin; takas-trampa niteliğinde olup vergiye tabi bir işlem olmadığından bahisle katma değer

vergi tahsil edilemeyeceği yolundaki davacı iddiası; 213 sayılı Vergi Usul Kanununun 118 inci maddesinin üçüncü bendinde, "açık olarak vergi mevzuuna girmeyen veya vergiden müstesna bulunan gelir, servet, madde, kıymetli evrak ve işlemler üzerinden vergi istenmesi veya alınması" olarak tanımlanan mevzuda hataya girmediği gibi, yukarıda anılan maddelerde belirtilen diğer vergilendirme ve hesap hataları kapsamında da değildir.

Bu nedenle, hukuki bir sorun teşkil eden ve yasaların yorumu sonunda çözümlenebilecek nitelikte olan uyuşmazlıkta işin esası incelenerek düzeltme ve şikayet yoluna gidilmek suretiyle tesis edilen işlemin iptali istemiyle açılan davanın reddi yolundaki mahkeme kararında sonucu itibarıyla hukuka aykırılık görülmemiştir.

Açıklanan nedenle, temyiz isteminin reddi ile mahkeme kararının onanması gerektiği düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Dördüncü Dairesince gereği görüldü:

Davacının mülkiyetinde olup sit alanı içerisinde kalan gayrimenkulün, mülkiyeti Hazineye ait gayrimenkulle değiştirilebilmesi amacıyla 10.8.1999 tarihinde 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 açılan davayı reddeden Vergi Mahkemesi kararı davacı tarafından temyiz edilmiştir.

213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun "Vergilendirme Hataları" başlıklı 118 inci maddesinin 3 üncü bendinde; açık olarak vergi mevzuuna girmeyen vergiden müstesna bulunan gelir, servet, madde, kıymet, evrak ve işlemler üzerinden vergi istenmesi ve alınmasının mevzuda hata olduğu açıklanmıştır.

3065 sayılı Katma Değer Vergisi Kanunu'nun "Verginin Konusunu Teşkil Eden İşlemler" başlıklı 1 inci maddesinde; Türkiye'de yapılan aşağıdaki işlemler katma değer vergisine tabidir hükmüne yer verildikten sonra, 1 inci bendinde; ticarî, sınai, zirai faaliyet ve serbest meslek faaliyeti çerçevesinde yapılan teslim ve hizmetler, 2 nci bendinde; her türlü mal ve hizmet ithalatı, 3 üncü bendinde; diğer faaliyetlerden doğan teslim ve hizmetler açıklamasına yer verilmiş, bu bendin (d) alt bendinde uyuşmazlık döneminde geçerli olan haliyle, müzayede mahallerinde ve gümrük depolarında yapılan satışların katma değer vergisine tabi olduğu, aynı Kanunun 2 nci maddesinin 5 inci fıkrasında ise, trampanın iki ayrı teslim hükmünde olduğu ifade edilmiştir.

2863 Sayılı Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu'nun 15 inci maddesinde, taşınmaz kültür varlıkları ve bunların korunma alanları, aşağıda belirlenen esaslara göre kamulaştırılır denildikten sonra, aynı maddenin (f) bendinde, sit alanı olması nedeni ile kesin inşaat yasağı getirilmiş korunması gerekli taşınmaz kültür ve tabiat varlıklarının bulunduğu parsellerin malikinin başvurusu üzerine bir başka arazisi ile değiştirilebileceği, üzerinde bina, tesis var ise, malikinin başvurusu üzerine rayiç bedelinin 2942 sayılı Kanunun 11 inci maddesi hükümlerine göre belirlenerek ödeme yapılacağı, bu hükümle ilgili usul ve esasların yönetmelikle belirleneceği hükme bağlanmıştır.

2863 sayılı Kanunun anılan maddesinin verdiği yetki uyarınca hazırlanan "Kesin İnşaat Yasağı Getirilen Korunması Gereken Taşınmaz Kültür ve Tabiat Varlıklarının Bulunduğu Sit Alanlarındaki Taşınmaz Malların Hazineye Ait Taşınmaz Mallar ile Değiştirilmesi Hakkında Yönetmelik" ve Milli Emlak Genel Tebliği ile uygulamaya ilişkin usul ve esaslar belirlenmiştir.

İncelenen davada; davacının mülkiyetinde olup sit alanı içerisinde kalan gayrimenkulün, mülkiyeti Hazineye ait gayrimenkulle değiştirilebilmesi amacıyla 10.8.1999 tarihinde yapılan ihale sonucu davacı adına tescil edilen gayrimenkul için ihale bedeli üzerinden katma değer vergisi tahsil edilmiştir. Vergi Mahkemesi ise, söz konusu işlemin bir mecburiyet olmakla birlikte davacı adına değer kazandırıcı işlem olduğu, davacıya ait

taşınmaz ile Hazineye ait taşınmazın değiştirilmesinin bir trampa işlemi niteliği taşıdığı gerekçesiyle davayı reddedmiştir.

Davacının sahibi olduğu gayrimenkul sit alanı içerisinde kaldığından, Vergi Mahkemesi kararında da belirtildiği üzere, bu gayrimenkul üzerindeki tasarruf hakkı kısıtlanmış ve 2863 sayılı Kanun ile bu Kanunun verdiği yetkiye dayanarak yayımlanan yukarıda sözüedilen Yönetmelik hükümleri ve Genel Tebliğlerle, Anayasal hak olan mülkiyet hakkı üzerindeki bu kısıtlamanın dolaylı olarak kaldırılabilmesi ve bu kısıtlama nedeniyle sit alanı içerisinde bulunan gayrimenkulü nedeniyle uğradığı mağduriyetinin giderilebilmesi amaçlanmıştır.

Bir işlemin katma değer vergisine tabi tutulabilmesi ise öncelikle yukarıda açıklanan 3065 sayılı Kanunun 1 inci maddesi kapsamında bir işlem olmasını gerektirmektedir. İncelenen dosyada, davacının mülkiyetinde olup sit alanı içerisinde bulunan gayrimenkulün, mülkiyeti Hazineye ait gayrimenkulle değiştirilmesi, ticarî, sınai, ziraî faaliyet ve serbest meslek faaliyeti çerçevesinde yapılan teslim ve hizmetler olarak kabul edilemeyeceğinden, bu işlemin 3065 sayılı Kanunun 1 inci maddesinin 1 inci bendi ile mal ve hizmet ithalatını içeren 2 nci bendi kapsamında katma değer vergisine tabi tutulmasına hukuken olanak bulunmamaktadır.

Öte yandan, dava konusu işlemin 3065 sayılı Kanunun 3 üncü bendinin (d) alt bendinde, müzayede mahallerinde ve gümrük depolarında yapılan satışların katma değer vergisine tabi olduğu, aynı Kanunun 2 nci maddesinin 5 inci fıkrasında ise, trampanın iki ayrı teslim hükmünde olduğu şeklindeki düzenlemeler kapsamında incelenmesine gelince:

İncelenen dosyada, taşınmazların değiştirilmesi işlemi, müzayede mahallerinde ve gümrük depolarında yapılan satışlar kapsamında olmadığı gibi, 3065 sayılı Kanunun 2 nci maddesinin 5 inci fıkrasında belirtilen nitelikte trampa da değildir. Müzayede mahallerinde yapılan satışlar ile trampa işlemi genel anlamda ve yaygın uygulamaya göre tarafların serbest iradelerine dayanır. Oysa, davacının sit alanı içerisinde kalan taşınmazı ile Hazineye ait taşınmazın değiştirilmesi şeklinde gerçekleşen işlem, 2863 sayılı Kanunda yer alan düzenlemeye dayanmakta, esasen tarafların serbest iradelerini de yansıtmamaktadır. Gayrimenkullerin değiştirilmesi işlemi, sit alanı içerisinde kalan gayrimenkulün malikinin başvurusu üzerine gerçekleştirilmesine karşın, bu başvuru gayrimenkul malikinin mülkiyet hakkının kısıtlanmış olmasının yarattığı zorunlu bir sonuçtur. Nitekim, 2863 sayılı Kanunun yukarıda metni yazılı 15 inci maddesinin ilk paragrafında yer alan hüküm, "taşınmaz kültür varlıkları ve bunların korunma alanları, aşağıda belirlenen esaslara göre kamulaştırılır" şeklinde olup, işlemin temelde kamulaştırmaya dayandığı, diğer bir anlatımla kamulaştırmanın farklı bir uygulaması olduğu sonucuna ulaşılmaktadır.

Bu itibarla, dava konusu vergilendirmeye ilişkin gayrimenkullerin değişimi işlemi, 3065 sayılı Kanunun 3 üncü bendinin (d) alt bendinde, aynı Kanunun 2 nci maddesinin 5 inci fıkrası kapsamında da katma değer vergisine tabi değildir.

Belirtilen nedenlerle, katma değer vergisine tabi olmayan bir işlemden dolayı davacı adına tahakkuk ettirilerek tahsil edilen katma değer vergisinde, 213 sayılı Kanunun 118 inci maddesinin 3 üncü bendinde açıklanan "mevzuda hata" olduğundan, şikayet başvurusunun reddi yolunda tesis edilen işleme karşı açılan davayı reddeden Vergi Mahkemesi kararında hukuka uyarlık görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle, davacının temyiz isteminin kabulüyle Denizli Vergi Mahkemesinin 30.9.2004 günlü ve E:2004/432, K:2004/362 sayılı kararının bozulmasına 11.6.2008 gününde oybirliğiyle karar verildi.

T.C.
DANIŞTAY
Dördüncü Daire
Esas No : 2007/1760
Karar No : 2008/2395

Özeti : İl özel idaresine ait taşınmazı, Devlet İhale Kanunu uyarınca yapılan ihale sonucu satın alan davacıların, bu satış nedeniyle ödedikleri katma değer vergisinin istisna kapsamında olduğunu ileri sürerek, iadesi istemiyle yaptıkları başvurunun reddine ilişkin işlemin iptali istemi hakkında.

Temyiz Eden : 1- ...
2- ...
3- ... Limited Şirketi
4-... Turizm Anonim Şirketi
5-... Moda Evi Limited Şirketi

Vekili : Av. ...
Karşı Taraf : Edirne İl Özel İdaresi
Vekili : Av. ... - Av. ...

İstemin Özeti : İl Özel İdaresi'ne ait taşınmazı Devlet İhale Kanunu uyarınca yapılan ihale sonucu satın alan davacılar bu satış nedeniyle ödedikleri katma değer vergisinin istisna kapsamında olduğunu ileri sürerek iadesi istemiyle yaptıkları başvurunun reddine ilişkin 12.7.2006 günlü ve 2006/3756 sayılı işlemin iptali istemiyle dava açılmıştır. Edirne Vergi Mahkemesinin 28.2.2007 günlü ve E:2006/935, K:2007/119 sayılı kararıyla; 8.6.2006 tarihinde 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu uyarınca kapalı teklif usulü ile davacılara ihale edilen mülkiyeti İl Özel İdaresine ait, ... Mahallesi, ... Caddesi üzerinde yer alan işhanı binasının, satış bedeli üzerinden hesaplanan katma değer vergisinin, davalı idarenin bu satışın katma değer vergisine tabi olacağına dair Katma Değer Vergisi Kanununda hüküm bulunmadığı, anılan Kanunun 17 nci maddesi uyarınca katma değer vergisinden istisna edildiği iddialarıyla iadesi istenilmişse de, 3065 sayılı Katma Değer Vergisi Kanunu'nun 17 nci maddesini değiştiren 5281 sayılı Kanunun gerekçesinde de belirtildiği gibi ilgili istisna hükmü, kurumların mali yapılarını güçlendirme ve bankaların alacaklarının tahsilini hızlandırma amacını taşıdığından ve bu nedenle istisna uygulamasına bu amaca uygun düşecek sınırlamalar getirildiğinden, davalı idarenin 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu uyarınca ihale edilen gayrimenkul satışını kapsamadığı, Katma Değer Vergisi Kanunu hükümlerine göre vergiyi doğuran olayın meydana gelmesi, malların teslimi veya hizmetin yapılması şartına bağlanmış olup, müzayede suretiyle yapılan satışlarda da katma değer vergisini doğuran olayın, ihale işleminin yapılması ile meydana geldiğinin kabulü gerektiği, zira, müzayede suretiyle yapılan satışlarda, satış işleminin ihalenin yapılması ile tamamlanmış olacağı ve hukuki sonuç doğuracağı açık olduğundan, bir malın en yüksek bedel teklif edene satılmak üzere satışa sunulması için yapılan kapalı teklif usulü ile yapılan satışlar da katma değer vergisinin iadesi isteminin reddine ilişkin 12.7.2006 tarih ve 2006/3756 sayılı davalı idare işleminde hukuka aykırılık bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir. Davacılar, İl Özel İdaresinin katma değer vergisi mükellefiyetinin bulunmadığını, Katma Değer Vergisi Kanunu'nun 17 nci maddesinin "r" bendi uyarınca istisna kapsamında olduğunu ileri sürerek kararın bozulmasını istemektedir.

Savunmanın Özeti : Savunma verilmemiştir.

Tetkik Hakimi Kumru Örnek Demirtaş'ın Düşüncesi : Temyiz dilekçesinde öne sürülen hususlar, temyize konu mahkeme kararının bozulmasını sağlayacak nitelikte bulunmadığından temyiz isteminin reddi gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı A.Kemal Terlemezoglu'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 Katma Değer Vergisi Kanunu'nun 1/3-d maddesi hükmü uyarınca, müzayede mahallerinde yapılan satışlar katma değer vergisi kapsamına alınmış olduğundan menkul ve gayrimenkul malların satışlarında satış bedeli üzerinden katma değer vergisi alınması gerektiği anlaşıldığından istemin reddi ile temyiz edilen Mahkeme kararının onanmasının uygun olacağı düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Dördüncü Dairesince gereği görüldü:

Temyiz dilekçesinde ileri sürülen iddialar, bozulması istenilen kararın dayandığı gerekçeler karşısında, yerinde ve kararın bozulmasını sağlayacak durumda görülmemiştir.

Bu nedenle, temyiz isteminin reddine, Edirne Vergi Mahkemesinin 28.2.2007 günlü ve E:2006/935, K:2007/119 sayılı kararının onanmasına 17.6.2008 gününde oybirliğiyle karar verildi.

VERGİ USULÜ

T.C. DANIŞTAY Dördüncü Daire

Esas No : 2007/1849

Karar No : 2008/2159

Özeti : Kanunda açıkça yazılı olmayan hallerde, vergi işlemlerinde sürelerin onbeş günden aşağı olamayacağı ve sürenin gün olarak belirlenmesi halinde sürenin başladığı günün hesaba katılamayacağı hakkında.

Temyiz Eden : Anadolu Kurumlar Vergi Dairesi Müdürlüğü

Karşı Taraf : ... Petrol Anonim Şirketi

Vekili : Av. ...

İstemin Özeti : Davacı tarafından satın alınan onbeş adet ödeme kaydedici cihazın süresinde İdareye bildirilmediği ileri sürülerek kesilen usulsüzlük cezalarının kaldırılması istemiyle dava açılmıştır. İstanbul 7.Vergi Mahkemesinin 16.1.2007 günlü ve E:2006/210, K:2007/54 sayılı kararıyla; 3100 sayılı Kanunun mükerrer 8/2 nci maddesinde, Maliye ve Gümrük Bakanlığı'nca belirlenip açıklanan usul ve esaslara uymayan üretici veya ithalatçı kuruluşlar, bunların satış bakım, onarım servislerinde görevli elemanları ile ödeme kaydedici cihazları kullanma mecburiyeti bulunan mükellefler hakkında; her bir tespit için ayrı ayrı olmak üzere Vergi Usul Kanununa bağlı Usulsüzlük Cezalarına Ait Cetvelde yer alan birinci derece usulsüzlük cezalarının beş katının uygulanacağı, 3100 sayılı Kanuna ilişkin

olarak yayımlanan 27 seri nolu Genel Tebliğde, ödeme kaydedici cihazların kaydı ve ödeme kaydedici cihazlara ait levhanın alınmasına dair, mükellefler gerek mecburiyetlerin başlaması gerekse mecburiyetleri başlamadan kendi istekleri ile aldıkları cihazları alış faturasının düzenlendiği tarihten itibaren (fatura tarihi dahil) onbeş gün içerisinde bağlı bulundukları vergi dairesine bir dilekçeyle bildirilerek kayıt ettireceklerinin belirtildiği, öte yandan 213 sayılı Kanunun 14 üncü maddesinin 1 inci fıkrasında vergi muamelelerinde sürelerin vergi kanunları ile belli edileceği, 2 nci fıkrasında kanunda açıkça yazılı olmayan hallerde 15 günden aşağı olmamak şartıyla bu süreyi, tebliği yapacak idarenin belirleyeceği ve ilgiliye tebliğ edileceği, 18 nci maddesinin 1 inci fıkrasında ise, süre gün olarak belli edilmiş ise başladığı günün hesabına katılmayacağı ve son günün tatil saatinde biteceğinin hükme bağlandığı, incelenen dosyada, davacı tarafından satın alınan yirmibeş adet yazar kasa için yapılan bildirimin 3100 sayılı Kanuna ilişkin olarak yayımlanan 27 seri nolu Genel Tebliğde yer alan (fatura tarihi dahil) 15 günlük süre içerisinde yapılmadığı ileri sürülerek özel usulsüzlük cezasının kesildiği, ancak Tebliğe göre üst norm olan 213 sayılı Kanunun 18/1 nci maddesinde, süre gün olarak belli edilmişse başladığı günün hesaba katılmayacağı açıklandığından 8.12.2005 günlü faturalara göre kayıt işlemlerinin onbeş günlük süre içinde 23.12.2005 tarihinde yaptırıldığı anlaşılmakla kesilen cezalarda hukuka uyarlık görülmediği gerekçesiyle usulsüzlük cezaların kaldırılmasına karar verilmiştir. Davalı İdare, bildirimin süresinde yapılmadığını ileri sürerek kararın bozulmasını istemektedir.

Savunmanın Özeti : Savunma verilmemiştir.

Tetkik Hakimi Yavuz Şen'in Düşüncesi : Temyiz dilekçesinde öne sürülen hususlar, temyize konu mahkeme kararının bozulmasını sağlayacak nitelikte bulunmadığından temyiz isteminin reddi gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı İbrahim Erdoğan'ın Düşüncesi : İdare ve vergi mahkemelerince verilen kararların temyizden 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 görüldü:

Temyiz dilekçesinde ileri sürülen iddialar, bozulması istenilen kararın dayandığı gerekçeler karşısında, yerinde ve kararın bozulmasını sağlayacak durumda görülmemiştir.

Bu nedenle, temyiz isteminin reddine, İstanbul 7.Vergi Mahkemesinin 16.1.2007 günlü ve E:2006/210, K:2007/54 sayılı kararının onanmasına 3.6.2008 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGILAMA USULÜ

**T.C.
DANIŞTAY
Dördüncü Daire**

Esas No : 2007/5310
Karar No : 2008/3264

Özeti : Düzeltme başvurusu üzerine, Maliye Bakanlığına şikayete gidilmesi sonucu tesis edilen ret işleminin

iptali için açılan dava, düzeltme isteminin reddi işlemine karşı açılmadığından, davada süre aşımı bulunmadığı hakkında.

Temyiz Eden : ...

Karşı Taraf : Sarıyer Vergi Dairesi Müdürlüğü

İstemin Özeti :Davacının vergi mükellefiyeti tesisi işleminin iptali istemiyle yaptığı başvurunun reddine ilişkin işlemin iptali için dava açılmıştır.İstanbul 4.Vergi Mahkemesinin 25.9.2007 günlü ve E:2007/2401,K:2007/2198 sayılı kararıyla;2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 7 nci maddesinde,özel kanunlarında ayrı süre bulunmayan hallerde vergi mahkemelerinde dava açma süresinin 30 gün olduğu hükmüne yer verildiği,dosyanın incelenmesinden yapılan başvurunun reddine ilişkin işlemin davacıya 3.4.2007 tarihinde tebliğ edildiği,davanın 30 günlük dava açma süresi geçirildikten sonra 10.8.2007 tarihinde açıldığının anlaşıldığı gerekçesiyle davanın süreaşımı nedeniyle reddine karar verilmiştir.Davacı,ret işleminin 5.7.2007 tarihinde tebellüğ edildiğini ileri sürerek kararın bozulmasını istemektedir.

Savunmanın Özeti : Temyiz isteminin reddi gerektiği savunulmuştur.

Tetkik Hakimi Erkan Kunduracı'nın Düşüncesi : Davacı tarafından vergi dairesine yaptığı düzeltme isteminin reddinden sonra Maliye Bakanlığı'na yapılan şikayet başvurusunun reddedildiği 5.7.2007 tarihinden itibaren 10.8.2007 tarihinde açılan davada süreaşımı bulunmadığı gibi,düzeltilme ve şikayet yoluyla yapılan başvurunun reddi işleminin iptali için açılan dava da Maliye Bakanlığı husumetiyle görüleceğinden kararın bozulması gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı İbrahim Erdoğan'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 Dördüncü Dairesince,temyiz dosyası tekemmül ettiğinden yürütmenin durdurulması istemi hakkında karar verilmesine gerek görülmeyle işin esası incelendi:

Davacı tarafından,vergi mükellefiyeti tesisi işleminin iptali istemiyle vergi dairesi müdürlüğüne yapılan başvurunun reddi üzerine Maliye Bakanlığı'na şikayette bulunulmasından sonra tesis edilen ret işleminin iptali istemiyle açılan davayı süreaşımı nedeniyle reddeden Vergi Mahkemesi kararı temyiz edilmiştir.

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 7 nci maddesinde,dava açma süresinin özel kanunlarında ayrı süre gösterilmeyen hallerde vergi mahkemelerinde 30 gün olduğu,213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun 122 nci maddesinde,mükelleflerin vergi muamelelerindeki hataların düzeltilmesini vergi dairesinden yazıyla isteyebilecekleri 124 üncü maddesinde de, vergi mahkemelerinde dava açma süresi geçtikten sonra yaptıkları düzeltme talepleri reddolunanların şikayet yoluyla Maliye Bakanlığı'na başvurabilecekleri hükmüne yer verilmiştir.

Dosyanın incelenmesinden, hakkındaki yurt dışı çıkış yasağı işlemiyle öğrendiği vergi mükellefiyet tesisi işleminin iptali için davacı tarafından 1.3.2006 tarihinde vergi dairesine başvurulduğu, 3.4.2006 tarihinde istemin reddi üzerine,16.2.2007 tarihinde Maliye Bakanlığı'na şikayet başvurusunda bulunduğu,bu başvurunun 5.7.2007 tarihli işlemle reddedilmesi sonucu 10.8.2007 tarihinde işlemin iptali istemiyle dava açıldığı anlaşılmıştır.

Davacının 3.4.2006 tarihinde vergi dairesine yaptığı düzeltme başvurusunun reddinden sonra, bu işleme karşı dava açmadığı,şikayet başvurusunda bulunduğu, şikayet başvurusunun da reddi üzerine dava açtığı görülmektedir. Dolayısıyla şikayet yoluyla yapılan başvurusunun reddi üzerine açılan dava süresinde olduğundan,davanın süreaşımı nedeniyle reddinde hukuka uyarlık bulunmamaktadır.

Diğer yandan, Vergi Usul Kanununun 124 üncü maddesine göre yapılan başvurularda dava konusu idari işlem,vergi dairesi işlemine karşı şikayet yoluyla başvuru sonucu Maliye Bakanlığınca tesis edilen işlem olmasına karşın işlemin iptali istemiyle vergi dairesi müdürlüğü hasım gösterilerek dava açıldığı, Mahkemece vergi dairesi müdürlüğü husumeti ile dosyanın tekemmül ettirilerek karara bağlandığı görülmektedir. 5345 sayılı Gelir İdaresi Başkanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun'un 4 üncü maddesinin 5615 sayılı Kanunun 18 nci maddesiyle değişik (g) bendinde, Gelir İdaresi Başkanlığının şikayet başvurularını karara bağlama konusunda görevli olduğu açıklanmıştır. Bu bakımdan husumetin düzeltilip, dosyanın Gelir İdaresi Başkanlığı husumetiyle tekemmül ettirilmesi ve karar verilmesi gerekirken, vergi dairesi müdürlüğü husumetiyle karar verilmesinde usule uyarlık bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle temyiz isteminin kabulüyle,İstanbul 4.Vergi Mahkemesinin 25.9.2007 günlü ve E:2007/2401,K:2007/2198 sayılı kararının bozulmasına,23.9.2008 gününde oybirliğiyle karar verildi

BEŞİNCİ DAİRE KARARLARI

MEMURLAR VE DİĞER KAMU GÖREVLİLERİ

T.C.
DANIŞTAY
Beşinci Daire

Esas No : 2006/636
Karar No : 2008/3726

Özeti : Kurumlar arası geçici süreli görevlendirmede, davacının muvafakatının alınması gerektiği hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan (Davacı) : ...

Vekili : Av. ...

Karşı Taraf : Başbakanlık Özürölüler İdaresi Başkanlığı

İsteğin Özeti : Ankara 1. İdare Mahkemesi'nin 27.10.2004 günlü, E:2004/433, K:2004/1386(kararda yanlışlıkla 20045/1386 yazıldığı görölmüştür.) sayılı kararının dilekçede yazılı nedenlerle temyizen incelenerek bozulması isteminden ibarettir.

Cevabın Özeti : Temyiz isteminin reddi gerektiği yolundadır.

Danıştay Tetkik Hakimi : Mustafa Bölükbaşı

Düşüncesi : İdare Mahkemesi kararının bozulması gerektiği düşünölmüştür.

Danıştay Savcısı : İsa Yeğenoğlu

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 sürölen hususlar, söz konusu maddede yazılı nedenlerden hiçbirisine uymadığından, istemin reddi ile temyiz edilen Mahkeme kararının onanmasının uygun olacağı düşünölmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Beşinci Dairesi'nce işin gereği düşünöldü:

Dava, Başbakanlık Özürölüler İdaresi Başkanlığı Personel Daire Başkanlığı'nda şef kadrosunda olup Eğitim Daire Başkanlığında geçici olarak görev yapan davacının, altı ay süreyle Kadının Statüsü ve Sorunları Genel Müdürlüğü'nde görevlendirilmesine ilişkin 19.1.2004 günlü işlemin iptali ve işleminden kaynaklanan parasal haklarının yasal faiziyle birlikte tarafına ödenmesi istemiyle açılmıştır.

Ankara 1. İdare Mahkemesi'nin 27.10.2004 günlü, E:2004/433, K:2004/1386(kararda yanlışlıkla 20045/1386 yazıldığı görölmüştür.) sayılı kararıyla; Başbakanlığa bağlı Kadının Statüsü ve Sorunları Genel Müdürlüğü'nün 12.1.2004 tarih ve 0028 sayılı yazıları ile kurumdan çeşitli sebeplerle ayrılan personelin yerine yeni personel alımı yapılamadığından, özellikle idari ve mali işler gibi destek hizmeti veren birimlerde mevcut personel sayısının azalması nedeniyle hizmetlerin sürdürölmesinde güçlük yaşandığı ileri sürölerek, şef ve memur düzeyinde üç personelin görevlendirilmesinin istenilmesi üzerine davacının altı ay süreyle anılan Genel Müdürlükte görevlendirilmesine ilişkin dava konusu işlemin hizmet ihtiyacına dayanarak kurulduğundan hukuka uygun olduğu gerekçesiyle davanın reddine hükmedilmiştir.

Davacı, görevlendirme işlemini kabul ettiğine ilişkin irade beyanı olmadan dava konusu işlemin kurulduğünü, bu durumun Devlet memurlarının görevlendirilmesine ilişkin

yönetmeliğe aykırı olduğunu ileri sürerek İdare Mahkemesi kararının bozulmasını istemektedir.

657 sayılı Devlet Memurları Kanununun ek 9. maddesinde geçici süreli görevlendirmenin şartları düzenlenmiş ve; "Geçici süreli görevlendirme yolu ile başka bir görevde çalışan memurlar hakkında aşağıdaki esaslar uygulanır.

a) Ek madde 1'e göre görevlendirilen memur, hem kendi sınıf ve mesleğinin hem de geçici süreli olarak görevlendirildiği işin mevzuatına uymakla yükümlüdür.

b) Geçici süreli olarak görevlendirilen memurlar aylıklarını görevlendirildikleri kadrodan alırlar ve bu kadronun diğer haklarından yararlanırlar.

c) (Değişik bent: 27/09/1983 - 2902/1 md.) Geçici görevlendirilme memurun muvafakatı ile olur ve 2 yılı geçemez. Ancak, yurt dışına atanan koruma görevlileri için bu süre bir katına kadar uzatılabilir.

d) Geçici süreli görevlendirme yalnız 7 nci ve daha yukarı derecelere tahsis edilmiş görevler hakkında uygulanır. Geçici süreli görevlendirmenin memurun mesleği ile ilgili olması şarttır.

e) Geçici süreli görevlendirme, Devlet Personel Başkanlığının uygun görüşü üzerine ilgili Bakanlıkların müşterek kararı ile yapılır. Geçici süreli görevlendirmenin uygulanabileceği haller, şartlar, süresi, sicil ve sair hususlar yönetmelikle belirtilir." hükmüne yer verilmiş, sözkonusu Kanun maddesinin uygulanmasına paralel bir düzenleme olan 31.1.1974 tarihli Devlet Memurları Geçici Süreli Görevlendirme Yönetmeliği'nin 4. Maddesinde de aynı yönde düzenlemeler yapılmıştır.

Olayda, 19.1.2004 günlü işlemle, Başbakanlık Özürlüler İdaresi Başkanlığı Personel Daire Başkanlığı'nda şef kadrosunda olup Eğitim Daire Başkanlığında geçici olarak görev yapan davacının, altı ay süreyle Kadının Statüsü ve Sorunları Genel Müdürlüğü'nde görevlendirildiği, kurumlararası geçici süreli görevlendirme yapıldığı halde davacının görevlendirilmesinin alınmadığı anlaşıldığından, kurulan işlemde yukarıda yer verilen düzenlemelere uyarlık, İdare Mahkemesi kararında ise hukuki isabet görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle, davacının temyiz isteminin kabulüyle, Ankara 1. İdare Mahkemesi'nce verilen 27.10.2004 günlü, E:2004/433, K:2004/1386(kararda yanlışlıkla 20045/1386 yazıldığı görülmüştür.) 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, 16.6.2008 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

T.C.
DANIŞTAY
Beşinci Daire

Esas No : 2007/6508

Karar No : 2008/4480

Özeti : 4688 sayılı Kamu Görevlileri Sendikaları Kanunu'nun 18/2. maddesine göre, işyeri sendika temsilcisinin görev yerinin, haklı bir sebep olmadıkça değiştirilemeyeceği hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan (Davacı) : ...

Karşı Taraf : Muğla Valiliği

İsteğin Özeti : Muğla 1. İdare Mahkemesi'nce verilen 30.1.2007 günlü, E:2005/1729, K:2007/63 sayılı kararın dilekçede yazılı nedenlerle temyizden incelenerek bozulması isteminden ibarettir.

Cevabın Özeti : Temyiz isteminin reddi gerektiği yolundadır.

Danıştay Tetkik Hakimi : M. Emin Kaçar

Düşüncesi : Dava konusu işlemde hukuka uyarlık bulunmadığı dosyanın incelenmesinden anlaşıldığından, davacının temyiz isteminin kabulü ile davanın reddi yolundaki İdare Mahkemesi kararının bozulması gerektiği düşünülmüştür.

Danıştay Savcısı: İsa Yeğenoğlu

Düşüncesi : Gerek dava konusu naklen atama işleminin tesis edildiği tarih itibarıyla davacının atandığı yer kadro ve ihtiyaç durumu , gerekse işlem tarihinden sonra davacının eski görev yerinde duyulan ihtiyacın görevlendirmeler yoluyla giderildiği dikkate alındığında , olayda davalı idarece dayanan Sağlık Bakanlığı Atama ve Nakil Yönetmeliği'nin 28. maddesinde belirtilen koşulların gerçekleşmediğinin anlaşılması karşısında , davacının isteği dışında naklen atanmasına ilişkin dava konusu işlemde kamu yararı ve hizmet gerekleri yönünden hukuka uyarlık; davanın reddi yolundaki İdare Mahkemesi kararında hukuki isabet görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle , temyize konu kararın bozulması gerekeceği düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Beşinci Dairesi'nce işin gereği düşünüldü:

Davacı, Muğla-Fethiye Devlet Hastanesi'nde ebe olarak görev yapmakta iken Fethiye-Kadıköy Sağlık Ocağı Güneşli Köyü Sağlık Evi'ne Ebe olarak naklen atanmasına ilişkin 26.5.2005 tarihli işlemin iptali istemiyle dava açmıştır.

Muğla 1. İdare Mahkemesi'nin 30.1.2007 günlü, E:2005/1729, K:2007/63 sayılı kararıyla; Sağlık Bakanlığı Atama ve Nakil Yönetmeliği'nin 28. maddesinde, re'sen atama konusunun düzenlendiği; dava dosyasının incelenmesinden, Muğla-Fethiye Devlet Hastanesinde standart ebe kadrosunun 12 olmasına rağmen 57 ebenin görev yaptığı; davacının atandığı Kadıköy Güneşli Köyü Sağlık Evi'nde standart ebe kadrosunun 1 olmasına rağmen atamalardan önce görev yapan ebenin bulunmadığı; davacının hizmet puanı da dikkate alınarak ihtiyaç bulunan Kadıköy Sağlık Ocağı Güneşli Köyü Sağlık Evine atandığının anlaşıldığı; bu durumda, kanunla kendisine verilen görevleri etkin bir biçimde yapmakla ve boş bulunan kadroları uygun elemanlarla doldurmakla yükümlü olan idarenin, atama konusundaki takdir yetkisine dayanarak davacıyı ihtiyaç bulunan bir göreve atamasında kamu yararı ve hizmet gereklerine aykırılık bulunmadığı gerekçesiyle dava reddedilmiştir.

Davacı, Muğla-Fethiye Devlet Hastanesinde 200 hemşire kadrosu bulunmasına karşın 97 hemşirenin görev yaptığını, ebe ve hemşirelerin hastanede aynı işi yaptıklarını; kendisinin sendika üyesi ve işyeri temsilcisi olduğunu; isteği dışında bir köye ve dolu olan bir kadroya atamasının yapıldığını; hizmet puanı daha düşük olan ebeler sağlık ocaklarına atanırken kendisinin sağlık evine atandığını; dava konusu işlemde sonra sağlık evlerinde görev yapan birçok ebenin geçici olarak Fethiye Devlet Hastanesi'nde görevlendirildiklerini, bu durumun da hastanede ebe ihtiyacı bulunduğunu gösterdiğini ileri sürmekte ve İdare Mahkemesi kararının temyizen incelenerek bozulmasını istemektedir.

Sağlık Bakanlığı Atama ve Nakil Yönetmeliği'nin "Re'sen atama" başlıklı 28. maddesinin işlem tarihinde yürürlükte bulunan 2. fıkrasında, "İl içinde personel dağılım cetvelinde belirlenen sayının üzerinde personel çalışan hizmet birimleri ile ihtiyaç halinde il ve ilçe merkezinden ilçe, belde ve köylere, ilçe merkezinden belde ve köylere, atama dönemine bağlı kalmaksızın ve hizmet puanı esasına göre valiliklerce re'sen atama yapılır. Bu suretle atanan personel, atandığı yerde hizmetine ihtiyaç kalmazsa eski veya muadili,

münhal kadro bulunan hizmet birimine Valilikçe atanır. Bu atamalar Bakanlığa bildirilir." hükmüne yer verilmiştir.

Dava dosyası ile Dairemizin 12.3.2008 günlü, E:2007/6508 sayılı ara kararına idarece verilen cevabın incelenmesinden, Fethiye Devlet Hastanesinde standart ebe kadrosunun 12 olduğu; hastanede 57 ebenin görev yaptığı; davalı idarece, Fethiye Devlet Hastanesi'nde standart kadro fazlası ebe bulunması ve davacının da hizmet puanı en düşük 7. kişi olması nedeniyle, ilgilinin standart ebe kadrosu 1 olan ve hiç ebe bulunmayan Kadıköy Sağlık Ocağı Güneşli Köyü Sağlık Evi'ne atamasının yapıldığının belirtildiği; ancak, davacının atamasının yapıldığı 26.5.2005 tarihi itibarıyla, Güneşli Köyü Sağlık Evi'nde Gülşen Aşkın Göçen adlı bir ebenin görev yaptığı; bu kişinin, 17.10.2005 günlü onayla, eş durumu ve ihtiyaç gerekçeleriyle Fethiye-Yanıklar Köyü Mehmet Arif Gürsu Sağlık Ocağı'na naklen atandığı ve 2.12.2005 tarihinde bu işlemi tebellüğ ederek ilişkisini kestiği; bu arada, 26.5.2005 tarihli dava konusu işlemle ataması yapılan davacının 30.8.2005 tarihinde yeni görevine başladığı; yukarıda belirtilen tarihler gözönünde bulundurulduğunda, dava konusu atama işleminin kurulduğu 26.5.2005 tarihi itibarıyla, davacının atandığı Güneşli Köyü Sağlık Evindeki standart ebe kadrosunun dolu olduğu; Fethiye Devlet Hastanesinde standart kadro fazlası olarak belirlenen ebelerin atamaları yapıldıktan sonra hastanede 39 ebenin görev yapmaya devam ettiği; ayrıca, temyiz dilekçesi ekinde sunulan ve Valilikçe kurulan görevlendirme onayları incelendiğinde, dava konusu işlemde sonra, çeşitli sağlık ocaklarında görev yapan kimi ebelerin, kendi istekleri ve Fethiye Devlet Hastanesi'nin ebe ihtiyacı gerekçe gösterilerek anılan Hastane emrinde görevlendirildikleri; öte yandan, davacının Sağlık ve Sosyal Hizmet Emekçileri Sendikası üyesi ve bu Sendikanın işyeri temsilcisi olduğu; 4688 sayılı Kamu Görevlileri Sendikaları Kanunu'nun 18/2. maddesine göre, işyeri sendika temsilcisinin görev yerinin haklı bir sebep olmadıkça değiştirilemeyeceği anlaşılmaktadır.

Tüm bu hususlar birlikte değerlendirildiğinde, Fethiye-Kadıköy Sağlık Ocağı Güneşli Köyü Sağlık Evi'ndeki personel ihtiyacı gerekçe gösterilerek kurulan dava konusu işlemden hukuka uyarlık bulunmadığından, davanın reddi yolundaki İdare Mahkemesi kararında hukuki isabet görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle, davacının temyiz isteminin kabulüyle Muğla 1. İdare Mahkemesi'nce verilen 30.1.2007 günlü, E:2005/1729, K:2007/63 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, kullanılmayan 21,40.-YTL yürütmeyi durdurma harcı ile artan 5,60.-YTL posta pulu ücretinin isteği halinde davacıya iadesine, 16.9.2008 tarihinde oyçokluğuyla karar verildi.

KARŞI OY

İdare Mahkemesi'nce verilen karar ve dayandığı gerekçe hukuk ve usule uygun olup, bozulmasını gerektirecek bir neden de bulunmadığından, davacının temyiz isteminin reddi ile davanın reddi yolundaki İdare Mahkemesi kararının onanması gerektiği oyu ile karara karşıyım.

T.C.
DANIŞTAY
Beşinci Daire
Esas No : 2007/5500
Karar No : 2008/5330

Özeti : 5289 sayılı Yasa'nın 2. maddesi gözönünde bulundurulduğunda, 15.1.2005 tarihinde 657 sayılı Yasa'nın 4/B maddesi kapsamında çalışan davacının, 5289 sayılı Yasa uyarınca verilen 1 dereceden yararlandırılmasına olanak bulunmadığı hakkında.

Temyiz Eden (Davalı) : Maliye Bakanlığı

Karşı Taraf : ...

Vekili : Av. ...

İsteğin Özeti : Ankara 14. İdare Mahkemesi'nce verilen 12.6.2007 günlü, E:2006/544, K:2007/552 sayılı kararın dilekçede yazılı nedenlerle temyizen incelenerek bozulması isteminden ibarettir.

Cevabın Özeti : Cevap verilmemiştir.

Danıştay Tetkik Hakimi : Vecdi Karanfil

Düşüncesi : İdare Mahkemesi kararının bozulması gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı : Filiz Z. Gürmeriç

Düşüncesi : Temyiz istemi, Maliye Bakanlığı Muhasebat Genel Müdürlüğü'nde 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 4/B maddesi kapsamında sözleşmeli programcı olarak görev yapmakta iken, 26.1.2005 tarihinde Türk Telekom'da sözleşmeli uzman yardımcısı olarak göreve başlayan ve Türk Telekom'un özelleştirilmesi sonucu Muhasebat Genel Müdürlüğü'ne bu kez 657 sayılı Kanun'a tabi kadrolu memur olarak nakledilen davacının, 5289 sayılı Kanun uyarınca bir derece verilmesi amacıyla yaptığı 24.8.2006 tarihli başvurusunun zımnen reddine dair işlemi iptal eden İdare Mahkemesi kararının bozulmasına ilişkindir.

Olayda, 5289 sayılı Memurlar Ve Diğer Kamu Görevlilerine Bir Derece Verilmesi Hakkında Kanunun öngördüğü 458 sayılı Kanun Hükmünde Kararname hükmünden yararlanabilmek için, bu Kanun Hükmünde Kararnamede yer alan 657 sayılı Yasaya göre aylık alma şartı, 5289 sayılı Yasanın yürürlüğe girdiği 8.2.2005 tarihi itibarıyla 657 sayılı Kanunun 4/B maddesi kapsamında sözleşmeli olarak çalışan, memur statüsüne sahip olmayan ve kadro karşılığı aylık almayan davacı açısından gerçekleşmediğinden, dava konusu işlemi iptal eden mahkeme kararında hukuka uygunluk bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenle, temyize konu İdare Mahkemesi kararının bozulması gerektiği düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Beşinci Dairesi'nce işin gereği düşünüldü:

Dava, Maliye Bakanlığı Muhasebat Genel Müdürlüğü'nde 657 sayılı DMK.'nın 4/B maddesi kapsamında sözleşmeli programcı olarak görev yapmakta iken, 26.1.2005 tarihinde Türk Telekom'da sözleşmeli uzman yardımcısı olarak göreve başlayan ve Türk Telekom'un özelleştirilmesi sonucu Muhasebat Genel Müdürlüğü'ne bu kez 657 sayılı Kanun'a tabi kadrolu memur olarak nakledilen davacının, 5289 sayılı Kanun uyarınca bir derece verilmesi amacıyla yaptığı 24.8.2006 tarihli başvurusunun zımnen reddine ilişkin işlemin iptali istemiyle açılmıştır.

Ankara 14. İdare Mahkemesi'nce verilen 12.6.2007 günlü, E:2006/544, K:2007/552 sayılı kararlar; 5289 sayılı Kanunun yürürlüğe girdiği 15.1.2005 tarihinde davalı idarede 657 sayılı Yasanın 4/ B maddesine göre sözleşmeli personel olarak görev yapan davacının 657 sayılı Kanuna göre aylık aldığı kabulü gerektiği, 5289 sayılı Kanunun uygulanmasını öngördüğü 458 sayılı KHK hükmünden yararlandırılması gerektiği, bir derece verilmesinden yararlandırılmamasına ilişkin işlemde hukuka uyarlık görülmediği gerekçesiyle dava konusu işlem iptal edilmiştir.

Davalı idare, dava konusu işlemin hukuka uygun olduğunu ileri sürmekte ve İdare Mahkemesi kararının temyizen incelenerek bozulmasını istemektedir.

5289 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerine Bir Derece Verilmesi Hakkında Kanunun 1. maddesinde "457 sayılı Kanun Hükmünde Kararnameyle 399 sayılı Kanun Hükmünde Kararnameye eklenen ek geçici madde, 458 sayılı Kanun Hükmünde Kararnameyle 657 sayılı Devlet Memurları Kanununa eklenen ek geçici madde ve 459 sayılı Kanun Hükmünde Kararnameyle 926 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri Personel Kanununa eklenen ek geçici madde hükümleri; anılan ek geçici maddeler kapsamında belirtilen (sözleşmeli subay, sözleşmeli astsubay, uzman jandarma ve uzman erbaşlar dahil) ve bu ek geçici maddelerin hükümlerinden yararlanmamış olanlardan 15.1.2005 tarihinde görevde bulunanlar (aylıksız izinde bulunanlar dahil) ile bunlardan anılan tarihten önce emekli, adi malullük, vazife malullüğü aylığı bağlananlar ile dul ve yetim aylığı alanlar hakkında da uygulanır." hükmü yer almıştır.

657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'na Ek Geçici madde eklenmesine dair 458 sayılı KHK'nin 1. maddesinde: "Bu Kanun ve ek geçici maddelerine göre aylık almakta olan personelden (2802 sayılı Hakimler ve Savcılar Kanunu ile 2914 sayılı Yüksek Öğretim Personel Kanunu'na tabi olanlar dahil) 20.2.1979 tarihli, 2182 sayılı; 19.2.1980 tarihli ve 2260 sayılı Kanunların hükümlerinden yararlanmamış olanların kazanılmış hak aylıkları bir defaya mahsus olmak üzere öğrenim durumlarına bakılmaksızın ve kadro aranmaksızın bir üst derecenin aynı kademesine getirilir ve alt derecede bulunan kademedeki geçirilen süre üst derecedeki kademedeki geçmiş sayılır." hükmüne yer verilmiştir.

Dava dosyasının incelenmesinden, davacının 15.10.2003 - 25.1.2005 tarihleri arasında Muhasebat Genel Müdürlüğünde 657 sayılı Kanunun 4/B kapsamında sözleşmeli programcı olarak görev yaptığı, 26.1.2005 tarihi itibarıyla Türk Telekomünikasyon A.Ş. Genel Müdürlüğü'nde uzman yardımcısı olarak göreve başladığı, 4046 sayılı Kanunun 22. maddesi uyarınca 21.6.2006 günlü işlemlerle Maliye Bakanlığı Muhasebat Genel Müdürlüğü emrine mühendis olarak atandığı anlaşılmaktadır.

657 sayılı DMK'nun 4/B maddesi kapsamında sözleşmeli programcı olarak görev yapmakta iken, 26.1.2005 tarihinde Türk Telekom'da sözleşmeli uzman yardımcısı olarak göreve başlayan ve Türk Telekom'un özelleştirilmesi sonucu Muhasebat Genel Müdürlüğü'ne 657 sayılı Kanun'a tabi kadrolu memur olarak nakledilen davacının, 5289 sayılı Kanunun getirdiği haktan yararlanabilmesi için, daha önce 458 sayılı KHK hükmünden yararlanmamış olması ve 15.1.2005 tarihinde görevde olması ve bu görevin de 657 sayılı Yasa'ya göre aylık alınan bir görev olması gerekmektedir.

8.2.2005 tarihli Resmi Gazetede yayımlanan 5289 sayılı Yasanın 2. maddesinde bu Kanunun 15.1.2005 tarihinden geçerli olmak üzere yayımı tarihinde yürürlüğe gireceği belirtilmiş olup, bu Yasanın öngördüğü tarihte 657 sayılı Kanunun 4/B maddesi kapsamında çalışan davacının, memur statüsüne sahip olmadığı ve 657 sayılı Devlet Memurları Kanununa göre kadro karşılığı aylık almadığı açıktır. Dolayısıyla 5289 sayılı Yasanın öngördüğü 458 sayılı Kanun Hükmünde Kararname hükmünden yararlanabilmesi için, bu Kanun Hükmünde Kararnamede yer alan 657 sayılı Yasaya göre aylık alma şartı davacı açısından gerçekleşmemektedir. Bu husus dikkate alındığında, dava konusu işlemde hukuka aykırılık, anılan işlemin iptali yolunda verilen İdare Mahkemesi kararında hukuki isabet görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle, davalı idarenin temyiz isteminin kabulüyle Ankara 14. İdare Mahkemesi'nce verilen 12.6.2007 günlü, E:2006/544, K:2007/552 sayılı kararın 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 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 Mahkeme'ye gönderilmesine, 31.10.2008 tarihinde oyçokluğuyla karar verildi.

KARŞI OY

İdare Mahkemesi'nce verilen karar ve dayandığı gerekçe hukuk ve usule uygun olup, bozulmasını gerektirecek bir sebep bulunmadığından temyiz isteminin reddiyle anılan kararın onanması gerektiği görüşüyle bozma kararına katılmıyorum.

TAM YARGI DAVALARI

T.C. DANIŞTAY Beşinci Daire

Esas No : 2005/5463

Karar No : 2008/876

Özeti : Açılmış bir tam yargı davasında, talep edilmemiş olan faiz için ayrı bir dava açılmasına olanak veren bir hükmün, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nda yer almadığı; bir işlemde doğan zarar için birden fazla tam yargı davası açılmasına olanak tanınmadığı hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan (Davalı) : Ankara Büyükşehir Belediye Başkanlığı

Vekili : Av. ...

Karşı Taraf : ...

Vekili : Av. ...

İsteğin Özeti : Ankara 3. İdare Mahkemesi'nce verilen 18.2.2005 günlü, E:2004/2219, K:2005/167 sayılı kararın dilekçede yazılı nedenlerle temyizden incelenerek bozulması isteminden ibarettir.

Cevabın Özeti : Cevap verilmemiştir.

Danıştay Tetkik Hakimi : Nihat Bayram

Düşüncesi : İdare Mahkemesi kararının iptale ilişkin kısmının onanması, tazminat isteminin ödenmesi gereken tarihler itibarıyla yürütülüp hesaplanacak yasal faizlerin davacıya ödenmesine ilişkin kısmın ise parasal hakların yasal faizinin davacının idareye başvurduğu tarihten itibaren ödenmesi hususunun yargısal içtihatlarla kabul edildiği , bu nedenle kararın bu kısmının bozulması gerektiği düşünülmüştür.

Danıştay Savcısı: Mehmet Akkaya

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:

Davacı, Ankara Büyükşehir Belediye Başkanlığı'nda zabıta memuru olarak görev yapmakta iken Çevre Koruma Daire Başkanlığı'na memur olarak atanmasına ilişkin 21.7.2000 tarihli işleme karşı açtığı davada, Ankara 2. İdare Mahkemesi'nce anılan işlemin iptal edilerek parasal kayıplarının ödenmesi yolunda verilen 1.10.2003 günlü, E:2003/1369, K:2003/1342 sayılı karar üzerine, yapılan ödemelere faiz uygulanması isteğiyle yaptığı başvurunun reddine ilişkin 4.5.2004 günlü, 2871 sayılı işlemin iptali ile yasal faiz tutarının ödenmesine karar verilmesi istemiyle dava açmıştır.

Ankara 3. İdare Mahkemesi'nin 18.2.2005 günlü, E:2004/2219, K:2005/167 sayılı kararıyla; iptal kararlarının, idarelerin hatalı işlemlerin kurulduğu tarihten itibaren ortadan kaldıran ve önceki hukuki durumun geçerliliğini sağlayan kararlar olduğu, bu özelliği nedeniyle de iptal edilen işlemler sebebiyle bulundukları hukuksal durumunun gerektirdiği haklardan yoksun kalan ilgililere bu hakların yeniden tanınmasını gerekli kılan kararlar niteliğini taşıdığı vurgulanarak, iptal kararı üzerine maaş ve diğer parasal hakların geçmişteki miktarlar ile ödenmesi uğranılan mali kayıpların tümü ile karşılanmasını sağlamayacağından, davacının zararının yasal faiz ödenerek giderilmesi gerektiği gerekçesiyle dava konusu işlem iptal edilerek, maaş farkları ve fazla mesai ücretlerinin ödenmesi gereken tarihler itibarıyla yürütülüp hesaplanacak yasal faizlerinin davacıya ödenmesine hükmedilmiştir.

Davalı idare, davacının davayı açarken faiz isteminde bulunmadığını, bu nedenle işlemin hukuka aykırı olmadığını ileri sürmekte ve İdare Mahkemesi kararının temyizden incelenerek bozulmasını istemektedir.

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 12. maddesinde "İlgililer haklarını ihlal eden bir idari işlem dolayısıyla Danıştay'a ve idare vergi mahkemelerine 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 husustaki kararın veya kanun yollarına başvurulması halinde verilecek kararın tebliği veya işlemin icrası sebebiyle doğan zararlardan dolayı icra tarihinden itibaren dava süresi içinde tam yargı davası açabilirler. Bu halde de ilgililerin 11. madde uyarınca idareye başvurma hakları saklıdır." hükmü yer almaktadır.

Belirtilen madde, idari işlemten doğan zararın karşılanması talebiyle açılan tam yargı davalarında izlenmesi gereken yöntemi düzenlemekte; tam yargı davası açılmasının usul ve esaslarını kurala bağlamaktadır.

Maddeye göre işlemten doğan zarara ilişkin tam yargı davalarının üç ayrı şekilde açılması mümkündür. Bunlardan birincisi, işlemten doğan zararın ödenmesi istemiyle doğrudan tam yargı açılması; ikincisi, zararı doğuran işlemin iptali istemine yönelik olarak iptal davası ile birlikte tam yargı davasının açılmasıdır. Üçüncüsü ise; zararı doğuran işlemin önce iptal davasına konu edilmesi, bu davada verilecek karar üzerine, bu husustaki kararın veya kanun yollarına başvurulması halinde verilecek kararın tebliğinden itibaren dava açma süresi içinde tam yargı davası açılmasıdır. Her üç halde de, idari işlemten kaynaklandığı iddia edilen zarar, yalnızca bir kez tam yargı davasına konu edilebilir.

Faiz ödemesi, alacaklının yoksun kaldığı miktara ve yoksun kalma süresine göre belirlenen bir zarar giderme biçimi olup, bir zararın dava yoluyla tazmini talebi söz konusu ise bunun da davada yöneltilebilecek bir isteğin konusunu oluşturması zorunludur. Tazminat davası ile kazanılmayıp idarece ödenmiş meblağa ait faiz, uğranılan bir zarar niteliği taşıması sebebiyle ayrı bir tam yargı davasına konu edilebilirse de, açılmış bir tam yargı davasında talep edilmemiş olan faiz için ayrı bir dava açılmasına olanak veren bir hüküm İdari Yargılama Usulü Kanunu'nda yer almamış; bir işlemten doğan zarar için birden fazla tam yargı davası açılmasına imkan tanınmamıştır. Zararı doğuran işlemin iptali ve zararın tazminin ödenmesi istemiyle açılan bir davada istenmeyen bir faizin, verilecek bir iptal-kabul kararından sonra yeni ve ayrı bir tam yargı davasına konu edilmesi; yukarıda ayrıntıları

açıklanan 12. madde hükmüne göre, ortada işlemten doğan zarara yönelik olarak verilmiş yargısal bir hüküm bulunduğu için hukuken mümkün değildir.

Ankara Büyükşehir Belediye Başkanlığı'nda zabıta memuru olarak çalışan davacı, Çevre Koruma Daire Başkanlığı'na memur olarak atanmasına ilişkin 21.7.2000 günlü işlemin iptali ve parasal kayıplarının ödenmesi istemiyle 2577 sayılı Yasa'nın 12. maddesi hükmü çerçevesinde iptal ve tam yargı davasını birlikte açmış, faiz isteminde bulunmamış, Ankara 2. İdare Mahkemesi'nce verilen 1.10.2003 günlü, E:2003/1369, K:2003/1342 sayılı kararla dava konusu işlem iptal edilerek, davacının parasal kayıplarının ödenmesine karar verilmiştir. Anılan kararın uygulanarak parasal hak kayıplarının ödenmesi üzerine, ödenen miktara faiz uygulanmasını isteyen ve bu amaçla idareye başvuran davacının bu başvurusu 4.5.2002 günlü işlemle reddedilmiş, davacı bu işlemin iptali ve yasal faiz ödenmesi istemiyle bu davayı açmış, aynı işlemten kaynaklanan zararını ikinci kez davaya konu etmiştir. Davacının yargı kararı gereği yapılan ödemeye faiz işletilmesi ve ödenmesi isteğiyle idareye yaptığı başvuru, idari davaya konu edilebilecek nitelikte bir işlem tesisine yönelik başvuru olmadığı gibi, faizle karşılanmasını istediği zararın bu işlemten doğmadığı açıktır. Asıl zararı atama işleminden doğan ve ilk dava ile karşılanan davacının aynı işleme dayandığı "faizden yoksun kalma" biçimindeki zararını ayrı bir davaya konu etmesi, aynı zararın giderilmesine yönelik birden fazla dava açılmasına olanak tanımayan 2577 sayılı Yasa'nın yukarıda değinilen 12. maddesi karşısında hukuken olanaksızdır.

Açıklanan nedenlerle, davalı idarenin temyiz isteminin kabulüyle, Ankara 3. İdare Mahkemesi'nce verilen 18.2.2005 günlü, E:2004/2219, K:2005/167 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, 19.2.2008 tarihinde oyçokluğuyla karar verildi.

KARŞI OY

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 12. maddesinde, ilgililerin haklarını ihlal eden bir idari işlem dolayısıyla Danıştaya veya idare ve vergi mahkemelerine doğrudan doğruya tam yargı davası veya iptal ve tam yargı davalarını birlikte açabilecekleri gibi ilk önce iptal davası açarak bu davaların karara bağlanması üzerine bu husustaki kararın veya kanun yollarına başvurulması halinde verilecek kararın tebliğ tarihinden itibaren dava açma süresi içinde tam yargı davası açabilecekleri hükme bağlandığından, davacının iptal davası ile birlikte parasal haklarının tazmini istemiyle açtığı tam yargı davasına konu etmediği faiz ödenmesi istemini, yukarıda sözü edilen 12. madde hükmü kapsamında iptal davasının sonuçlanması üzerine açtığı tam yargı davasına konu etmesinde isabetsizlik görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle, temyiz isteminin esasının incelenmesi gerekirken, davacının parasal haklarının ödenmesi istemiyle iptal davası ile birlikte açtığı tam yargı davasına konu etmediği faiz istemini, bu davanın sonuçlanması üzerine açtığı ayrı bir tam yargı davasına konu edemeyeceği gerekçesiyle İdare Mahkemesi kararının bozulması yolunda oluşan çoğunluk kararına karşıyız.

DÜZENLEYİCİ – GENEL İŞLEMLER

T.C. DANIŞTAY Beşinci Daire

Esas No : 2006/7083

Karar No : 2008/5144

Özeti : 4046 sayılı Kanun'un 22 nci maddesinde yerini alan "görev unvanına uygun kadro" ifadesinin, müfettişler yönünden ulaşılmış oldukları kariyer ve liyakatin, yeni atanmış olduğu kuruma hiçbir şekilde kayba uğratılmadan, aynı zamanda da kurumun teftiş kurulunun hiyerarşik yapısını bozmadan yansıtılması amacını taşıdığı hakkında.

Davacı : ...

Davalılar : 1- Ulaştırma Bakanlığı
2- T.C. Başbakanlık Denizcilik Müsteşarlığı

Davanın Özeti : Başbakanlık Denizcilik Müsteşarlığı Teftiş Kurulu Yönetmeliği'nin 51 inci maddesinin ikinci fıkrası ile bu hüküm esas alınmak suretiyle Teftiş Kurulu Müfettişleri arasında yapılan 13.7.2006 günlü ve B.02.1.DHM/060/12076 kıdem sıralamasına ilişkin işlemin iptali istenilmektedir.

Davalı İdarelerin Savunmalarının Özeti : Denizcilik Müsteşarlığı Teftiş Kurulu'nun 491 sayılı KHK'nın Ek 6. maddesine göre oluşturulduğu, müfettişlerin 12'sinin 491 sayılı KHK'nın Geçici 1. maddesi uyarınca başka kurumlardan atandığı, bu kapsamda davacının kıdem sırasının da, müsteşarlığa atanma tarihine göre belirlendiği, 2002 yılında göreve başlayan müfettişler ile davacı arasında 4 yıllık zaman farkı bulunduğu, kıdem sıralamasının topluca girilen yarışma sınavları için geçerli olabileceği ileri sürülerek yasal dayanağı bulunmayan davanın reddi gerektiği savunulmuştur.

Danıştay Tetkik Hakimi : Hüseyin Mısı

Düşüncesi : Kariyer ve liyakat ilkeleri müfettişlik ve teftiş hizmetlerinin hiyerarşik yapısına aykırı düzenlemeler içeren dava konusu Yönetmelik hükmü ile buna istinaden gerçekleştirilen kıdem sıralamasına ilişkin işlemde hukuka uyarlık görülmediğinden, iptalleri gerektiği düşünülmüştür.

Danıştay Savcısı: Kemal Bilecen

Düşüncesi : Dava; Başbakanlık Denizcilik Müsteşarlığı Teftiş Kurulu Yönetmeliğinin "Müfettişlerin Kıdemi" başlıklı 51. maddesinin ikinci bendinin ve bu hüküm uyarınca yapılarak duyurulan kıdem sıralamasının iptali istemiyle açılmıştır.

4.11.2002 gün ve 24926 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Başbakanlık Denizcilik Müsteşarlığı Teftiş Kurulu Yönetmeliği'nin dava konusu edilen 51. maddesinin ikinci bendinde; "Denizcilik Müsteşarlığına ataması yapılan Müfettişlerin kıdem sıralaması, Müfettiş olarak göreve atandıkları kararnamelerinin tarihi esas alınarak yapılır. Aynı kararnameyle Müfettişliğe atananlar, Müfettişlik mesleğinde geçen hizmet sürelerine, bunun da eşitliği halinde Müfettişlik yeterlik sınavındaki aldığı notlara göre sıralanır." kuralına yer verilmiştir.

Müfettişlik gibi kariyer bir meslekte kıdemin, aynı tarihte yeterlik sınavına girerek aynı tarihte müfettişliğe atananlar bakımından yeterlik sınavındaki başarı derecesine göre, farklı tarihlerde müfettişliğe ve başmüfettişliğe atananlar yönünden ise, hizmet sürelerine göre belirlenmesi gerektiğinden; dava konusu yönetmelik hükmünde ve yönetmelik hükmü

uyarınca, davalı kuruma atama tarihi esas alınmak suretiyle yapılan kıdem sıralamasında hukuka uyarlık görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle, dava konusu yönetmelik hükmünün ve bu hükme dayanılarak yapılarak duyurulan kıdem sıralamasının iptali gerektiği düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Beşinci Dairesi'nce işin gereği düşünüldü:

Dava, Başbakanlık Denizcilik Müsteşarlığı Teftiş Kurulu Yönetmeliği'nin 51. maddesinin ikinci fıkrası ile bu hüküm esas alınmak suretiyle, Teftiş Kurulu Müfettişleri arasında yapılan 10.7.2006 günlü ve B.02.1/DNM/060/12076 sayılı kıdem sıralamasına ilişkin işlemin iptali istemiyle açılmıştır.

Denizcilik sistem ve hizmetlerinin ülkenin deniz ilgi, çıkarlarına ve ihtiyaçlarına uygun olarak tahsisi ve geliştirilmesi için Başbakanlığa bağlı Denizcilik Müsteşarlığı'nın kurularak teşkilat ve görevlerine ilişkin esasları düzenlemek amacıyla hazırlanan 491 sayılı "Denizcilik Müsteşarlığı'nın Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname" 19.8.1993 günlü 21673 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiş, 7.2.2002 günlü ve 4745 sayılı Kanun'un 7 nci maddesi ile 491 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'ye eklenen Ek 6 ncı madde ile Müsteşarlığın denetim hizmetlerini yerine getirmek amacıyla Teftiş Kurulu oluşturulmuştur.

Anılan 4745 sayılı Kanun'un Geçici 1 inci maddesi ile de; bu Kanun'un yürürlüğe girdiği tarihte Bakanlık, Müsteşarlık veya Genel Müdürlük kadrolarında teftiş, inceleme ve soruşturma yetkilerine sahip olarak yardımcılıkta geçen süre dahil, en az beş yıl görev yapmış olan denetim elemanlarından, en geç üç ay içinde başvuruların, kurumlarının muvafakatı üzerine bu Kanunun yayımını izleyen altı ay içinde Denizcilik Müsteşarlığı Teftiş Kurulu'na müfettiş olarak atanabilmelerine olanak sağlanmış, aynı Kanunla bir Teftiş Kurulu Başkanı ve 12 Müfettiş kadrosu ihdas edilmiştir.

4.11.2002 tarihli 24926 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan "Başbakanlık Denizcilik Müsteşarlığı Teftiş Kurulu Yönetmeliği" ile Başbakanlık Denizcilik Müsteşarlığı Teftiş Kurulu'nun teşkilat ve görevleri ile Teftiş Kurulu Başkanı, Müfettiş ve Müfettiş Yardımcılarının atanmaları, özlük hakları ve Teftiş Kurulu Müfettiş ve Müfettiş Yardımcılarının çalışma esas ve usulleri kurala bağlanmış; "Müsteşarlık Müfettişliği'ne Giriş" başlığı altında düzenlenen 20. maddesinde "Müsteşarlık Müfettişliği'ne Müfettiş Yardımcısı olarak girilir." kuralına yer verildikten sonra, Müfettiş Yardımcılığı'na atanabilmek için Kamu Görevlerine İlk Defa Atanacaklar İçin Yapılacak Sınavlar Hakkında Genel Yönetmelik hükümlerine göre yapılacak eleme sınavı sonucunda geçerli ve yeterli puan almak ve Kamu Personeli Seçme Sınavı Kılavuzunda (KPSS) ve/veya Müsteşarlığın belirttiği koşulları taşımak ve bu koşulları taşıyanlar arasında yapılacak giriş sınavında başarılı olmak şartı getirilmiş, maddenin devamında sınavın yapılma esasları ve müfettiş yardımcılığı atanma esasları kurala bağlanmış, 35, 36, 37 ve 38. maddelerde Müfettiş Yardımcılarının yetiştirilmesi, 39 - 39. maddeler arasında ise müfettişliğe atanma koşulları sıralanmıştır. Yönetmeliğin dava konusu edilen "Müfettişlerin Kıdemi" başlıklı 51 inci maddesinin ikinci fıkrasında; "Denizcilik Müsteşarlığı'na ataması yapılan müfettişlerin kıdem sıralaması, müfettiş olarak göreve atandıkları kararnamelerinin tarihi esas alınarak yapılır. Aynı kararnameyle müfettişliğe atanalar, müfettişlik mesleğinde geçen hizmet sürelerine, bunun da eşitliği halinde müfettişlik yeterlik sınavındaki aldığı notlara göre sıralanır." hükmüne yer verilerek söz konusu Yönetmelik kapsamında ataması yapılan müfettişlerin Denizcilik Müsteşarlığı Teftiş Kurulundaki kıdem sıralamasının, atama kararnamelerinin tarihi esas alınmak suretiyle oluşturulması genel kural olarak belirlenmiştir.

27.3.1981 tarihinde Türkiye Elektrik Kurumu Teftiş Kurulu Başkanlığı'nda Müfettiş Yardımcısı olarak göreve başlayan, aynı Kurulda sırasıyla Müfettiş ve Başmüfettişliğe yükselerek 4046 sayılı Kanun hükümleri gereğince 23.6.2006 tarihinde Denizcilik Müsteşarlığı

Teftiş Kurulu Başkanlığı'na müfettiş olarak atanan davacı, Teftiş Kurulu'nda görev yapan toplam 22 müfettiş hakkında Denizcilik Müsteşarlığı Teftiş Kurulu Yönetmeliği'nin 51 inci maddesi esas alınarak kurulan 13.7.2006 günlü ve B.02.1/DNM/060/12076 sayılı işlemde, kıdem sıralamasında 21 inci sırada yer almış bulunmaktadır.

657 sayılı Kanun'un 3. maddesinde de, "Sınıflandırma", "Kariyer" ve "Yeterlik" ilkeleri bu Kanunun temel ilkeleri olarak belirlenmiş; kariyer ilkesi, Devlet memurlarına yaptıkları hizmetler için gerekli bilgilere ve yetiştirme koşullarına uygun şekilde, sınıfları içinde en yüksek derecelere kadar ilerleme olanağı sağlamak; yeterlik ilkesi ise, Devlet kamu hizmetleri görevlerine girmeyi, sınıflar içinde ilerleme ve yükselmeyi, görevin sona erdirilmesini yeterlik sistemine dayandırmak ve bu sistemin eşit olanaklarla uygulanmasında Devlet memurlarını güvenliğe sahip kılmak olarak tanımlanmıştır.

Görüldüğü üzere Yasa, Devlet memurluğunu bir meslek olarak kabul etmekte ve bunlara, sınıfları içinde en yüksek derecelere kadar ilerleme olanağı sağlanmasını, sınıflar içinde ilerleme ve yükselme işlemlerinin yeterlik sistemine dayandırılmasını öngörmektedir. Bu iki ilkenin temelinde, nesnel kurallar çerçevesinde işin ehline verilmesi ve hak etme kavramı yatmakta olup, kamu hizmetlerinin etkin ve verimli bir şekilde gerçekleştirilmesinin tek güvencesinin de, hizmetin yetiştirilmiş, ehil kamu görevlilerince yerine getirilmesinden geçeceği tabiidir.

Bir çok yargı kararında da belirtildiği üzere kariyer bir meslek olan müfettişlik mesleğinin, geçmiş dönem hizmetleriyle birlikte bir bütün halinde değerlendirilmesi kariyer ve liyakat ilkelerinin mutlak vazgeçilmez niteliğini oluşturduğu gibi, bu yönde bir yapılanma Teftiş Kurullarının oluşması ve işleyiş sistematığına de uygun düşmektedir.

Denizcilik Müsteşarlığı Teftiş Kurulu Başkanlığı, 7.2.2002 günlü ve 4745 sayılı Kanun'un 7 nci maddesi ile 491 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'ye eklenen Ek 6 ncı madde ile oluşturulmuş, aynı Kanunun Geçici 1 inci maddesinde belirlenen esaslar çerçevesinde, ilk aşamada Teftiş Kurulu'nda görev yapacak müfettişlerin kamu kurumlarından nakli sağlanarak Ek (1) sayılı listede yer alan 12 adet kadroya atamalar yapılmıştır.

Daha sonra, 4046 sayılı Yasa uyarınca özelleştirme kapsamında alınan kuruluşlardan aralarında davacının da bulunduğu müfettişlerin Teftiş Kurulu'na atanmaları sağlanmış, bu kapsamda verilen toplam 10 Müfettiş kadrosu ile birlikte toplam Müfettiş sayısı 22 kişiye ulaşmıştır. Bu evrede, ilk aşamada gerçekleştirilen atamalar arasında yer almayan ve 4046 sayılı Kanun kapsamında 23.6.2006 tarihinde atanan davacıya, anılan Geçici 1 inci maddenin uygulanma olanağı kalmamış olduğundan, uyuşmazlığın çözümünde, 4046 sayılı Yasa'nın ilgili hükümlerinin irdelenmesi öne çıkmış ve bu bağlamda değerlendirme yapılması gerekli görülmüştür.

4046 sayılı Özelleştirme Uygulamaları Hakkında Kanun'un dava konusu işlem tarihinde yürürlükte bulunan, 3.7.2005 günlü, 5398 sayılı Kanun'un 8 inci maddesiyle değişik 22 nci maddesinin ikinci fıkrasında; "... Ancak (1) sayılı cetvelde yer alan, mesleğe özel yarışma sınavı ile giren ve belirli süreli meslek içi eğitimden sonra özel bir yeterlik sınavı sonucunda göreve alınanların atama teklifleri, söz konusu görev unvanına uygun kadrolara yapılır. Devlet Personel Başkanlığı tarafından gönderilen atama teklif yazısının atamayı yapacak kamu kurum ve kuruluşuna intikalinden itibaren otuz gün içerisinde bu kurum ve kuruluş tarafından atama işlemlerinin yapılması zorunludur." hükmü yer almıştır.

Bu hükme göre, mesleğe özel bir yarışma sınavı ile girilen ve belli aşamalardan geçildikten sonra ulaşılan Müfettişlik unvanının bu hüküm kapsamında değerlendirilmesi yasal bir zorunluluktur. Buna göre davacının durumunun bu madde kapsamında değerlendirilerek, Teftiş Kurulu içerisindeki kıdemi, geçmiş dönemdeki bütün mesleki kazanımları da göz önüne alınmak suretiyle belirlenmesi temel esas olmalıdır.

Başka bir anlatımla, 4046 sayılı Kanun'un 22 nci maddesinde yerini alan "görev unvanına uygun kadro" ifadesini, müfettişler yönünden ulaşmış oldukları kariyer ve liyakatın,

yeni atanmış olduğu kuruma hiç bir şekilde kayba uğratılmadan, aynı zamanda da kurumun Teftiş Kurulunun hiyerarşik yapısını bozmadan yansıtılması amacını taşıdığını kabul etmek gerekir. Kaldı ki bu yönde bir değerlendirme ve yapılanmanın, teftiş hizmetlerinin sistematik yapısıyla da örtüşeceği açıktır.

Oysa, davalı idarece bu kapsamın dışına çıkılarak Müfettişlerin kıdemlerinin saptanmasında; Kurumdaki müfettişlik mesleğine yarışma sınavı ile giren ve müfettiş yardımcılığında geçen başarılı bir dönem sonrasında yeterlik sınavına girerek başarılı olan ve müfettişliğe atamaları yapılan denetim elemanlarının kıdemlerinin belirlendiği, "Başbakanlık Denizcilik Müsteşarlığı Teftiş Kurulu Yönetmeliği"nin davacı hakkında uygulanması olanağı bulunmayan 51 inci maddesi esas alınmak suretiyle kıdem sıralaması yapılmış ve söz konusu işlemde 4046 sayılı Yasa hükümleri ve personel hukukunun kariyer ve liyakat ilkeleri ile teftiş hizmetlerinin gerekleri gözardı edilmiştir.

Belirtilen nedenlerle, Teftiş Kurulu Müfettişlerinin kıdem sıralamasına ilişkin 13.7.2006 günlü, B.02/DNM/060/12076 sayılı işlemde hukuka uyarlık görülmemiştir.

Başbakanlık Denizcilik Müsteşarlığı Teftiş Kurulu Yönetmeliği'nin dava konusu edilen 51 inci maddesinin ikinci fıkrası hükmüne gelince; söz konusu düzenlemenin Denizcilik Müsteşarlığı Teftiş Kurulu Başkanlığı Müfettişliği yarışma sınavını kazanarak müfettiş yardımcısı olarak atanan ve girdikleri yeterlilik sınavı sonrasında başarılı olarak Müfettişliğe ataması yapılanların kıdem sıralamasında esas alınacak ölçütlerle ilgili olduğu, bu ölçütlerin teftiş hizmetlerinin mutlak vazgeçilmez niteliği olan kariyer ve liyakat ilkelerine aykırı unsurlar taşımadığı anlaşıldığından hukuka uygun olduğu sonucuna ulaşılmıştır.

Açıklanan nedenlerle, davanın; Denizcilik Müsteşarlığı Teftiş Kurulu Yönetmeliği'nin 51 inci maddesinin ikinci fıkrasının iptalinin istemine yönelik kısmı yönünden reddine, bu hüküm esas alınmak suretiyle Denizcilik Müsteşarlığı Teftiş Kurulu Müfettişleri arasında yapılan 13.7.2006 günlü, 060/12076 sayılı kıdem sıralamasına ilişkin işlemin iptaline, aşağıda dökümü yapılan 89,20.-YTL. yargılama giderinin yarısının davacı üzerinde bırakılmasına, diğer yarısının davalı idarelerden eşit oranda alınarak davacıya verilmesine, artan 14,50.-YTL. posta ücretinin isteği halinde davacıya iadesine, 24.10.2008 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

YARGILAMA USULÜ

T.C. DANIŞTAY Beşinci Daire

Esas No : 2008/1058
Karar No : 2008/4429

Özeti : 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 33. maddesinde, kamu görevlileri ile ilgili davalarda yetki kuralı açıklanmış ve anılan maddenin 3. fıkrasında kamu görevlilerinin ilerlemeler ve yükselmeleri ile ilgili davalarda, ilgilinin görevli olduğu yer ilkesi esas alınmış ise de; dava konusu "Muhasebe Uzmanlığı Sözlü Sınavı"nın Maliye Bakanlığı Muhasebat Genel Müdürlüğü'nün bulunduğu Ankara İli'nde ve ülke çapında gerçekleştirilen bir sınav olması nedeniyle, anılan sınavın iptali istemiyle açılmış olan davayı

2577 sayılı Kanun'un 33. maddesi kapsamında değerlendirilmeye olanak bulunmadığı hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan (Davacı) :...

Karşı Taraf : Maliye Bakanlığı

İsteğin Özeti : Hatay İdare Mahkemesi'nce verilen 4.1.2008 günlü, E:2007/476, K:2008/15 sayılı kararın dilekçede yazılı nedenlerle temyizen incelenerek bozulması isteminden ibarettir.

Cevabın Özeti : Temyiz isteminin reddi gerektiği yolundadır.

Danıştay Tetkik Hakimi : Bülent Küfüdür

Düşüncesi : 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 32. maddesi uyarınca dava konusu uyuşmazlığın görüm ve çözümünde Ankara İdare Mahkemesinin yetkili olduğu, bu nedenle, aynı Kanunun 15/1-a maddesi uyarınca davanın yetki yönünden reddi ve dava dosyasının Ankara İdare Mahkemesi'ne gönderilmesi gerekirken, Hatay İdare Mahkemesi'nce yetkisi dışında olan dava konusu uyuşmazlığın esası hakkında karar verilmiş olması karşısında, temyize konu kararın bozulması gerekeceği düşünülmüştür.

Danıştay Savcısı: İsa Yeğenoğlu

Düşüncesi : 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun "İdari davalarda genel yetki"yi düzenleyen 32. maddesinin 1 numaralı bendinde "Göreve ilişkin hükümler saklı kalmak şartıyla bu Kanunda veya özel kanunlarda yetkili idare mahkemesinin gösterilmemiş olması halinde, yetkili idare mahkemesi, dava konusu olan idari işlemi veya idari sözleşmeyi yapan idari merciin bulunduğu yerdeki idare mahkemesidir" denilmektedir.

Dava konusu "Muhasebe Uzmanlığı Özel Sınavı", Maliye Bakanlığı Muhasebat Genel Müdürlüğü'nün bulunduğu Ankara İli'nde ve ülke çapında gerçekleştirilen bir sınav olması nedeniyle anılan Yasa hükmü uyarınca davanın görüm ve çözümünde Ankara İdare Mahkemeleri yetkili bulunmaktadır.

Açıklanan nedenlerle, davanın 2577 sayılı Yasa'nın 15/1-a. maddesi uyarınca yetki yönünden reddi ile dosyanın yetkili Ankara İdare Mahkemesine gönderilmesi gerekirken, Hatay İdare Mahkemesince işin esası hakkında verilen kararın bozulması gerektiği düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Beşinci Dairesi'nce, dosyanın tekemmül ettiği anlaşıldığından yürütmenin durdurulması istemi hakkında bir karar verilmeksizin işin gereği düşünüldü:

Dava; 19.7.2001 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanan Maliye Bakanlığı Muhasebat Genel Müdürlüğü Muhasebe Uzmanlığı Görev, Çalışma ve Atama Yönetmeliği gereği yapılan Muhasebe Uzmanlığı Özel Sınavının 15.1.2007-25.1.2007 tarihleri arasında yapılan sözlü sınavı bölümünün iptali istemiyle açılmıştır.

Hatay İdare Mahkemesi'nin 4.1.2008 günlü, E:2007/476, K:2008/15 sayılı kararıyla; ara kararı üzerine gönderilen sözlü sınav tutanaklarının incelenmesinden, davalı idarece mevzuata uygun olarak belirlenen soruların sorularak davacının objektif ölçülere göre değerlendirilmesinin yapıldığı sonucuna ulaşıldığından, dava konusu muhasebe uzmanlığı sözlü sınavında hukuka aykırılık bulunmadığı gerekçesiyle dava reddedilmiştir.

Davacı, dava konusu sözlü sınavının objektif ilkelere uygun yapılmadığını, iki farklı komisyon olmasının ve değişik tarihlerde sözlü sınavı yapılmasının hukuka aykırı olduğu gibi kurum içinde yükselme niteliğini taşıyan bu tür bir sınavda sözlü sınav yapılmasının yersiz ve usulsüz olduğunu ileri sürerek, mahkeme kararının temyizen incelenerek bozulmasını istemektedir.

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Yasasının 14. maddesinin 3/a bendinde, dava dilekçelerinin görev ve yetki yönünden öncelikle inceleneceği, 15.maddesinin 1/a bendinde, idari yargının görevli olduğu konularda görevli veya yetkili olmayan mahkemeye açılan

davanın görev veya yetki yönünden reddedilerek dava dosyasının görevli veya yetkili mahkemeye gönderilmesine karar verileceği kurala bağlanmıştır.

Anılan yasanın, genel yetkiye ilişkin 32. maddesinin 1. fıkrasında da, göreve ilişkin hükümler saklı kalmak şartıyla bu kanunda veya özel kanunlarda yetkili idare mahkemesinin gösterilmemiş olması halinde, yetkili idare mahkemesinin, dava konusu idari işlemi veya idari sözleşmeyi yapan idari merciin bulunduğu yerdeki idare mahkemesi olduğu hükmü yer almış, 2. fıkrasında da bu Kanunun uygulanmasında yetkinin kamu düzeninden olduğu vurgulanmıştır.

Dosyanın incelenmesinden, Hatay Defterdarlığı Muhasebe Müdürlüğünde muhasebe memuru olarak görev yapan davacının, 19.7.2001 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanan Maliye Bakanlığı Muhasebat Genel Müdürlüğü Muhasebe Uzmanlığı Görev, Çalışma ve Atama Yönetmeliği gereği yapılan Muhasebe Uzmanlığı Özel Sınavının yazılı sınavı bölümünde 77,5 puan alarak başarılı olmasına rağmen anılan Yönetmelik uyarınca 15.1.2007-25.1.2007 tarihleri arasında gerçekleştirilen sözlü sınavı bölümünde 40 puan alarak başarısız olması üzerine "Muhasebe Uzmanlığı Sözlü Sınavının" iptali istemiyle bakılan davayı açtığı anlaşılmıştır.

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 33. maddesinde kamu görevlileri ile ilgili davalarda yetki kuralı açıklanmış ve anılan maddenin 3. fıkrasında kamu görevlilerinin ilerlemeler ve yükselmeleri ile ilgili davalarda ilgilinin görevli olduğu yer ilkesi esas alınmış ise de; dava konusu "Muhasebe Uzmanlığı Sözlü Sınavı" Maliye Bakanlığı Muhasebat Genel Müdürlüğü'nün bulunduğu Ankara ili'nde ve ülke çapında gerçekleştirilen bir sınav olması nedeniyle anılan sınavın iptali istemiyle açılmış olan bu davayı 2577 sayılı Kanunun 33. maddesi kapsamında değerlendirmek olanaklı değildir.

Bu bakımdan; davanın görüm ve çözümünde 2577 sayılı Yasanın 32. maddesi uyarınca dava konusu sınavı gerçekleştiren Maliye Bakanlığı Muhasebat Genel Müdürlüğü'nün bulunduğu yer bakımından Ankara İdare Mahkemesi yetkili olduğundan, davanın 2577 sayılı Kanunun 15/1-a maddesi uyarınca yetki yönünden reddedilerek dosyanın yetkili Ankara İdare Mahkemesi'ne gönderilmesi gerekirken, Hatay İdare Mahkemesince işin esası hakkında verilen kararda yetki yönünden hukuka uyarlık bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle, davacının temyiz isteminin kabulüyle, Hatay İdare Mahkemesi'nce verilen 4.1.2008 günlü, E:2007/476, K:2008/15 sayılı kararın 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 49. maddesinin 1/a. 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, kullanılmayan 22,90.YTL yürütmenin durdurulması harcının isteği halinde davacıya iadesine, 15.9.2008 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

T.C.
DANIŞTAY
Beşinci Daire
Esas No : 2008/597
Karar No : 2008/4476

Özeti : Türk Tabipleri Birliği Merkez Konseyi ve Tabip Odalarının, 6023 sayılı Yasa'yla verilen görevler bakımından; kimi profesör ve doçentlerin klinik şef ve şef yardımcılığı kadrolarına yapılan atamalarının iptal edilmesi istemiyle yaptıkları başvurunun, cevap verilmemek suretiyle reddine ilişkin işlemin ve bu atama işlemlerinin iptali istemiyle dava açmakta menfaatlerinin ve dolayısıyla dava açma ehliyetlerinin bulunduğu hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan (Davacılar) : 1- Türk Tabipleri Birliği Merkez Konseyi Başkanlığı
2- İstanbul Tabip Odası Başkanlığı
3- Ankara Tabip Odası Başkanlığı
4- İzmir Tabip Odası Başkanlığı

Vekilleri : Av. ...
Karşı Taraf : Sağlık Bakanlığı
Davalı Yanında Davaya Katılanlar :
1- ...
Vekili : Av. ...
2- ... 3- ...
Vekilleri: Av. ...
4- ...
Vekilleri : Av. ..., Av. ...
5- ...
6- ...
Vekili : Av. ...
7- ...
Vekili : Av. ...
8- ... 9- ...
Vekilleri: Av. ...
10- ...
11- ...
Vekili : Av. ..., Av. ...
12- ...
Vekili : Av. ...

İsteğin Özeti : Ankara 3. İdare Mahkemesi'nce verilen 27.4.2007 günlü, E:2006/1535, K:2007/1087 sayılı kararın dilekçede yazılı nedenlerle temyizden incelenerek bozulması isteminden ibarettir.

Cevabın Özeti : Temyiz isteminin reddi gerektiği yolundadır.

Danıştay Tetkik Hakimi : M. Emin Kaçar

Düşüncesi : 6023 sayılı Yasa hükümleri gözönünde tutulduğunda davacıların dava açma ehliyetlerinin bulunduğu anlaşıldığından, davanın ehliyet yönünden reddi yolundaki İdare Mahkemesi kararının bozulması gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı: Filiz Z. Gürmeriç

Düşüncesi : 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 2. maddesinin 1. bendinin (a) alt bendinde iptal davalarının menfaatleri ihlal edilenler tarafından açılacağı hükme bağlanmıştır. İdare Hukukunun genel ilkelerine göre iptal davası açılabilmesi için, gerçek ya da tüzel kişiler ile dava konusu edilen işlem arasında makul ve ciddi bir ilişkinin, diğer bir deyişle menfaat bağının bulunması gerekmektedir.

6023 sayılı Türk Tabipleri Birliği Kanununun 1. maddesinde, Türk Tabipleri Birliğinin tabipler arasında mesleki deontolojiyi ve dayanışmayı korumak, tabipliğin kamu ve kişi yararına uygulanıp geliştirilmesini sağlamak ve meslek mensuplarının hak ve yararlarını korumak amacıyla kurulmuş kamu kurumu niteliğinde mesleki bir kuruluş olduğu; 2. maddesinde Birliğin hükmü şahsiyeti haiz bir teşekkül olduğu kurala bağlanmış; aynı Yasanın "Türk Tabipleri Birliği Merkez Konseyi" başlığını taşıyan 53. maddesinde de, Merkez Konseyinin, meslek hayatının türlü halleri ile ilgili işlere bakmak ve bu Kanunda derpiş edilen hükümleri uygulamak üzere kurulduğu; 54. maddesinde ise, Türk Tabipleri Birliği Merkez Konseyinin, Birliği dahile ve harice karşı temsil edeceği belirtilmiştir. 6023 sayılı Yasanın yukarıda sözü edilen hükümleri karşısında, davacı Türk Tabipleri Birliği Merkez Konseyinin, Birlik üyelerinin hukukunu korumak amacıyla dava açabileceğinin; esasen, Yasa ile belirlenmiş olan kuruluş amacı gözönünde bulundurulduğunda, korunması gereken hak ve menfaatin, Birliğin sadece bir kısım üyesi ile ilgili olması halinde de dava açma ehliyetinin var olduğunun kabulü gerekmektedir. Bu itibarla, 6023 sayılı Yasa ile verilen görevler bakımından, Birliği temsilen Merkez Konseyi ve Ankara, İstanbul ve İzmir Tabip Odası Başkanlıklarının, Sağlık Bakanlığına bağlı eğitim ve araştırma hastanelerine 5413 sayılı Yasanın 6. maddesine dayanılarak şef ve şef yardımcılığına yapılan atama işlemlerine karşı bu davayı açmakta menfaatinin ve dolayısıyla dava açma ehliyetlerinin varlığının kabulü gerektiğinden, davanın ehliyet yönünden reddi yolundaki kararda hukuka uygunluk görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle, temyiz isteminin kabulüyle İdare Mahkemesi kararının bozulması gerektiği düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Beşinci Dairesi'nce işin gereği düşünüldü:

Davacılar, Sağlık Bakanlığı'na bağlı eğitim ve araştırma hastanelerine 5413 sayılı Yasanın 6. maddesine dayanılarak şef ve şef yardımcısı olarak atanan doçent ve profesörlerin atamalarının iptal edilmesi istemiyle yaptıkları başvurunun cevap verilmemek suretiyle reddine ilişkin işlem ile bu atama işlemlerinin iptali istemiyle dava açmıştır.

Ankara 3. İdare Mahkemesi'nin 27.4.2007 günlü, E:2006/1535, K:2007/1087 sayılı kararıyla; iptal davasının gerek 2577 sayılı Yasanın 2. maddesinde, gerekse içtihat ve doktrinde belirlenen hukuki nitelikleri gözönüne alındığında, İdare Hukuku alanında tek taraflı irade açıklamasıyla kesin ve yürütülmesi zorunlu nitelikte tesis edilen idari işlemlerin, ancak bu idari işlemle meşru, kişisel ve güncel bir menfaat ilgisi kurabilenler tarafından iptal davasına konu edileceğinin kabulünün zorunlu bulunduğu; 6023 sayılı Türk Tabipleri Birliği Kanunu'nun 1. maddesinde, Türk Tabipleri Birliğinin, tabipler arasında mesleki deontoloji ve dayanışmayı korumak, tabipliğin kamu ve kişi yararına uygulanıp geliştirilmesini sağlamak ve meslek mensuplarının hak ve yararlarını korumak amacıyla kurulmuş kamu kurumu niteliğinde mesleki bir kuruluş olduğu; 53. maddesinde Türk Tabipleri Birliği Merkez Konseyinin, meslek hayatının türlü halleri ile ilgili işlere bakmak ve bu Kanunda derpiş edilen hükümleri uygulamak üzere kurulduğu; 3. maddesinin değişik 1. fıkrasında da, Türk Tabipleri Birliği ve tabip odalarının, kuruluş amaçları dışında faaliyette bulunamayacaklarının belirtildiği; kamu kurumu niteliğinde meslek kuruluşu olan ve Anayasanın 135 inci maddesi gereğince, diğer amaçlarının yanı sıra belli bir mesleğe sahip olanların müşterek ihtiyaçlarını karşılamak, mesleki faaliyetlerini kolaylaştırmak amacıyla örgütlenmiş olmaları nedeniyle, mensuplarının tümünü ancak ortak çıkarlar doğrultusunda temsil etmek yetkisini haiz

bulunan davacı Türk Tabipleri Birliği Merkez Konseyinin, kanunla kendisine verilen görevler bakımından Birliği temsilen genel düzenleyici işlemlere karşı dava açma ehliyeti bulunmakta ise de, Birlik tüzel kişiliğini ve tabiplik mesleğini ilgilendiren meşru ve güncel bir menfaat ilişkisi bulunmayan, ayrıca üyelerinin hak ve menfaatleri arasında birliktelik olmayan bireysel nitelikteki atamalara karşı subjektif anlamda dava açma ehliyetinin bulunmadığı gerekçesiyle davanın ehliyet yönünden reddine karar verilmiştir.

Davacılar, hukuka aykırılığı Anayasa Mahkemesi kararıyla ortaya çıkan Yasa hükmüne dayanarak atamalar yapıldığını, mesleğin hukuk kurallarına uygun biçimde yürütülmesi ilkesinin zedelendiğini, bu atamaların iptali için dava açılmasının Birliğin üstlendiği görevin doğal bir uzantısı olduğunu, dava açma ehliyetleri bulunduğundan işin esasının incelenmesi gerektiğini ileri sürmekte ve İdare Mahkemesi kararının temyizen incelenerek bozulmasını istemektedirler.

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 2. maddesinin 1/a. fıkrasında, iptal davaları, "İdari işlemler hakkında yetki, şekil, sebep, konu ve maksat yönlerinden biri ile hukuka aykırı olduklarından dolayı iptalleri için menfaatleri ihlal edilenler tarafından açılan davalar" olarak tanımlanmıştır. Gerek doktrinde, gerek yargısal içtihatlarda iptal davası açılabilmesi için gerekli menfaat ihlali, subjektif ehliyet koşulu olarak kabul edilmekte ve genelde kişisel, meşru ve güncel bir menfaatin varlığı ve bunun ihlali, menfaat ilgisinin kurulmasında yeterli sayılmaktadır.

6023 sayılı Türk Tabipleri Birliği Kanunu'nun 1. maddesinde, Türk Tabipleri Birliği'nin tabipler arasında mesleki deontolojiyi ve dayanışmayı korumak, tabipliğin kamu ve kişi yararına uygulanıp geliştirilmesini sağlamak ve meslek mensuplarının hak ve yararlarını korumak amacıyla kurulmuş kamu kurumu niteliğinde mesleki bir kuruluş olduğu; 2. maddesinde, Birliğin hükmi şahsiyeti haiz bir teşekkül olduğu hükme bağlanmış; 4. maddesinde, "Azalarının maddi ve manevi hak ve menfaatlerini korumak ve bunları halkın ve devletin menfaati ile en iyi bir şekilde denkleştirmeye, her türlü iş tevziinin adilane bir suretle düzenlenmesine çalışmak" Birliğin yükümlülükleri arasında sayılmış; aynı Yasanın "Türk Tabipleri Birliği Merkez Konseyi" başlığını taşıyan 53. maddesinde de, Merkez Konseyi'nin, meslek hayatının türlü halleri ile ilgili işlere bakmak ve bu Kanunda derpiş edilen hükümleri uygulamak üzere kurulduğu; 54. maddesinde ise, Türk Tabipleri Birliği Merkez Konseyi'nin, Birliği dahile ve harice karşı temsil edeceği belirtilmiştir.

Türk Tabipleri Birliği ve tabip odalarının, tabiplik mesleğini ve tabipleri ilgilendiren yönetsel işlemlerin iptali istemiyle dava açabilecekleri, Danıştay tarafından pek çok davada kabul edilmiştir. Tabiplerin mesleki hak ve menfaatlerinin korunması ve geliştirilmesi için kurulan Birliğin, Sağlık Bakanlığı'na bağlı eğitim ve araştırma hastanelerindeki klinik şef ve şef yardımcılığı kadrolarına yapılan atamaların dayanağını oluşturan Yasa hükmünün Anayasa Mahkemesi'nce yürürlüğünün durdurulmasıyla ortaya çıkan ve söz konusu atamaların dayanağı Yasa hükmünün Anayasaya aykırı olduğunun saptanmasına ilişkin yeni hukuki durum üzerine, tabiplik mesleğini ilgilendiren bu atamaların iptali istemiyle Sağlık Bakanlığı'na yaptığı başvurunun cevap verilmemek suretiyle reddine ilişkin işlemin Birlik mensuplarının mesleki çıkarlarını ve Birlik tüzel kişiliğini ilgilendirdiğinde kuşku bulunmamaktadır. Tabipliğin kamu ve kişi yararına uygulanıp geliştirilmesini sağlamak, üyelerinin menfaatiyle kamu yararını denkleştirmekle görevli Türk Tabipleri Birliğinin, kimi profesör ve doçentlerin klinik şef ve şef yardımcılığı kadrolarına atanmalarının dayanağını oluşturan Yasa hükmünün Anayasaya aykırı bulunması üzerine bu atama işlemlerini dava konusu etmesi, üstlendiği görevin doğal bir sonucudur.

Bu durumda, 6023 sayılı Yasanın yukarıda sözü edilen hükümleri, Anayasa Mahkemesi'nin yürürlüğü durdurma kararı ve yapılan değerlendirmeler karşısında, davacı Türk Tabipleri Birliği Merkez Konseyi ve Tabip Odalarının, 6023 sayılı Yasa ile verilen görevler bakımından, bu davayı açmakta menfaatlerinin ve dolayısıyla dava açma ehliyetlerinin

bulunduğu sonucuna varıldığından, davanın ehliyet yönünden reddi yolundaki İdare Mahkemesi kararında hukuki isabet görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle, davacıların temyiz istemlerinin kabulüyle Ankara 3. İdare Mahkemesi'nce verilen 27.4.2007 günlü, E:2006/1535, K:2007/1087 sayılı kararın 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 49. maddesinin 1/c. fıkrası uyarınca bozulmasına, aynı maddenin 3622 sayılı Kanunla değişik 3. fıkrası gereğince yukarıda belirtilen hususlar da gözetilerek yeniden bir karar verilmek üzere dosyanın adı geçen Mahkemeye gönderilmesine, kullanılmayan 21,40.-YTL yürütmeyi durdurma harcının isteği halinde davacılara iadesine, 16.9.2008 tarihinde oyçokluğuyla karar verildi.

KARŞI OY

İdare Mahkemesince verilen karar ve dayandığı gerekçe hukuk ve usule uygun olup, bozulmasını gerektirecek bir neden de bulunmadığından, davacıların temyiz istemlerinin reddi ile davanın ehliyet yönünden reddi yolundaki İdare Mahkemesi kararının onanması gerektiği oyu ile karara karşıyım.

T.C. DANIŞTAY BEŞİNCİ DAİRE

Esas No : 2008/4337

Karar No : 2008/4505

Özeti : 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 46. maddesi uyarınca, Danıştay dava daireleri ile idare mahkemelerinin nihai kararlarına karşı Danıştayda temyiz yoluna başvurulabileceği açık ise de; temyiz incelemesinin yapılabilmesinin, ancak temyiz dilekçesinin usulüne uygun olarak düzenlenmiş olması ve bu dilekçenin yasada öngörülen süre içinde ilgili yargı yerlerine verilmesi halinde mümkün olabileceği hakkında.

KARAR

İstanbul Büyükşehir Belediye Başkanlığı tarafından, 6.9.2005 tarihli dilekçe ile şikayet edilen Bakırköy Hakimi ... hakkında işlem yapılmasına gerek görülmediği yolundaki Adalet Bakanlığı Ceza İşleri Genel Müdürlüğü'nün 17.3.2006 günlü, 12001 sayılı işleminin iptali istemiyle Adalet Bakanlığı'na karşı açılan davada; dosyanın incelenmesinden; Ankara 9. İdare Mahkemesi'nin 8.6.2006 günlü, E:2006/1383, K:2006/1434 sayılı kararıyla davanın incelenmeksizin reddine karar verildiği, bu kararın, davacı İstanbul Büyükşehir Belediye Başkanlığı'na 6.3.2007 tarihinde tebliğ edildiği; davacının, 12.12.2007 havale tarihli dilekçesiyle Ankara 9. İdare Mahkemesi'nden hem yürütmenin durdurulması istemi, hem de davanın esası hakkında karar verilmesini istediği; bu istem üzerine Ankara 9. İdare Mahkemesi Başkanı tarafından yazılan 24.1.2008 günlü cevabi yazıda, "...Mahkememizce bu dosyada yeniden bir karar verilmesine hukuken imkan bulunmadığından, Mahkeme kararımızın ancak temyiz edilmesi halinde yeniden incelenmesi mümkündür." ibaresinin yer aldığı; bu yazının 13.2.2008 tarihinde davacıya tebliğ edildiği; davacı Belediye vekilinin, 19.2.2008 tarihinde kayda giren ve Ankara Bölge İdare Mahkemesi Başkanlığı'na hitaben yazdığı dilekçesiyle, "taleplerinin reddine ilişkin tek hakimle verilmiş olan karar kaldırılarak, dava hakkında bir karar verilmesinin" istediği; Ankara Bölge İdare Mahkemesi'nin 4.6.2008 günlü, E:2008/3251, K:2008/3606 sayılı kararıyla davacı vekilinin bu istemi görev yönünden

reddedilerek, dosyanın, kararı temyizen incelemekle görevli Danıştay'a gönderilmesine karar verildiği anlaşılmış olup, işin gereği düşünüldü:

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 3. maddesinde, dava dilekçelerinde hangi hususların gösterileceği belirtilmiş; "Temyiz dilekçesi" başlıklı 48. maddesinin 2. fıkrasında ise, "Temyiz dilekçelerinin 3. madde esaslarına göre düzenlenmesi gereklidir; düzenlenmemiş ise eksikliklerin onbeş gün içinde tamamlanması hususu, kararı veren mahkemece ilgiliye tebliğ olunur. Bu sürede eksiklikler tamamlanmazsa temyiz isteminde bulunulmamış sayılmasına Danıştay veya mahkemece karar verilir." hükmü yer almıştır.

Aynı Yasa'nın 46. maddesi uyarınca, Danıştay dava daireleri ile idare mahkemelerinin nihai kararlarına karşı Danıştay'da temyiz yoluna başvurulabileceği açık ise de; temyiz incelemesinin yapılabilmesi, ancak temyiz dilekçesinin usulüne uygun olarak düzenlenmiş olması ve bu dilekçenin Yasa'da öngörülen süre içinde ilgili yargı yerlerine verilmesi halinde mümkündür.

Olayımızda ise, davacı İstanbul Büyükşehir Belediye Başkanlığı'nın sözü edilen dilekçesinin, 2577 sayılı Yasa'nın 48/2. maddesine uygun olarak düzenlenmediği görülmektedir.

Açıklanan nedenlerle, 2577 sayılı Yasa'nın 48. maddesinin 2. fıkrası uyarınca, (15) gün içinde usulüne uygun bir dilekçe ile temyiz isteğinin yenilenmesi hususu bir kararla davacı İstanbul Büyükşehir Belediye Başkanlığı'na tebliğ edilmek ve temyiz isteğinin yenilenmesi halinde yeniden tekemmül ettirilecek temyiz dosyası Danıştay'a gönderilmek üzere, dosyanın Ankara 9. İdare Mahkemesine iadesine, 16.9.2008 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

T.C.
DANIŞTAY
Beşinci Daire

Esas No : 2006/7903
Karar No : 2008/4574

Özeti : 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 olduğu ve söz konusu karara karşı yapılacak temyiz başvurusu üzerine işin esasının incelenebileceği hakkında.

Temyiz Eden (Davalılar): 1-) Başbakanlık
2-) Bayındırlık ve İskan Bakanlığı

Karşı Taraf : ...
Vekili : Av. ...

İsteğin Özeti : Milli Güvenlik Kurulu Genel Sekreterliğinde uzman olarak görev yapan davacının, Bayındırlık ve İskan Bakanlığı emrine uzman olarak atanmasına ilişkin 12.8.2005 tarihli işlemin; davalı idarece, dava konusu işlemin kamu hizmetinin etkin ve verimli bir şekilde yürütülmesi ve 2945 sayılı Milli Güvenlik Kurulu Genel Sekreterliği Kanunu'nun 4963 sayılı Yasa ile değiştirilerek yeniden yapılandırılması sonucu Milli Güvenlik Kurulu Genel Sekreterliği'nin teşkilat yapısına ve ihtiyacına uygun personel istihdamının sağlanması amacıyla kurulduğu ileri sürülmekte ise de; yeniden yapılandırma nedeniyle diğer

kamu kurum ve kuruluşlarına naklen atanması zorunluluğu doğan personelin seçiminin ve dolayısıyla dava konusu işlemin objektif kriterler dikkate alınmaksızın gerçekleştirildiği saptandığından; davacının hizmetine gerek olmadığı ve kurum dışına atanmasına ihtiyaç duyulduğuna ilişkin somut bilgi ve belge bulunmaksızın kurulduğu anlaşılan işlemde hukuka uyarlık görülmediği gerekçesiyle iptali, bu işlem nedeniyle yoksun kaldığı parasal haklarının dava tarihinden itibaren işletilecek yasal faiziyle birlikte davacıya ödenmesi yolunda Ankara 5. İdare Mahkemesince verilen 29.9.2006 günlü, E:2005/2241, K:2006/2954 sayılı kararın ve bu kararın açıklanması isteminin kabulüne ilişkin 3.12.2007 günlü, E:2005/2241 sayılı kararın temyizden incelenerek bozulması istenilmektedir.

Cevabın Özeti : Temyiz isteminin reddi gerektiği yolundadır.

Danıştay Tetkik Hakimi : Süleyman Aydın

Düşüncesi : Mahkeme kararının onanması gerektiği düşünülmüştür.

Danıştay Savcısı : Saadet Ünal

Düşüncesi : İdare ve vergi mahkemelerince verilen kararların temyizden incelenerek bozulabilmesi için, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 49. maddesinin birinci fıkrasında belirtilen nedenlerin bulunması gerekmektedir.

Temyiz dilekçelerinde öne sürülen hususlar, söz konusu maddede yazılı nedenlerden hiçbirisine uymadığından, istemlerin 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.

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 itibarıyla bir üst yargı merciinde temyize konu olabilecek nihai kararlardan olmadığı kuşkusuzdur.

Ancak, 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 söz konusu karara karşı yapılacak temyiz başvurusu üzerine işin esasının incelenebileceğini de ayrıca vurgulamak gerekir.

Olayda ise, davacının, 29.9.2006 günlü, E:2005/2241, K:2006/2954 sayılı kararın kabule ilişkin kısmının teşvik ikramiyesini kapsayıp kapsamadığının açıklanması yolundaki istemi üzerine Ankara 5. İdare Mahkemesi'nce; "iptal kararlarının, dava konusu işlemi ilk tesis edildikleri tarihten itibaren, hiç tesis edilmemiş gibi hukuk dünyasından bütün sonuçları ile çıkartan kararlar olduğu; iptal edilen işlem nedeniyle ilgililerin oluşan tüm zararlarının idarece tazmini gerektiği, ilgili yönetmelikte yalnızca sicil olumsuz olması ya da o yıl içinde disiplin cezası alınması halinde ödenmeyeceği öngörülen teşvik ikramiyesinin, davacının görevde olmaması sebebiyle ödenmediği tartışmasız bulunduğu ve davacının bulunduğu görevle ilişkisini kesen işlemin yargı kararıyla iptal edilerek tüm parasal haklarının tazminine

karar verildiğinden; bu bağlamda teşvik ikramiyesinin de ödenmesi gerekeceği" yolunda verilen 3.12.2007 günlü, E:2005/2241 sayılı açıklama kararı, temyize konu edilen Mahkeme kararının hüküm fıkrasını değiştirir nitelikte olmadığından anılan kararın temyize konu edilmesi ve bu istemin incelenmesi mümkün bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle, davalı idarelerin 29.9.2006 günlü, E:2005/2241, K:2006/2954 sayılı karara yönelik temyiz istemleri yönünden Ankara 5. İdare Mahkemesinin dayandığı gerekçe hukuk ve usule uygun olup, bozulmasını gerektirecek bir sebep de bulunmadığından temyiz istemlerinin reddi ile anılan kararın onanmasına, davalı idarelerden Başbakanlığın 3.12.2007 günlü, E:2005/2241 sayılı karara yönelik temyiz isteminin ise incelenmeksizin reddine, temyiz giderlerinin istemde bulunan davalı idareler üzerinde bırakılmasına, 19.9.2008 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

T.C.
DANIŞTAY
Beşinci Daire

Esas No : 2008/310
Karar No : 2008/4597

Özeti : Davacı vekilinin dava dilekçesinde göstermiş olduğu adrese daha önce bildirimde bulunulmuş olması karşısında, ilgilinin bu adresten ayrıldığına saptanılması üzerine, davacı vekilinin dava dilekçesinde gösterdiği ve daha önce bildirim yapılmış olan adresde, 7201 sayılı Kanun'un 35. maddesinde belirtilen yöntemle göre bildirim yapılması gerekirken, bu kurala uyulmaksızın yürütülen işlemler sonucunda dosyanın işlemde kaldırılması ve bir yıl içinde yeni adresin bildirilmediği gerekçesiyle, davanın açılmaması sayılması yolundaki idare mahkemesi kararında, hukuka uygunluk bulunmadığı hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan (Davacı) : ...

Karşı Taraf : Sağlık Bakanlığı

İsteğin Özeti : Ankara 7. İdare Mahkemesi'nce verilen 27.9.2006 günlü, E:2005/348, K:2007/2031 sayılı "davanın açılmaması sayılmasına" ilişkin kararın dilekçede yazılı nedenlerle temyizden incelenerek bozulması isteminden ibarettir.

Cevabın Özeti : Temyiz isteminin reddedilerek Mahkeme kararının onanması gerektiği yolundadır.

Danıştay Tetkik Hakimi : Bülent Küfüdür

Düşüncesi : İdare Mahkemesi kararının bozulması gerektiği düşünülmüştür.

Danıştay Savcısı: İsa Yeğenoğlu

Düşüncesi : 7201 sayılı Tebliğat Kanunu'nun 35. maddesinin değişik ikinci ve üçüncü fıkralarında "Adresini değiştiren kimse yenisini bildirmediği ve yeni adres tebliğ memuruna da tespit edilemediği takdirde tebliğ olunacak evrakın bir nüshası eski adrese ait binanın kapısına asılır ve asılma tarihi, tebliğ tarihi sayılır.

Bundan sonra eski adrese çıkarılan tebliğler muhataba yapılmış sayılır."hükümlerine yer verilmiştir.

Olayda, Mahkemece, 3.10.2005 gün ve E:2005/348 sayılı "yürütmenin durdurulması istemi hakkında karar verilmesine yer olmadığına" ilişkin kararın davacı vekiline tebliğ edilememesi ve vekilin yeni adresi ile baro kaydının saptanamaması üzerine davacının bilinen

adresine çıkarılan tebligat mazbatasında posta dağıtıcısının evrakın tebliğinin mümkün olmadığı yolundaki notu ile yetinilmiş olup , bu tebligatın 7201 sayılı Yasa'nın yukarıda hükmü yazılı 35. maddesine uygun olmadığından , davanın açılmamış sayılmasına ilişkin kararda hukuki isabet görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle , temyize konu kararın bozulması gerekeceği düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Beşinci Dairesi'nce dosyanın tekemmül ettiği anlaşıldığından, yürütmenin durdurulması istemi hakkında bir karar verilmeksizin, işin gereği düşünüldü:

Dava; davacının, uzman tabip olarak atamasının, eş durumu gözetilerek yapılması isteminin reddi ve gıyabında yapılan kura sonucunda eş durumu gözetilmeden ... iline yapılan atamasının iptali için açılan davada Ankara 2. İdare Mahkemesi'nce yürütmenin durdurulmasına karar verilmesine karşın, hakkındaki yargı kararı ve eş durumu gözetilmeden ... Devlet Hastanesine naklen atanmasına ilişkin 9.2.2005 günlü, 19475 sayılı işlemin iptali istemiyle açılmıştır.

Ankara 7. İdare Mahkemesi'nin 27.9.2006 günlü, E:2005/348, K:2007/2031 sayılı kararıyla, davacının gösterdiği adrese bildirimde bulunulmaması nedeniyle, 25.1.2006 günlü karar ile dosyanın işlemde kaldırılmış olmasına karşın, bir yıl içinde yeni adres bildirilmek suretiyle dosyanın işleme konulmasının istenmediği gerekçesiyle, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 26. maddesinin 3622 sayılı Kanun ile değişik 3. fıkrası uyarınca davanın açılmamış sayılmasına ve bu kararın davalı idareye bildirilmesine karar verilmiştir.

Davacı, avukatının İstanbul'a taşınması nedeniyle adresinin değiştiğini, Mahkemenin UYAP'tan avukatının adresine kolaylıkla ulaşabileceğini, ayrıca, avukatının Mahkemeye bildirdiği adrese yapılan bildirimin yöntemine uygun olmadığını, dava dosyasındaki vekaletnamede ve diğer belgelerde kendisinin gerçek adresi olmasına karşın Mahkemenin Ankara 2. İdare Mahkemesine açtığı davaya ait dilekçe ve karardaki adrese bildirimde bulunmaya çalıştığını, oysa bu adresin çok önce birlikte oturduğu babasına ait olduğunu ve babasının bu adresten taşındığını, bu açıdan da bildirimin yöntemine aykırılık taşıdığını ve Mahkemenin temyize konu kararından ...'ya tekrar atanmasının yapılması üzerine yaptığı araştırma sonucu haberdar olduğunu öne sürmekte ve İdare Mahkemesi kararının temyizen incelenerek bozulmasını istemektedir.

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 26. maddesinin 3. fıkrasında, davacının gösterdiği adrese bildirimin yapılamaması halinde, yeni adresin bildirilmesine kadar dava dosyasının işlemde kaldırılacağı ve varsa yürütmenin durdurulması kararının kendiliğinden hükümsüz kalacağı, dosyanın işlemde kaldırıldığı tarihten başlayarak bir yıl içinde yeni adres bildirilmek suretiyle yeniden işleme konulması istenmediği takdirde, davanın açılmamış sayılmasına karar verileceği, 4. fıkrasında da, davaların işlemde kaldırılmasına ve davanın açılmamış sayılmasına ilişkin kararların, diğer tarafa bildirileceği belirtilmiş olup, aynı Kanunun 60. maddesinde ise, Danıştay ile bölge idare, idare ve vergi mahkemelerine ait her türlü bildirim işlerinin, Tebligat Kanunu hükümlerine göre yapılacağı kurala bağlanmıştır.

2577 sayılı Kanunun yukarıda açıklanan 60. maddesi ile yollama yapılan 7201 sayılı Tebligat Kanununun 35. maddesinde ise;

"Kendisine veya adresine kanunun gösterdiği usullere göre tebliğ yapılmış olan kimse, adresini değiştirirse, yenisini hemen tebliğ yaptırmış olan kaza merciine bildirmeye mecburdur. Bu takdirde bundan sonraki tebliğler bildirilen yeni adrese yapılır.

Adresini değiştiren kimse yenisini bildirmediği ve yeni adres tebliğ memurunca da tespit edilemediği takdirde, tebliğ olunacak evrakın bir nüshası eski adrese ait binanın kapısına asılır ve asılma tarihi, tebliğ tarihi sayılır.

Bundan sonra eski adrese çıkarılan tebliğler muhataba yapılmış sayılır." hükmü yer almıştır.

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 26. maddesinin 3. fıkrasında öngörülen dosyanın işlemde kaldırılabilmesi ile ilgili kural, dava dilekçesinde gösterilen adrese henüz herhangi bir bildirim yapılmayan durumlarda uygulanabilir. Dava dilekçesinde gösterilen adreste daha önce bildirim yapılan kişinin, eski adresini değiştirdiği ve bildirme elverişli yeni adresini bildirmediği veya böyle bir adresin saptanamadığı durumlarda ise bildirimin, Tebligat Kanununun 35. maddesine göre yapılması yasal bir zorunluluktur.

Nitekim, davacının (avukat ile temsil edilen davalarda vekili avukatın) dava dilekçesinde gösterdiği adrese bildirim yapılamaması halinde, bu adreste daha önce bildirim yapıp yapılmadığına bakılmaksızın, 2577 sayılı Kanunun 26/3. maddesi hükmünün, adres değişikliği nedeniyle bildirimin yapılamadığı her durumda uygulanması ve bu şekilde dosyanın işlemde kaldırılması halinde, aynı Kanunun 60 maddesi ile yollama yapılan Tebligat Kanununun 35. maddesinin hiç bir şekilde uygulanma olanağının olmayacağı açıktır.

Bununla beraber, 7201 sayılı Kanunun 35. maddesinin 1. fıkrasında "kendisine veya adresine kanunun gösterdiği usullere göre tebliğ yapılmış olan kimse" ibaresine yer verilmiş olmasından da, 35. madde hükmünün; ancak, dava dilekçesinde gösterdiği adrese daha önce bildirim yapılan durumlar için uygulanabileceği sonucuna varılmaktadır.

Bu bağlamda, dava dilekçesinde gösterilen adreste daha önce bildirim yapılmış ise, daha sonraki aşamalarda, adres değişikliği nedeniyle bu adrese bildirim yapılamaması ve ilgilinin yeni adresinin tebliğ memurunca saptanamaması durumunda, 2577 sayılı Kanunun 60. maddesi ile yollama yapılan 7201 sayılı Kanunun 35. maddesi uygulanarak bildirimin gerçekleştirilmesi gerekir.

Bakılan davada; davacının yürütmenin durdurulması istemine yönelik olarak İdare Mahkemesinin vermiş olduğu 28.2.2005 tarihli ve 9.5.2005 tarihli kararların, davacı vekilinin dava dilekçesinde göstermiş olduğu adreste bildirildiği, yürütmenin durdurulması isteminin reddi kararına karşı yapılan itiraz üzerine Ankara Bölge İdare Mahkemesi'nce verilen itirazın kabulüne ilişkin 7.6.2005 tarihli kararın ise, aynı adreste Tebligat Kanununun 21. maddesi uyarınca bildirildiği, Ankara Bölge İdare Mahkemesi'nin anılan kararından sonra, ancak kararın bilgilendirilmesinden önce, davacı vekilinin ikinci kez yürütmenin durdurulmasını istemesi üzerine bu istemi hakkında karar verilmesine yer olmadığına ilişkin Ankara 7. idare Mahkemesi'nin 3.10.2005 tarihli kararının da aynı şekilde davacı vekilinin bilinen adresine bildirimle çıkarıldığı, "tebliğ yapılacak kişinin adresten ayrıldığı" gerekçesiyle bildirim evrakının iade edildiği, Mahkeme tarafından davacı vekilinin Ankara Barosundan açık adresinin sorulduğu, Ankara Barosu tarafından davacı vekilinin ismine Baro levhasında rastlanılmadığının bildirilmesi üzerine, bu kez davacının Ankara 2. İdare Mahkemesi'ne açtığı önceki davasına ait dilekçede bu davaya ait belgelerde yer alan ve davacının; babasına ait ve eskiden oturduğu adres olduğunu ileri sürdüğü "... adresine bildirim yapıldığı, "adresin kapalı olduğu, muhatabın tanınmadığı ve muhtarda kaydının olmadığı" gerekçesiyle bu bildirimin de iade edilmesi üzerine 2577 sayılı Kanunun 26/3. maddesi uyarınca 25.1.2006 tarihinde dosyanın işlemde kaldırılmasına karar verildiği, anılan maddede de öngörülen bir yıllık süre içinde adres değişikliği bildirilerek dosyanın yeniden işleme konulması istenmediği için de, 27.9.2007 tarihinde davanın açılmamış sayılmasına karar verildiği ve bu kararın davalı idareye bildirildiği, dosyanın işlemde kaldırılmasından bir süre sonra davacı tekrar ...'ya naklen atanınca, Mahkemeye verdiği 19.12.2007 tarihli dilekçe üzerine durumdan haberi olunca, vekili avukatı azledip 24.12.2007 tarihli dilekçe ile adresini bildirerek davanın açılmamış sayılması kararını temyiz ettiği anlaşılmıştır.

Bu durumda; davacı vekilinin dava dilekçesinde göstermiş olduğu adrese daha önce bildirimde bulunulmuş olması karşısında, ilgilinin bu adresten ayrıldığına saptanılması üzerine, davacı vekilinin dava dilekçesinde gösterdiği ve daha önce bildirim yapılmış olan adreste 7201 sayılı Kanunun 35. maddesinde belirtilen yöntemle göre bildirim yapılması gerekirken, bu kurala uyulmaksızın yürütülen işlemler sonucunda dosyanın işlemde

kaldırılması ve bir yıl içinde yeni adresin bildirilmediği gerekçesiyle davanın açılmamış sayılması yolundaki İdare Mahkemesi kararında hukuka uygunluk bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle, davacının temyiz isteminin kabulüyle, Ankara 7. İdare Mahkemesi'nce verilen 27.9.2006 günlü, E:2005/348, K:2007/2031 sayılı kararın 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 49. maddesinin 1/c. 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, kullanılmayan 21,40 YTL yürütmenin durdurulması harcının isteği halinde davacıya iadesine, 22.9.2008 tarihinde oyçokluğuyla karar verildi.

KARŞI OY

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 26 ncı maddesi, "dava açıldıktan sonra davacıya tebligat yapılmaması" durumunda izlenecek yöntemi kurala bağlamaktadır. Maddenin hiç bir yerinde, davacıya, dava dilekçesinde veya başka şekilde bildirdiği adresinde Tebligat Kanunu hükümlerine göre tebligat yapılamamış olması halinde bu kuralın uygulanabileceğine ilişkin bir ibare yer almamaktadır.

Aynı Kanunun "Tebliğ işleri ve ücretler" başlığı altında düzenlenen 60 ıncı maddesinin ise 26 ncı madde uygulamasına yön veren bir içeriği olmayıp; Danıştay ile bölge idare ve vergi mahkemeleri kararlarının tebliğine ilişkin durumlarda uygulanabileceğinin kabulü zorunludur.

Açıklanan nedenler temyiz isteminin reddi ile anılan kararın onanması gerektiği oyu ile bozma yolundaki karara katılmıyorum.

T.C.

DANIŞTAY

Beşinci Daire

Esas No : 2008/2694

Karar No : 2008/6050

Özeti : Davacının vermiş olduğu dilekçenin; başlığı, konusu ve içeriği yönünden, 4483 sayılı Kanun uyarınca soruşturma izni verilmemesine ilişkin Ankara Valiliği kararına karşı itiraza ilişkin olması, dolayısıyla, işlemin iptali istemiyle açılmış bir idari davanın bulunmaması karşısında, dilekçenin yanlışlıkla gönderildiği idare mahkemesince dosya esas kaydının kapatılarak, dosyanın itirazı incelemeye yetkili bölge idare mahkemesine gönderilmesi gerekirken, iptal davası şeklinde nitelendirilmesi suretiyle karar verilmesinde, hukuksal isabet bulunmadığı hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan (Davacı) : ...

Vekili : Av. ...

Karşı Taraf : Ankara Valiliği

İsteğin Özeti : Ankara 1. İdare Mahkemesi'nce verilen 5.12.2007 günlü, E:2007/1544, K:2007/2898 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 : Bülent Küfüdür

Düşüncesi : İdare Mahkemesi 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. 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:

Davacının, Bölge Tapu Sicil Müdürlüğü'nde görevli bazı kişiler hakkında resmi belgede sahtecilik suçlamasıyla yaptığı şikayet üzerine adı geçen kamu görevlileri hakkında 4483 sayılı Kanun uyarınca yapılan ön inceleme sonucunda Ankara Valiliği'nce verilen "soruşturma izni verilmemesine" ilişkin 15.1.2007 günlü, S-10 sayılı kararın kaldırılarak, ilgililer hakkında soruşturma izni verilmesi istenilmektedir.

Ankara 1. İdare Mahkemesi'nin 5.12.2007 günlü, E:2007/1544, K:2007/2898 sayılı kararıyla; dava konusu karara karşı davacının 4483 sayılı Kanunun 9. maddesinin 2. fıkrasında belirtilen yolu izleyerek Bölge İdare Mahkemesi'ne itirazda bulunması gerekirken, idari davaya konu olabilecek kesin ve yürütülmesi gereken bir işlem niteliği olmayan "soruşturma izni verilmemesi" kararının kaldırılması istemiyle açılan davanın incelenme olanağı bulunmadığı gerekçesiyle davanın incelenmeksizin reddine karar verilmiştir.

Davacı vekili, Bölge İdare Mahkemesi'ne hitaben yazılan dilekçe ile ve itiraz eden sıfatı ile başvuruda bulunduklarını, ancak, itiraz dilekçesindeki "Bölge" kısmının üzerinin çizilerek tevzi bürosu tarafından dilekçenin yanlışlıkla idare mahkemesi'ne gönderildiğini, "soruşturma izni verilmemesi" kararına karşı iptal davası açmadıklarını, dilekçe formatından da bu hususun anlaşılabileceğini, süresi içinde yaptıkları itiraza ilişkin dilekçenin dağıtımdaki yanlışlık nedeniyle idare mahkemesine gönderilmesi sonucunda, karara karşı iptal davası açılmış gibi değerlendirilerek hüküm kurulduğunu, bu nedenle, idare mahkemesince verilen kararın hukuka aykırı olduğunu öne sürmekte ve kararın temyizen incelenerek bozulmasını istemektedir.

4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanunun 9. maddesinde, yetkili merci tarafından verilen soruşturma izni verilmesine ilişkin karara karşı memur veya diğer kamu görevlisinin, soruşturma izni verilmemesine ilişkin karara karşı ise Cumhuriyet Başsavcılığı veya şikayetçinin itiraz yoluna gidebileceği, itiraz süresinin, yetkili mercinin kararının bildiriminden başlayarak on gün olduğu, itiraza, 3. maddenin (e), (f), (g) (Cumhurbaşkanınca verilen izin hariç) ve (h) bentlerinde sayılanlar için Danıştay Birinci Dairesinin, diğerleri için yetkili mercinin yargı çevresinde bulunduğu bulunduğu bölge idare mahkemesinin bakacağı, itirazların öncelikle inceleneceği ve en geç üç ay içinde karara bağlanacağı ve itiraz üzerine verilen kararların kesin olduğu belirtilmiştir.

Diğer yandan, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 2. maddesinde, idari işlemler hakkında yetki, şekil, sebep, konu ve maksat unsurları yönlerinden biri ile hukuka aykırı olduklarından dolayı iptalleri için menfaatleri ihlal edilenler tarafından açılan davaların iptal davaları olduğu hüküm altına alınmıştır.

Dosyanın incelenmesinden; davacının, Bölge Tapu Sicil Müdürü ... Müdür Yardımcısı ...ve Şef ... hakkında resmi evrakta sahtecilik suçlamasıyla Ankara Cumhuriyet Başsavcılığı'na yapmış olduğu şikayet üzerine Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğü Başmüfettişi tarafından 4483 sayılı Kanun uyarınca yapılan ön inceleme sonucunda, Ankara Valiliğinin 15.1.2007 günlü, S-10 sayılı işlemi ile ilgililer hakkında soruşturma izni verilmemesine karar verildiği ve bu kararın davacı vekiline 6.3.2007 tarihinde bildirildiği, davacı vekilinin 13.3.2007 tarihinde vermiş olduğu dilekçenin davanın konusu kısmında,

15.1.2007 günlü soruşturma izni verilmemesi kararına karşı itiraz edildiğinin belirtildiği, dilekçenin sonuç ve istem kısmında da, soruşturma izni verilmemesine ilişkin anılan karara itirazın kabulü ve ilgililer hakkında soruşturma izni verilmesinin istendiği, dava dilekçesinin başlığında yer alan "Bölge" ibaresinin çizildiği, aynı şekilde "itiraz eden" ibaresinin çizilerek üstüne "Davacı" ibaresinin yazıldığı, ancak, bu değişikliğin kimin tarafından yapıldığının belli olmadığı, bu şekliyle nöbetçi idare mahkemesi hakimi tarafından dilekçenin giriş kaydı yapılarak dağıtım sonucunda Ankara 1. İdare Mahkemesine gönderildiği, anılan Mahkemenin 22.3.2007 günlü, 2007/679 sayılı kararıyla, davanın görev yönünden reddine ve dosyanın Ankara Bölge İdare Mahkemesi'ne gönderilmesine karar verildiği, ancak, Ankara Bölge İdare Mahkemesi'nin 18.10.2007 günlü, 2007/453 sayılı kararıyla, 4483 sayılı Kanunun uygulanması yönünden itirazlara bakmakla görevli Bölge İdare Mahkemeleri ve Danıştay ile İdare Mahkemeleri arasında görev uyuşmazlığı çıkarılamayacağı, olayda, Bölge İdare Mahkemesine veya Danıştay'a verilmiş bir itiraz dilekçesi dosyada yer almadığından herhangi bir işlem yapılamayacağı gerekçesiyle dosyanın Ankara 1. İdare Mahkemesine geri gönderilmesi üzerine Mahkemece davanın, iptal davası olduğu değerlendirilip, temyize konu kararın verildiği anlaşılmıştır.

4483 sayılı Kanun uyarınca kamu görevlilerinin görevleriyle ilgili işledikleri suçlardan dolayı yargılanabilmeleri için gerekli iznin verilmesi ya da verilmemesi hali ceza yargılaması ile ilgili bir aşama olup, bu kararların anılan Kanun kapsamında ve aynı Kanunda gösterilen yargı yerlerince itiraz yolu ile incelenmesinin öngörülmüş olması karşısında, soruşturma izni verilmemesine ilişkin Ankara Valiliği işleminin idari davaya konu olabilecek nitelikte bir işlem olmadığı, bununla beraber, 4483 Sayılı Yasada öngörülen itirazın bir dava yolu olmayıp idari itiraz yolu olduğu, dolayısıyla idari itirazlara bakmakla görevli Bölge İdare Mahkemeleri ve Danıştay'ın İdari Dairesi ile idare mahkemeleri arasında görev uyuşmazlığı çıkarılamayacağı kuşkusuzdur.

Bu bağlamda; dava dilekçesinin mahkeme başkanı veya hakim tarafından havale edilmesi aşaması da dahil olmak üzere yapılacak ilk incelemede, bu hususlar da gözönüne alınarak, dava iptal davası şeklinde açılmış ise, dava konusu kararın idari davaya konu olacak kesin ve yürütülmesi gereken idari bir işlem olup olmadığı noktasında bir irdelemenin yapılması, bu şekilde değerlendirilmemesi halinde 2577 sayılı Yasanın 15 inci maddesinin birinci fıkrasının (b) bendi uyarınca davanın reddine karar verilmesi ve kararın taraflara tebliğ edilmesiyle yetinilmesi, eğer dava iptal davası şeklinde açılmamış ve 4483 sayılı Kanun uyarınca verilen bir karara karşı yapılacak itirazı incelemekle görevli Bölge İdare Mahkemesi veya Danıştay'a hitaben verilmiş bir dilekçe ile anılan karara itiraz edilerek kararın kaldırılması istenmiş, ancak, dağıtım sırasında dilekçe yanlışlıkla idare mahkemesine gönderilmiş ise, bu durumda görev ret ve gönderme kararı yerine dosya esas kaydının kapatılarak, itiraza ilişkin olan dilekçenin, itirazı incelemeye yetkili merciye iletilmesi gerekmektedir.

Olayda, davacının vermiş olduğu dilekçenin, başlığı, konusu ve içeriği yönünden 4483 sayılı Kanun uyarınca soruşturma izni verilmemesine ilişkin Ankara Valiliği kararına karşı itiraza ilişkin olması, dolayısıyla, işlemin iptali istemiyle açılmış bir idari davanın bulunmaması karşısında, dilekçenin yanlışlıkla gönderildiği İdare Mahkemesince yukarıda açıklandığı şekilde dosya esas kaydının kapatılarak, dosyanın itirazı incelemeye yetkili Bölge İdare Mahkemesine gönderilmesi gerekirken, yukarıda açıklanan aşamalardan sonra davanın, iptal davası şeklinde nitelendirilmesi suretiyle karar verilmesinde hukuksal isabet bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle, davacının temyiz isteminin kabulüyle, Ankara 1. İdare Mahkemesi'nce verilen 5.12.2007 günlü, E:2007/1544, K:2007/2898 sayılı kararın, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 49. maddesinin 1/c fıkrası uyarınca bozulmasına, aynı maddenin 3622 sayılı Kanunla değişik 3. fıkrası gereğince ve yukarıda belirtilen hususlar

gözetilerek yeniden bir karar verilmek üzere dosyanın adı geçen Mahkemeye gönderilmesine, 1.12.2008 tarihinde oybirliğiyle karar verildi..

T.C.
DANIŞTAY
Beşinci Daire

Esas No : 2008/5015

Karar No : 2008/6321

Özeti : Üyelerinin tümünü, ortak çıkarlar doğrultusunda temsil etme yetkisine sahip bulunan davacı sendikanın, üyelerinin tümünün ortak hak ve menfaatlerini etkilemeyen bireysel nitelikteki atama işlemlerine karşı, öznel anlamda dava açma ehliyetinin bulunmadığı hakkında.

Kararın Düzeltilmesini İsteyen (Davalı): Sağlık Bakanlığı
Davalı İdare Yanında Davaya Katılan ve Kararın Düzeltilmesini İsteyenler:1-Doç.Dr....
2-Doç.Dr. ...
3-Doç.Dr....

Vekili : Av. ...

Karşı Taraf (Davacı) : Sağlık ve Sosyal Hizmet Emekçileri Sendikası

Vekili : Av. ...

İsteğin Özeti : Danıştay Beşinci Dairesi'nin 25.6.2008 günlü, E:2008/818 K:2008/3970 sayılı kararının; davalı idare ve davalı idare yanında davaya katılanlar tarafından, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 54. maddesi uyarınca düzeltilmesi istenilmektedir.

Savunmanın Özeti : Savunma verilmemiştir.

Danıştay Tetkik Hakimi : Hüseyin Mısı

Düşüncesi : İlgili mevzuat hükümleri ile dava konusu olay birlikte değerlendirilğinde, davacı sendikanın bireysel atama işlemlerine karşı dava açılabilmesi konusunda dava ehliyeti bulunmadığından, görülmekte olan bu davanın "ehliyet yönünden" reddi gerekirken, işin esasına girerek hüküm kuran Mahkeme kararının bozulması gerektiği düşünülmüştür.

Danıştay Savcısı : İsa Yeğenoğlu

Düşüncesi : Kararın düzeltilmesi dilekçesinde ileri sürülen nedenler, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 54 üncü maddesinde yazılı nedenlerden hiçbirisine uymadığından, istemin reddi gerekeceği düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Beşinci Dairesi'nce davalı idare ile davalı idare yanında davaya müdahil olarak katılan tarafın usule ilişkin itirazları yerinde görülmeyerek işin gereği düşünüldü:

Dava; davacı Sendika tarafından 1.11.2005 günlü Resmi Gazete'de yayımlanan 5413 sayılı Kanun'un 6. maddesiyle 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu'nun Ek 1. maddesinin 2. fıkrasının sonuna eklenen tümceler uyarınca Sağlık Bakanlığı'na bağlı eğitim ve araştırma hastanelerine klinik şef ve şef yardımcısı olarak atanan 175 doçent ve

profesörün atamalarının iptal edilmesi isteğiyle 26.12.2005 tarihinde yapılan başvurunun cevap verilmemek suretiyle reddine ilişkin işlemin iptali istemiyle açılmıştır.

Ankara 12. İdare Mahkemesi'nin 9.11.2007 günlü, E:2006/1352, K:2007/1462 sayılı kararıyla;"3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu'nun Ek 1. maddesinin ikinci fıkrasına 5413 sayılı Kanun'un 6. maddesiyle eklenen tümcelerle, 'Sağlık Bakanlığı eğitim ve araştırma hastanelerinde klinik şefi ve klinik şef yardımcılığı kadrolarına; ilgili dalda uzman olan profesör veya doçentler ile ilgili dal tabipleri arasından Bakanlık tarafından atama yapılır. Ancak, profesör veya doçent unvanına sahip olmayan uzman tabiplerin klinik şefi ve klinik şef yardımcılığı kadrolarına atanmalarında, yapılan sınavlarda başarılı olma şartı aranır. Sınavların usul ve esasları, Bakanlık tarafından hazırlanan ve bu Kanunun yayımı tarihinden itibaren altı ay içerisinde yürürlüğe konulan yönetmelikle belirlenir.' hükmünün getirildiği; Anayasa Mahkemesi'nin 12.12.2005 günlü, E:2005/145 sayılı kararıyla, anılan madde hükmünün esas hakkında karar verilinceye kadar yürürlüğünün durdurulmasına karar verildiği ve bu kararın 17.12.2005 günlü, 26026 sayılı Resmi Gazete'de yayımlandığı; 5413 sayılı Yasa'nın 6. maddesiyle 3359 sayılı Kanun'un Ek 1. maddesinin ikinci fıkrasının sonuna eklenen tümceler uyarınca 175 profesör ve doçentin herhangi bir sınava tabi tutulmadan Türkiye genelindeki Sağlık Bakanlığı'na bağlı eğitim ve araştırma hastanelerine klinik şefi ve klinik şef yardımcısı olarak atamalarının yapıldığı; Sağlık ve Sosyal Hizmet Emekçileri Sendikası tarafından, söz konusu atamaların iptal edilmesi için 26.12.2005 tarihli dilekçe ile yapılan başvurunun davalı idarece yanıt verilmemek suretiyle reddine karar verildiğinin anlaşıldığı; davacı tarafından, dava konusu atamaların yasal dayanağının bulunmadığı ileri sürülmekte ise de, söz konusu atamalar Anayasa Mahkemesi'nin yürürlüğü durdurma kararının Resmi Gazete'de yayımlanmasından önce tekemmül etmiş olduğundan yasal dayanaklarının bulunmadığı yolundaki iddiaya itibar etmenin mümkün olmadığı; ancak, dava konusu uyuşmazlığın dayanağı olan 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu'na 5413 sayılı Kanun'un 6. maddesi ile eklenen Ek 1. maddenin ikinci fıkrası hükmünün uygulanmasının ne şekilde olacağına tartışılması gerektiği; anılan Yasa hükmünün, Sağlık Bakanlığı'na eğitim ve araştırma hastanelerindeki klinik şef ve klinik şef yardımcılığı kadrolarına atama yapma konusunda iki tercih ya da iki yöntem sunduğu; Bakanlığın, bu kadrolara ya profesör veya doçent unvanına sahip olanlar arasından sınavsız ya da bu unvanlara sahip olmayan uzman tabiplerden açılacak olan sınavda başarılı olanlar arasından atama yapabileceği; bu konuda Bakanlıkça öncelikle yöntemin saptanması, daha sonra saptanan yöntemle göre belirlenmiş olan usul ve esaslar çerçevesinde atama yapılması gerektiği; zira madde hükmü ile hem profesör ve doçentlere, hem de uzman tabiplere klinik şef ve şef yardımcılığına atanma olanağı getirildiği halde, bunlar arasında sınavla ve sınavsız atanma ayrımı da yapıldığı için, esas atanma biçiminin hangisi, istisnai atanma biçiminin hangisi olduğunun ortaya konulmadığı; uygulama, öteden beri sınavın esas, sınavsız atamanın istisna olduğu şeklinde ise de, son yasal düzenleme ile ortaya çıkan durumun belirgin olmadığı; bu durumun, madde hükmünün uygulanabilmesi açısından bir düzenleme yapılmasını zorunlu kıldığı; fıkranın son cümlesinde, sınavların usul ve esaslarının Bakanlık tarafından hazırlanacak Yönetmelikle belirleneceği hüküm altına alındığından sınavlarla ilgili düzenleme yapma olanağı bulunduğu; sınavsız atamalar için böyle bir düzenleme yapılmasının öngörülmemiş olmasının, sınavsız atamalara ait esasların da bir Yönetmelikle düzenlenmesine engel oluşturmadığı; hatta bunun bir zorunluluk olduğu; çünkü, esasları belirlenmeyen sınavsız atama biçimi sınavla atama uygulamasının yerini alabileceği gibi, sınavla atanma hakkını tamamen ortadan kaldıracak şekilde de kullanılabileceği; bunun ise, yalnızca sınavsız-sınavla atanabilecekler arasında değil, sınavsız atanma hakkına sahip olan akademik unvanlı uzmanlar arasında da eşitsizliğe yol açabilecek bir uygulama olduğu; bu nedenle, sınavla ve sınavsız atama yapılacak kadroların belirlenmesi ile atamaların yapılması esaslarının bir düzenleyici işlemle saptanmasının, Yasa hükmünün hukuk kurallarına uygun biçimde uygulanabilmesi açısından zorunluluk arz ettiği; başka bir deyişle,

anılan Yasa hükmü ile davalı idareye klinik şef ve şef yardımcılığı kadrolarına ilgili dalda uzman olan profesör ve doçentler arasından sınavsız atama yapma konusunda takdir yetkisi tanınmış ise de, bu yetkinin mutlak ve sınırsız olmadığı, hukukun genel ilkeleri ile kamu yararı ve hizmet gerekleri ölçütü sınırları içinde kullanılabilecek nitelikte bulunduğu kuşkusuz olduğu; bu yetki kullanılırken, hukukun genel ilkelerinden eşitlik ilkesinin gözardı edilemeyeceği, keza kamu yararı açısından objektiflikten vazgeçilemeyeceği, hizmet gerekleri yönünden de görev için en uygunu saptama konusunda gereken davranış biçiminin uygulanmasından geri durulamayacağı tartışmasız olduğu; bu durumda, 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu'nun Ek 1. maddesine 5413 sayılı Kanun'un 6. maddesiyle eklenen tümcelerle getirilen ikili atama biçiminin ne şekilde ve hangi esaslara dayalı olarak kullanılacağı hususunun düzenleyici bir işlemle saptanıp, yapılacak atamalardan hangilerinin sınavla, hangi kadrolara ise sınavsız olarak gerçekleştirileceğinin kurala bağlanması gerekirken, belirtilen zorunluluğa uyulmadan, yalnızca sınav koşuluna tabi olmayanlar arasından, herhangi bir ölçüt de gözetilmeden ve kadrolar ilan edilmeden atama yapılmasında, bu kapsamda 175 profesör ve doçentin sınavsız olarak Sağlık Bakanlığı'na bağlı eğitim ve araştırma hastanelerine klinik şef ve şef yardımcısı olarak atanmalarına ilişkin işlemlerin iptal edilmesi için yapılan başvurunun reddine ilişkin işlemde hukuka uyarlık bulunmadığı" gerekçesiyle dava konusu işlemin iptaline karar verilmiştir.

Davalı idarenin temyiz başvurusu Dairemizin 25.6.2008 günlü, E:2008/818, K:2008/3970 sayılı kararıyla reddedilerek; "dava konusu işlem, 1.11.2005 günlü Resmi Gazete'de yayımlanan 5413 sayılı Kanunun 6. maddesiyle 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu'nun Ek 1. maddesinin 2. fıkrasının sonuna eklenen tümcelerin yürürlüğünün durdurulmasına ilişkin Anayasa Mahkemesi'nin 12.12.2005 günlü, E:2005/145, K:2005/23 sayılı kararının 17.12.2005 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanması üzerine, söz konusu Yasa hükmüne dayalı olarak daha önce 175 kişinin klinik şef ve şef yardımcılığı kadrolarına yapılmış olan atamalarının iptali istemiyle Sağlık ve Sosyal Hizmet Emekçileri Sendikasının 26.12.2005 tarihinde davalı idareye yaptığı başvurunun cevap verilmeyerek reddi suretiyle kurulmuş olup; iptali istenen 175 atama işlemlerinden bir bölümüne karşı, klinik şef ve şef yardımcılığı kadroları için yapılacak sınava başvuru hakkını taşıyan uzman tabipler ya da söz konusu atamalarla doldurulan kadrolara atanmak isteyen profesör ve doçentler tarafından başka davaların açılmış olduğu; 5413 sayılı Yasaya dayalı kimi sınavsız atama işlemlerinin mahkemelerce iptal edilmiş olduğu ve bu davalarda verilen kararların Danıştay Beşinci Dairesi'nin temyiz incelemesinden geçtiği; ayrıca, ataması yapılan kişilerden ölüm, istifa gibi nedenlerle klinik şef ve şef yardımcılığı görevlerinde bulunmayanların da olabileceği açık olduğundan, Sağlık ve Sosyal Hizmet Emekçileri Sendikası tarafından yapılan başvuru üzerine davalı idare tarafından her bir atama işleminin tek tek incelenip, ataması yapılan kişilerin durumlarının Anayasa Mahkemesi'nin yürürlüğü durdurma kararı gözönünde tutularak yeniden değerlendirilmesi gerekirken, bu hususlar gözetilmeksizin yapılan başvurunun cevap verilmemek suretiyle reddine ilişkin işlemde hukuka uyarlık ve dava konusu işlemin iptali yolundaki İdare Mahkemesi kararında da hukuki isabetsizlik görülmemiştir." açıklamasının da eklenmesi suretiyle onanmıştır.

Davalı idare ile davalı idare yanında davaya müdahil olarak katılan taraf; davacı Sendikanın bu davada dava açma ehliyetinin bulunmadığını öne sürerek öncelikle Mahkeme kararının "ehliyet yönünden" bozulmasını, öte yandan dava konusu atama işlemlerinde mevcut mevzuat hükümlerine, hukuka ve kamu yararına aykırılık bulunmadığını savunarak, kararın düzeltilmesini istemektedirler.

Davalı idare ile davalı idare yanında davaya müdahil olarak katılan tarafın ileri sürdüğü hususlar, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 54. maddesinin (c) bendine uygun görüldüğünden, Dairemizce açıklama yapılmak suretiyle verilen onama kararı kaldırılarak, uyuşmazlığın esası yeniden incelendi:

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 14/3-c maddesinde dava dilekçelerinin "ehliyet" yönünden inceleneceği, aynı maddenin 6. fıkrasında da, ilk inceleme konularının davanın her safhasında gözönünde bulundurulacağı hüküm altına alınmış, aynı Kanun'un 15/b maddesinde ise, 14. maddenin 3/c bendinde yazılı hususta kanuna aykırılık görülmesi halinde davanın reddine karar verileceği hükme bağlanmıştır.

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 2/1-a. maddesinde iptal davasının subjektif ehliyet koşulu 'menfaat ihlali' olarak yer almışken, bu koşul, 4001 sayılı Kanunla, çevre, tarihi ve kültürel değerlerin korunması ve imar uygulamaları gibi kamu yararını yakından ilgilendiren hususlar hariç olmak üzere 'kişisel hak ihlali' olarak değiştirilmiş; ancak, 2. maddenin 1. bendinin (a) alt bendi, 10.4.1996 günlü, 22607 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan Anayasa Mahkemesinin 21.9.1995 günlü, E:1995/27, K:1995/47 sayılı kararıyla, idari işlemlere karşı iptal davaları açabilmek için idare hukukunun genel esaslarına aykırı biçimde, idari işlemin davacının 'kişisel hakkını ihlal' etmiş olması koşulu getirilmesinin hak arama özgürlüğünü kısıtladığı ve birçok işleme karşı dava yolunu kapattığı, bu haliyle hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmadığı gerekçesiyle Anayasanın 2. ve 36. maddelerine aykırı bulunarak iptal edilmiş, iptal nedeniyle doğan hukuksal boşluğun giderilmesi için iptal kararının Resmi Gazetede yayımından itibaren üç ay sonra yürürlüğe girmesine karar verilmiştir.

Bakılan davanın açıldığı tarihte bu yasal boşluk giderilmiş ve 2577 sayılı Kanunun 2. maddesinin 1/a. bendi 4577 sayılı Kanunla yeniden düzenlenerek 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 tanımlanmıştır.

Dolayısıyla iptal davasının gerek anılan maddede, gerekse içtihat ve doktrinde belirlenen hukuki nitelikleri gözönüne alındığında, idare hukuku alanında tek taraflı irade açıklamasıyla kesin ve yürütülmesi zorunlu nitelikte tesis edilen idari işlemlerin ancak bu idari işlemle meşru, kişisel ve güncel bir menfaat ilgisi kurabilenler tarafından iptal davasına konu edileceğinin kabulü zorunlu bulunmaktadır.

4688 sayılı "Kamu Görevlileri Sendikaları Kanunu" nun 19. maddesinin (f) bendi, Danıştay İçtihatları Birleştirme Kurulu'nun 3.3.2006 tarih ve 2006/1 sayılı kararında belirtildiği üzere, "sendika ve üst kuruluşlarına, bizzat taraf oldukları hukuki ilişkiler dolayısıyla davacı ve davalı oluş sıfatları ile ortak çıkarların korunması için tanınan davacı olabilme sıfatından başka, hukuki yardım gerekliliğinin ortaya çıkması durumunda üyelerini ... her derecedeki yargı organları önünde temsil etme ve dava açma hakkı tanınmaktadır." Temsil bağlamındaki bu düzenlemenin, sendika üyesi kamu görevlisi hakkında kurulan bireysel işlemler nedeniyle, bu ilişkinin tarafı olmayan sendika ve üst kuruluşu, üyesinin isteğine bağlı olarak, uyuşmazlığın çözümünde taraf olarak kendisini temsil etme yetki ve sorumluluğu vermekte olduğu, yine anılan kararda belirtilmektedir.

Davacı Sendika, 1.11.2005-17.12.2005 tarihleri arasında şef ve şef yardımcılığına atanan 175 kişi yanında, varsa saptayamadıkları diğer şef ve şef yardımcısı atamalarının tümünün iptal edilmesi yolundaki isteklerinin, zımnen reddine ilişkin işlemin iptali istemiyle bu davayı açmış bulunmaktadır.

Bireysel nitelikteki dava konusu işlemin yargıya taşınması konusunda, sendika üyesi kamu görevlilerinin bir istemi bulunmadığına göre, davacı sendikanın dava ehliyeti bakımından, sözü edilen Yasa'nın 1. maddesinde yer alan, "kamu görevlilerinin ortak ekonomik, sosyal ve mesleki hak ve menfaatlerinin korunması" bağlamında bir değerlendirme yapılması gerekliliği ortaya çıkmaktadır.

Üyeleri arasında, doktorlardan çok diğer sağlık çalışanlarının yer aldığı Sendikanın, üyelerinin statülerinin farklılığı ve konunun ekonomik ve sosyal haklar boyutu dışında mesleki haklar çerçevesinde ele alındığı gözönüne getirilirse, mevzuatta yer alan mesleki haklar içinde hangi mesleki hakkın ortak nitelikte olduğunu saptama öne çıkmaktadır. Bu çizgide,

atanan kişilerin, üyelerinin sicil ve disiplin amiri olacakları ve bu kişilerin nesnel davranmayacakları yolundaki davacı savı, mesleki hakkın ortak niteliği olarak ileri sürülmektedir.

Bir koşul işlem niteliğinde olan atama işlemi, nesnel hukuktan gelen bir güç ve yetkinin kullanılmasını içinde taşır. Kişi, atama işlemiyle, hak ve yükümlülükleri, yetki ve sorumlulukları, kural işlemlerle önceden belirlenmiş bir statüye girer. Atanan kişilerin, üyelerinin sicil ve disiplin amirleri olmaları durumunda, öznel davranacakları yolundaki peşin yargı, atama işleminin niteliği karşısında dayanaksız kalmaktadır.

Gelecekte gerçekleşmesi olası işlemlere karşı, şimdiden yargı yoluyla bir karar vermek, gelecekteki olayları da hüküm yoluyla saptamayla sonuçlandıran bir durum doğurur ki, hukukten ve mantıken uygun görülemez. Hukuk terminolojisinde, davacı ile iptalini istediği yönetsel işlem arasındaki bağı, ilgiyi anlatan ve yarar, çıkar anlamına gelen menfaat, güncellik koşulunu içinde taşır. İleride ortaya çıkması olası bir menfaat ilişkisine dayanılarak dava açılması ise, olanaklı değildir.

Ortada somut bir işlem yokken, dava dilekçesinde belirtildiği üzere "kendisini atayan siyasi iradeye kendisini bağımlı hissedebileceği ve böylece tarafsızlığını zedeleyecektir" görüşü, örneğin siyasi iradenin Bakan düzeyindeki temsilcileri tarafından yapılan her işlemi, iptale mahkum öznel işlem niteliğine götürür ki, böylesine bir yaklaşım ehliyet konusunda sınırsızlığı beraberinde getirir.

Ortak mesleki menfaatin varlığı için ileri sürülen zorlama bu görüşe itibar edilmemesi gerekliliği yanında, Sendika tarafından, şef ve şef yardımcılıklarına atanma koşullarına sahip hangi doktor üyelerinin, görev yaptıkları tıp dalına yapılan atamalarla ilgilerinin olduğu, 175 atamanın tümünün üyelerini ilgilendirip ilgilendirmediği konuları da açıklıkla ortaya konulmamıştır. Somutlarsak, 47 Eğitim ve Araştırma Hastanesine 40 branşı içine alacak biçimde atamalar yapıldığına göre, davacı Sendikaya üye doktorlar içinde, her branşa görev yapan doktorlar bulunup bulunmadığı araştırılmadan hüküm kurulmuştur.

Açıklanan nedenlerle, mensuplarının tümünü ortak çıkarlar doğrultusunda temsil etme yetkisine sahip bulunan davacı Sendikanın, üyelerinin hak ve menfaatleri arasında birliktelik olmayan bireysel nitelikteki atama işlemlerine karşı, öznel anlamda dava açma ehliyeti bulunmamaktadır.

Bu durumda, dava konusu edilen atamalara karşı, Sağlık ve Sosyal Hizmet Emekçileri Sendikası tarafından açılan davanın, Mahkemece "ehliyet yönünden" reddine karar verilmesi gerekirken, işin esasına girilerek, dava konusu işlemin iptali yolunda hüküm kurulmasında hukuki isabet görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle, davalı idare ile davalı idare yanında davaya müdahil olarak katılan tarafın temyiz istemlerinin kabulüyle, Ankara 12. İdare Mahkemesi'nce verilen 9.11.2007 günlü, E:2006/1352, K:2007/1462 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, 19.12.2008 tarihinde oyçokluğuyla karar verildi.

KARŞI OY

X- Düzeltmesi istenilen Dairemiz kararı, hukuk ve usule uygun olduğundan, Sağlık Bakanlığı ile Sağlık Bakanlığı yanında davaya müdahil olan tarafın karar düzeltme istemlerinin reddi gerektiği görüşüyle çoğunluk kararına katılmıyoruz.

ALTINCI DAİRE KARARLARI

İMAR İŞLERİ

T.C.
DANIŞTAY
Altıncı Daire

Esas No : 2006/991

Karar No : 2008/968

Özeti : İmar planı değişikliği suretiyle, yeni bir düzenleme yapılmasını gerektirecek bir neden ortaya konulmaksızın, aynı bölgede üçüncü kez imar uygulaması yapılmasında, hukuka uygunluk bulunmadığı hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan : Yeşilkent Belediye Başkanlığı

Vekili : Av. ...

Karşı Taraf : ...

İstemin Özeti : Samsun İdare Mahkemesinin 10.11.2005 günlü, E:2004/1355, K:2005/1936 sayılı kararının usul ve yasaya aykırı olduğu ileri sürülerek bozulması istenilmektedir.

Savunmanın Özeti : Savunma verilmemiştir.

Danıştay Tetkik Hakimi Ahmet Berberoğlu'nun Düşüncesi : Temyiz isteminin reddi ile mahkeme kararının onanması gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı Metin Çetinkaya'nın Düşüncesi : İdare ve vergi mahkemelerince verilen kararların temyizden 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 görüldü:

Dava, Samsun, Merkez, Derecik Mahallesi, ... ada, ... parsel sayılı taşınmazı kapsayan 3194 sayılı Kanun'un 18 ve 2981 sayılı Kanun'un Ek-1. maddesi uyarınca yapılan imar uygulamasının kabulüne ilişkin 04.03.2004 günlü, 2004/14 sayılı belediye encümeni kararının iptali istemiyle açılmış; İdare Mahkemesince, yerinde yaptırılan keşif ve bilirkişi incelemesi sonucu düzenlenen rapor ile dosyada yer alan bilgi ve belgelerin birlikte değerlendirilmesinden, davacıya ait taşınmazın bulunduğu alanda üçüncü defa imar uygulaması yapılmasını gerektiren koşulların oluşmadığı, ikinci uygulama ile tahsis edilen ... sayılı imar parselindeki yapılaşma koşullarının üçüncü uygulama ile ortadan kaldırıldığı, ayrıca davacı parselinde bir çok kez imar uygulaması yapılarak mülkiyet hakkının zedelendiği sonucuna varıldığından, dava konusu imar uygulamasında hukuka uygunluk bulunmadığı gerekçesiyle iptaline karar verilmiş, bu karar davalı tarafından temyiz edilmiştir.

3194 sayılı İmar Kanunu'nun 18.maddesine göre, belediyeler imar hududu içinde bulunan binalı veya binasız arsa ve arazileri maliklerinin veya diğer hak sahiplerinin muvafakatı aranmaksızın birbirleriyle yol fazlaları ile kamu kurumlarına veya belediyelere ait

bulunan yerlerle birleştirmeye, bunları yeniden imar planına uygun ada veya parsellere ayırmaya, müstakil, hisseli ve kat mülkiyeti esaslarına göre hak sahiplerine dağıtmaya ve re'sen tescil işlemlerini yaptırmaya yetkilidir. Düzenlemeye tabi tutulan arazi ve arsaların dağıtımı sırasında bunların yüzölçümlerinden yeteri kadar saha, arazi ve arsaların düzenlemeden önceki yüzölçümlerinin yüzde kırkını geçmemesi şartıyla düzenleme dolayısıyla meydana gelen değer artışları karşılığında düzenleme ortaklık payı olarak düşülebilir. Aynı maddeye göre herhangi bir parselden bir defadan fazla düzenleme ortaklık payı alınamaz. Ancak, bu hüküm o parselde imar planı ile yeniden bir düzenleme yapılmasına engel teşkil etmez.

Yukarıdaki Yasa kuralından anlaşılacağı üzere parselasyon işlemi ile imar planına uygun parsellerin oluşturulması ve yol, yeşil alan gibi kamu alanlarının imar parsellerinde oluşan değer artışı karşılığında düzenlemeye giren parsel maliklerinden bedelsiz olarak alınarak kamunun eline geçmesi sağlanır.

Dolayısıyla, parselasyon işleminin amacı imar planı ile yörenin konut, sosyal ve teknik altyapı ihtiyaçlarının belirlenmesinden sonra bu ihtiyaçların hayata geçirilmesini sağlamaktır. Bu işlemler bir kez yapıldıktan ve yörenin ihtiyaçları giderildikten sonra gelişmeler sonucunda imar planı değişikliği ile yeni ihtiyaçlar ortaya çıkmadıkça parselasyon yapılması mümkün değildir.

Bu itibarla, uyumsuzluk konusu olayda, imar planı ile yeni bir düzenleme yapılmasını gerektirecek bir neden ortaya konulmaksızın üçüncü kez imar uygulaması yapılmasında hukuka uyarlık bulunmadığından mahkemece verilen iptal kararında sonucu itibarıyla isabetsizlik görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle, dava konusu işlemin iptali yolundaki temyize konu Samsun İdare Mahkemesinin 10.11.2005 günlü, E:2004/1355, K:2005/1936 sayılı kararın yukarıda belirtilen gerekçeyle onanmasına, dosyanın adı geçen mahkemeye gönderilmesine 15.02.2008 gününde oybirliğiyle karar verildi.

T.C.
DANIŞTAY

Altıncı Daire

Esas No : 2007/1012

Karar No : 2008/2047

Özeti : Gerek yapı ruhsatının dayanağı uygulama imar planı, gerek belgesinin dayanağı olan yapı ruhsatına karşı davalar açıldığı ve işlemlerin yargı yerince iptaline karar verildiği, dava açılmakla ihtilafı hale gelen ve iptal kararı ile hukuki varlığı sona eren yapı ruhsatına dayalı olarak düzenlenen dava konusu yapı kullanma izin belgesinin ise, hukuken korunabilir bir yanının kalmamasına karşın, idare mahkemesince, kazanılmış hak ilkesinden hareketle, yapı kullanma belgesine karşı açılan davanın reddi yolunda verilen kararda, hukuki isabet görülmediği hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunanlar :

1- ...

2- ... Petrol Ürünleri Tic. ve San. Ltd. Şti.

Vekili : Av. ...

Karşı Taraf : Karaman Belediye Başkanlığı

Vekili : Av. ...

Davalı İdare Yanında Davaya Katılan : ... Petrol Ürünleri Nakliyat ve Oto Yedek Parçaları Tic. Ltd. Şti

Vekili : Av. ...

İstemin Özeti : Konya 2. İdare Mahkemesinin 08.11.2006 günlü, E:2005/303, K:2006/2664 sayılı kararının usul ve yasaya aykırı olduğu ileri sürülerek bozulması istenilmektedir.

Savunmaların Özeti : Temyiz edilen kararda bozma nedenlerinden hiçbirisi bulunmadığından, usul ve kanuna uygun olan kararın onanması gerektiği savunulmaktadır.

Danıştay Tetkik Hakimi İsmet Can'ın Düşüncesi : Temyiz isteminin kabulü ile mahkeme kararının bozulması gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı Ahmet Arslan Düşüncesi : Karaman İli, ... Mahallesi, ... ada, ... parsel sayılı taşınmaz üzerinde bulunan akaryakıt ve LPG istasyonu için düzenlenen 31.12.2004 günlü, 8/32 sayılı yapı kullanma izin belgesinin iptali istemiyle açılan davayı reddeden İdare Mahkemesi kararını davacılar temyiz etmekte ve bozulmasını istemektedirler.

Dosyanın incelenmesinden, yapı ruhsatına ve yapı ruhsatının dayanağı olan imar planına karşı davalar açıldığı, açılan davalar sonucunda yapı ruhsatı ile dayanağı imar planının iptaline karar verildiği, iptal kararı ile hukuki varlığı tesis edildiği tarih itibarıyla sona eren yapı ruhsatına dayalı olarak verilen yapı kullanma izninin hukuki dayanağı yitirdiği anlaşılmaktadır.

Yapı kullanma izninin dayanağının iptaline karar verilmesi nedeniyle bu durumun dikkate alınması suretiyle karar verilmesi gerekmektedir.

Açıklanan nedenlerle, temyize konu İdare Mahkemesi kararının bozulmasının uygun olacağı düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Karar veren Danıştay Altıncı Dairesince Tetkik Hakiminin açıklamaları dinlendikten ve dosyadaki belgeler incelendikten sonra işin gereği görüldü:

Dava, komşu olan davacılar tarafından Karaman İli, ... Mahallesi, ... ada, ... parsel sayılı taşınmaz üzerinde müdahil olan ... Petrol Ürünleri Nakliyat ve Oto Yedek Pazarlama Tic. Ltd. Şti.'nin yaptırdığı akaryakıt ve LPG İstasyonu için düzenlenen 31.12.2004 günlü, 8/32 sayılı yapı kullanma izin belgesinin iptali istemiyle açılmış; İdare Mahkemesince, dosyanın incelenmesinden, uyuşmazlık konusu alanda geçerli olan 1/1000 ölçekli Uygulama İmar Planının belediye meclisinin 25.10.2001 günlü, 2/9 sayılı kararı ile kabul edildiği, bu planın Konya 1. İdare Mahkemesi'nin 21.09.2005 günlü, E:2004/1498, K:2005/875 sayılı kararı ile iptal edilinceye kadar hukuka aykırı olduğu yolunda herhangi bir yargı kararının bulunmadığı, kazanılmış hak ilkesi gözönünde tutulduğunda, anılan planın mahkemece iptal edilinceye kadar bu plana göre yapılan iş ve işlemlerin ilgilinin hatası, hilesi veya kusurunun bulunduğu saptanmadıkça hukuka uygun olduğunun kabul edilmesi gerektiği, dava konusu taşınmaza ilişkin olarak düzenlenen 03.12.2003 günlü ilk yapı ruhsatı Konya 1. İdare Mahkemesi'nin 21.09.2005 günlü, E:2004/146, K:2005/874 sayılı kararı ile iptal edilmiş ise de, bu yapı ruhsatından sonra müdahil şirkete 09.06.2004 ve 18.08.2004 günlerinde iki ayrı yapı ruhsatı daha verildiği, bu ruhsatlara karşı açılmış herhangi bir davanın bulunmadığı ve halen geçerli olduğu, bu aşamada yapının en son verilen 18.08.2004 günlü yapı ruhsatına uygun olarak tamamlanıp tamamlanmadığının tespitinin gerektiği, bu amaçla yerinde yaptırılan keşif ve bilirkişi incelemesi üzerine düzenlenen bilirkişi raporunda, binanın 18.04.2004 günlü, 1/14-4 sayılı yapı ruhsatına uygun olarak yapıldığının tespit edildiğinin belirtildiği, bu durumda, düzenlendiği tarihte yürürlükte bulunan imar planına göre verilen yapı ruhsatına uygun olarak inşa edildiği tespit edilen taşınmaz üzerindeki yapılar için verilen dava konusu yapı kullanma izin belgesinde kazanılmış hak ilkesi de göz önünde

tutulduğunda, hukuka aykırılık görülmediğinin anlaşıldığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiş; bu karar davacılar vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Dava dosyası ile Danıştay Altıncı Dairesi'nin E:2006/1655, E:2006/923 sayılı dosyalarının birlikte incelenmesinden, uyuşmazlık konusu taşınmaz üzerinde müdahilin yaptırdığı akaryakıt ve LPG İstasyonu için düzenlenen 31.12.2004 günlü, 8/32 sayılı yapı kullanma izin belgesinin dayanağını oluşturan 03.12.2003 günlü, 5/26-226 sayılı yapı ruhsatının iptali istemiyle aynı davacılar tarafından açılan dava sonucu anılan yapı ruhsatının Danıştay Altıncı Dairesi'nin 28.03.2008 günlü, E:2006/923, K:2008/2017 sayılı kararı ile onanan Konya 1.İdare Mahkemesi'nin 21.09.2005 günlü, E:2004/146, K:2005/874 sayılı kararı ile iptal edildiği, yine anılan yapı ruhsatına dayanak oluşturan Karaman İli, ..., 1/1000 ölçekli I.Etap Revizyon ve İlave Uygulama İmar Planının onaylanmasına ilişkin belediye meclisinin 25.10.2001 günlü, 2/9 sayılı kararının iptali istemiyle aynı davacılar tarafından açılan dava sonucu Danıştay Altıncı Dairesi'nin 24.12.2007 günlü, E:2006/1655, K:2007/7948 sayılı kararı ile onanan Konya 1. İdare Mahkemesi'nin 21.09.2005 günlü, E:2004/1498, K:2005/875 sayılı kararı ile iptal edildiği, dolayısıyla dava konusu yapı kullanma izin belgesine imar hukuku açısından dayanak oluşturabilecek herhangi bir belgenin kalmadığı anlaşılmaktadır.

Uyuşmazlıkta, gerek yapı ruhsatının dayanağı uygulama imar planı, gerek dava konusu yapı kullanma izin belgesinin dayanağı olan yapı ruhsatına karşı davalar açıldığı ve bu işlemlerin yargı yerince iptaline karar verildiği, dava açılmakla ihtilaflı hale gelen ve iptal kararı ile hukuki varlığı sona eren yapı ruhsatına dayalı olarak düzenlenen dava konusu yapı kullanma izin belgesinin ise hukuken korunabilir bir yanının kalmamasına karşın, İdare Mahkemesince, kazanılmış hak ilkesinden hareketle yapı kullanma izin belgesine karşı açılan davanın reddi yolunda verilen temyize konu kararda hukuki isabet görülmemiştir.

Diğer taraftan, uyuşmazlık konusu yapı kullanma izin belgesinin dayanağını oluşturan ilk yapı ruhsatının iptali yolundaki mahkeme kararı üzerine, bu yapı ruhsatından sonra alınan tadilat ruhsatlarının da hukuki dayanağını yitirmesi nedeniyle dava konusu işleme dayanak oluşturamayacağı halde, temyize konu kararla sözü geçen tadilat ruhsatının dayanak olarak kabul edilmesinde hukuka uyarlık bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle, Konya 2. İdare Mahkemesinin 08.11.2006 günlü, E:2005/303, K:2006/2664 sayılı kararının bozulmasına, dosyanın adı geçen mahkemeye gönderilmesine 01.04.2008 gününde oybirliğiyle karar verildi.

T.C.
DANIŞTAY
Altıncı Daire

Esas No : 2006/3863
Karar No : 2008/3509

Özeti : 1. derece doğal sit alanı ve 100 metrelik sahil şeridinde kalan, ancak eski eser tescil kaydı bulunmadığı açık olan temel aşamasındaki yapıların, yeniden inşası mümkün olmadığından, mevcut bağ evi dışında kalan iki ayrı bina için yapı ruhsatı verilemeyeceği yolunda tesis edilen işlemde, hukuka aykırılık bulunmadığı hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan : Bozcaada Belediye Başkanlığı
Karşı Taraf : ...

İstemnin Özeti : Bursa 1. İdare Mahkemesinin 30.11.2005 günlü, E:2005/178, K:2005/1718 sayılı kararının usul ve yasaya aykırı olduğu ileri sürülerek bozulması istenilmektedir.

Savunmanın Özeti : Savunma verilmemiştir.

Danıştay Tetkik Hakimi Ahmet Berberoğlu'nun Düşüncesi : Temyiz isteminin kabulü ile mahkeme kararının bozulması gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı Ekrem Atıcı'nın Düşüncesi : Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Yüksek Kurulunun işlem tarihinde yürürlükte olan "Doğal (tabii) Sitler, Koruma ve Kullanma Koşullarına ilişkin 5.11.1999 tarih ve 659 sayılı ilke kararının "Doğal Sit"le ilgili 1-i maddesinde, mevcut tescilli ve tescilsiz yapıların bakım ve onarımlarının yürürlükteki ilke kararları doğrultusunda yapılabileceği öngörülmüş, aynı Kurulun Taşınmaz Kültür Varlıklarının Gruplandırılması, Bakım ve Onarımları'na ilişkin 5.11.1999 tarih ve 660 sayılı ilke kararının "Yeniden Yapma" başlıklı 3. maddesinde korunması gerekli taşınmaz kültür varlığı olarak tescil edilen ve tescil edilmesine ilişkin gerekli özellikleri taşınmasına rağmen elde olmayan sebeplerle tescili yapılamamış ve/veya herhangi bir nedenle yitirilmiş olan yapının, gerek kültür varlığı niteliği, gerekse kültürel çevreye olan tarihsel katkıları açısından, eldeki mevcut belgelerden yararlanmak suretiyle kendi parsellerinde daha önce bulunduğu yapı oturum alanında, eski cephe özelliğinde, aynı kitle ve gabaride özgün plan şeması, malzeme ve yapım tekniği kullanılarak, kapsamlı restitüsyon etüdüne dayalı rekonstrüksiyon uygulanmasının koşulsuz sağlanmasına karar verilmiştir.

Yukarıda anılan ilke kararları birlikte değerlendirildiğinde, 1 derece doğal sit alanlarında mevcut yapıların onarımlarının mümkün olduğu, bu alanlarda mevcut olmayan yıkılmış yapıların ancak korunması gerekli taşınmaz kültür varlığı özelliklerini taşıması ve yapıya ilişkin yeterli bilgi bulunması halinde yeniden yapılmasının olanaklı bulunduğu anlaşılmaktadır.

Olayda, dava konusu işlemlerle inşaat ruhsatı verilmeyen restorasyon projesine konu yapıların temel kalıntısı dışında yıkılmış olduğu, Koruma Kurulunca röleve ve restorasyon projelerinin uygun olduğuna karar verildiği, dava dosyasında Koruma Kurulunun röleve ve restorasyon projesinin uygun olduğuna ilişkin kararının dayanağı işlem dosyasının bulunmadığı, İdare Mahkemesince yaptırılan keşif ve bilirkişi incelemesi sonucu düzenlenen raporda ruhsat istemi reddedilen restorasyona konu yapıların korunması gerekli taşınmaz kültür varlığı özelliklerini taşıdığına ilişkin bir saptama bulunmadığı dosyanın incelenmesinden anlaşılmıştır.

Bu itibarla röleve ve restorasyon projelerinin onaylamasına ilişkin Koruma Kurulu kararının dayanağı işlem dosyası getirildikten sonra taşınmazdaki ruhsat istenen yapıların bu konudaki ilke kararlarına göre korunması gerekli kültür varlığı özelliklerini taşıyıp taşımadığı, taşıyor ise kurulca onanan projelerin, yapıya ilişkin mevcut bilgilerle uyumlu olup olmadığının bu konuda uzman kişilerden oluşturulacak kurul ile birlikte yeniden keşif ve bilirkişi incelemesi yaptırılarak tespit edildikten sonra bir karar verilmesi gereklidir.

Açıklanan nedenlerle bozma kararına uyularak ancak yukarıda belirtilen hususlar açıklığa kavuşturulmadan verilen kararın bozulmasının uygun olacağı düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Karar veren Danıştay Altıncı Dairesince Tetkik Hakiminin açıklamaları dinlendikten ve dosyadaki belgeler incelendikten sonra işin gereği görüldü:

Dava, Bozcaada, Alaybey Mahallesi, Tuzburnu Mevkiinde bulunan, kıyı kenar çizgisinden itibaren 100 metrelik sahil şeridi içinde, 3. derece arkeolojik sit alanı ve 1. derece doğal sit alanında kalan, 615 ada, 19 parsel sayılı taşınmaz üzerinde mevcut bağ evinin restorasyonuna izin verildiğinden bahisle, bu yapı dışında parsel üzerine iki ayrı bina yapılması için inşaat ruhsatı verilemeyeceği yolunda tesis edilen 7.8.2001 günlü, 811 sayılı davalı idare işleminin iptali istemiyle açılmış, İdare Mahkemesince, Danıştay Altıncı Dairesinin

08.10.2004 günlü, E:2003/7533, K:2004/4727 sayılı bozma kararına uyularak, mahallinde yeniden yaptırılan keşif ve bilirkişi incelemesi üzerine düzenlenen rapor ve dosyada bulunan bilgi ve belgelerin birlikte değerlendirilmesinden, dava konusu parselde biri ruhsatına uygun olarak yapılmış binadan başka, restorasyon projesinde gösterilen A ve B binalarının temel kalıntılarına rastlanıldığı, tespit edilen bu üç yapının şekil, konum ve kullanım amaçları incelendiğinde ruhsat verilmeyen A ve B yapıların, ana binanın bağ evi vasfını tamamlayıcı mekanlar olduğunun görüldüğü, bu iki yapının restorasyon projesi gereği ruhsata bağlanabileceği sonucuna varıldığından, parsel üzerine iki ayrı bina yapılması için inşaat ruhsatı verilemeyeceği yolundaki dava konusu işlemde hukuka uygunluk bulunmadığı gerekçesiyle iptaline karar verilmiş, bu karar davalı tarafından temyiz edilmiştir.

Dosyanın incelenmesinden, Bozcaada, Alaybey Mahallesi, Tuzburnu Mevkiinde bulunan, kıyı kenar çizgisinden itibaren 100 metrelik sahil şeridi içinde, 3. derece arkeolojik sit alanı ve 1. derece doğal sit alanında kalan, ... ada, ... parsel sayılı taşınmaz üzerinde bulunan yapının restorasyonuna ilişkin olarak yapılan başvuru üzerine, Çanakkale Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kurulunun 19.5.2001 günlü, 235 sayılı kararı ile parseldeki yapının röleve ve restorasyon projesinin uygun bulunduğu ve davacının inşaat ruhsatı verilmesi istemiyle belediyeye yaptığı başvuru üzerine tesis edilen dava konusu işlemde yukarıda anılan koruma kurulu kararına atıfta bulunularak, taşınmaz üzerinde bulunan mevcut bağ evinin restorasyonuna belediyece izin verildiğinden bahisle, vaziyet planında gösterilen A ve B olarak işaretlenen binaların arazi içerisinde mevcut olmadığından bahisle inşaat ruhsatının verilemeyeceğinin belirtildiği ve davacının bu işlemin iptali istemiyle bu davayı açtığı anlaşılmaktadır.

1. derece doğal sit alanında ve 100 metrelik sahil şeridi içerisinde yeni inşaat yapılması ilgili mevzuat ile yasaklanmıştır. Bu gibi alanlarda bölgenin özelliği gereği hangi yapıların inşa edilebileceği de yine ilgili mevzuatta istisnai olarak sayılmıştır. Diğer taraftan, bu gibi alanlarda mevcut olan eski eser olarak tescilli yapıların bakım ve onarımlarının da 2863 sayılı Yasa ve ilgili mevzuat ile Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Yüksek Kurulu İlke Kararları uyarınca yapılması mümkündür.

Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Yüksek Kurulunun 5.11.1999 günlü, 660 sayılı ilke kararında "Yeniden Yapma (Rekonstrüksiyon)" başlıklı bentte, korunması gerekli taşınmaz kültür varlığı olarak tescil edilen ve tescil edilmesine ilişkin gerekli özellikleri taşımasına rağmen elde olmayan sebeplerle tescili yapılmamış ve / veya herhangi bir nedenle yitirilmiş olan yapının, gerek kültür varlığı niteliği, gerekse kültürel çevreye olan tarihsel katkıları açısından, eldeki mevcut belgelerden (yapı kalıntısı, röleve, fotoğraf, her türlü özgün yazılı-sözlü, görsel arşiv belgesi vb.) yararlanmak suretiyle kendi parsellerinde daha önce bulunduğu yapı oturma alanında, eski cephe özelliğinde, aynı kitle ve gabaride, özgün plan şeması, malzeme ve yapım tekniği kullanılarak, kapsamlı restitüsyon etüdüne dayalı rekonstrüksiyon uygulamasının koşulsuz sağlanmasına karar verileceği hususu düzenlenmiştir.

Uyuşmazlık konusu olayda, 100 metrelik sahil şeridi içerisinde, 1. derece doğal sit alanında ve 3. derecede arkeolojik sit alanında kalan dava konusu taşınmazın üzerinde bulunan yapı veya yapılar için eski eser tescil kaydı bulunup bulunmadığının veya korunması gerekli taşınmaz kültür varlığı niteliği taşıyıp taşımadığının açık olarak ortaya konulması ve bu amaçla taşınmaz üzerinde bulunduğu belirtilen ve rekonstrüksiyon uygulaması kapsamına alınan yapı ya da yapıların da kesin olarak belirlenmesi ve bu bağlamda 19.5.2001 günlü, 235 sayılı Çanakkale Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kurulu kararı ile parsel üzerinde kaç adet yapının rekonstrüksiyon kapsamına alındığının ve bu yapı ya da yapılara inşaat ruhsatı verilip verilemeyeceğinin de belirlenmesi suretiyle parsel üzerinde mevcut bir adet yapının dışındaki iki ayrı yapının inşa edilmesi olanağının bulunup bulunmadığının ve dava konusu işlemin mevzuata uygunluğunun değerlendirilmesi suretiyle davanın karara bağlanması gerekmektedir.

Bu doğrultuda İdare Mahkemesince verilen 16.11.2005 günlü, E:2005/178 sayılı ara kararı ile söz konusu yapıların eski eser tescil kaydının bulunup bulunmadığının sorulduğu, bu ara kararına Çanakkale Kültür ve Tabiat Varlıkları Koruma Bölge Kurulu tarafından verilen cevapta da uyumsuzluk konusu yapıların tescil kayıtlarının bulunmadığının belirtildiği anlaşılmaktadır.

Yukarıda yer verilen tespit, değerlendirme ve düzenlemeler ışığında, 1. derece doğal sit alanı ve 100 metrelik sahil şeridinde kalan, ancak eski eser tescil kaydı bulunmadığı açık olan temel aşamasındaki yapıların yeniden inşası mümkün olmadığından mevcut bağ evi dışında kalan iki ayrı bina için yapı ruhsatı verilemeyeceği yolunda tesis edilen işlemde hukuka aykırılık bulunmamaktadır.

Bu itibarla, İdare Mahkemesince davanın reddine karar verilmesi gerekirken, işlemin iptal edilmesinde isabet bulunmamıştır.

Açıklanan nedenlerle, Bursa 1. İdare Mahkemesinin 30.11.2005 günlü, E:2005/178, K:2005/1718 sayılı kararının bozulmasına, fazladan yatırılan 17.00 YTL harcın temyiz isteminde bulunana iadesine, dosyanın adı geçen mahkemeye gönderilmesine 28.05.2008 gününde oybirliğiyle karar verildi.

T.C.

DANIŞTAY

Altıncı Daire

Esas No : 2006/5556

Karar No : 2008/5738

Özeti : Kıyı Kanunu ve Uygulama Yönetmeliğine göre günübirlik yapı ve tesislere ancak sahil şeridinin ikinci kısmında izin verildiğinden, kıyı kenar çizgisinin kıyı tarafında, Devletin hüküm ve tasarrufu altındaki kıyı kuşağının imar planında park alanı olarak belirlendiğinden bahisle, günübirlik kullanım amacıyla yapılmak istenen çaybahçesi-kafeye ait mimari projenin uygun olduğuna ilişkin işlemde, hukuka uyarlık bulunmadığı hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan : ...

Vekili : Av. ...

Karşı Taraf : Kültür ve Turizm Bakanlığı

İstemın Özeti : Bursa 2. İdare Mahkemesinin 20.04.2006 günlü, E:2005/1168, K:2006/682 sayılı kararının usul ve yasaya aykırı olduğu ileri sürülerek bozulması istenilmektedir.

Savunmanın Özeti : Temyiz edilen kararda bozma nedenlerinden hiçbirisi bulunmadığından, usul ve kanuna uygun olan kararın onanması gerektiği savunulmaktadır.

Danıştay Tetkik Hakimi Özlem Şimşek'in Düşüncesi : Devletin hüküm ve tasarrufu altındaki kıyı kuşağında yapılaşma yasağı bulunmasına karşın, dava konusu işlemle demontabl malzeme ile de olsa yapılaşma imkanı tanındığı anlaşılmaktadır.

Bu nedenle, Kıyı Kanunu ve Uygulama Yönetmeliği öngörülerine aykırı olarak tesis edilen dava konusu işlemin iptaline karar verilmesi gerekirken aksi yöndeki İdare Mahkemesi 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, Bursa İli, Mudanya İlçesi, Zeytinbağı Beldesinde kıyı kesiminde ve 1. derece doğal sit alanında yer olan iskele meydanında çay bahçesi-kafe mimari uygulama projesinin uygun olduğuna ilişkin Bursa Kültür ve Tabiat Varlıklarının Koruma Bölge Kurulu'nun 04.06.2005 günlü, 26-683 sayılı kararının iptali istemiyle açılmış; İdare Mahkemesince, koruma amaçlı imar planında "Avan Proje ile Düzenlenecek Park Alanı" olarak belirlenmiş bulunan yere çay bahçesi ve kafe olarak günübirlik kullanım amacıyla demantabl yapı malzemesi ile yapılmak istenen mimari uygulama projesinin uygun olduğuna ilişkin işlemde hukuka aykırılık bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiş, bu karar davacı tarafından temyiz edilmiştir.

3621 sayılı Kıyı Kanunu'nun 6. maddesinde, kıyının herkesin eşitlik ve serbestlikle yararlanmasına açık olduğu, buralarda hiçbir yapı yapılamayacağı, duvar, çit, parmaklık, tel örgü, hendek, kazık ve benzeri engellerin oluşturulamayacağı öngörülerek kıyıda uygulama imar planı ile yapılabilecek yapı ve tesislerin nitelikleri ve koşulları belirlenmiştir.

Uygulama Yönetmeliğinde de, Günübirlik yapı ve tesislerin kıyıda yapılamayacağı hükme bağlanarak, anılan nitelikteki yapı ve tesislere sahil şeridinin ancak ikinci kısmında izin verilmiştir.

Dosyanın incelenmesinden, kıyı kenar çizgisinin kıyı tarafında Devletin hüküm ve tasarrufu altındaki kıyı kuşağının imar planında "Avan Proje ile Düzenlenerek Park Alanı" olarak belirlendiği ve dava konusu işlem ile bu plana dayanılarak günübirlik kullanım amacıyla demontabl yapı malzemesi ile yapılmak istenen çay bahçesi-kafeye ait mimari projenin uygun olduğuna karar verildiği anlaşılmaktadır.

Belirtilen bu hukuksal durum karşısında ,günübirlik kullanımlara sahil şeridinin ancak ikinci bölümünde yer verilebileceğinden dava konusu kıyı kuşağında anılan nitelikte uygulama yapma olanağı bulunmamaktadır.

Bu itibarla, 3621 sayılı Kıyı Kanununda öngörülen düzenlemelere aykırı olarak Devletin hüküm ve tasarrufu altındaki kıyı kuşağını yapılaşmaya açan imar planının geçerliliğinin kabulü suretiyle verilen İdare Mahkemesi kararında yasal isabet görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle, Bursa 2. İdare Mahkemesinin 20.04.2006 günlü, E:2005/1168, K:2006/682 sayılı kararının bozulmasına, dosyanın adı geçen mahkemeye gönderilmesine 19.09.2008 gününde oybirliğiyle karar verildi.

T.C.
DANIŞTAY
Altıncı Daire
Esas No : 2006/7357
Karar No : 2008/6955

Özeti : İmar planına göre alınan yapı ruhsatına dayanılarak yapılmakta olan yapıların, yapı ruhsatının dayanağı olan imar planının yapı kararıyla yürütülmesinin durdurulması üzerine, yapı tatil tutanağıyla yapılmakta olan inşaatın seviyesinin tespiti ile inşaatın bu aşamada kalması amacıyla mühürlenmesinin, hukuka uygun olduğu hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan : Çankaya Belediye Başkanlığı

Vekili : Av. ...)

Karşı Taraf : 1- ... İnş. San. ve Tic. A.Ş.

Vekili : Av. ...

2- ...

Vekili : Av. ...

İstem Özet i : Ankara 11. İdare Mahkemesinin 27.02.2006 günlü, E:2005/1920, K:2006/306 sayılı kararının usul ve yasaya aykırı olduğu ileri sürülerek bozulması istenilmektedir.

Savunmaların Özeti : Savunma verilmemiştir.

Danıştay Tetkik Hakimi Samed Demirbaş'ın Düşüncesi : Temyiz isteminin kabulü ile mahkeme kararının bozulması gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı Sedat Larlar'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 görüldü:

Dava, Ankara İli, Çankaya İlçesi, ... ada, ... parsel sayılı taşınmaz üzerinde inşa edilen yapının 3194 sayılı İmar Kanunu'nun 32. maddesi uyarınca 05.10.2005 günlü, 761 sayılı yapı tatil zaptı düzenlemek suretiyle mühürlenmesine ilişkin işlemin iptali istemiyle açılmış; İdare Mahkemesince, dosyanın incelenmesinden, 26.03.2004 günlü yapı ruhsatına istinaden inşa edilen yapıya ilişkin 1/1000 ölçekli uygulama imar planı değişikliğinin yürütülmesinin durdurulmasına ilişkin Ankara 10. İdare Mahkemesinin E:2004/466 sayılı kararı uyarınca dava konusu işlemin tesis edildiği, 3194 sayılı Yasanın 32. maddesinin ruhsatsız ya da ruhsata aykırı inşa edilen yapılar hakkında uygulanmasının mümkün olduğu, davacıların yapı ruhsatına istinaden yapıyı inşa ettikleri, davalının 23.07.2004 günlü yazısında inşaatın imar planına uygun olarak yapıldığı, zemin kat döşeme kotunun onaylı mimari projeye uygun olduğu belirtilerek temel vizesinin verildiği, davacının yapısına ait ruhsatın henüz iptal edilmeden imar planının yürürlükte olduğu dönemde bu plana uygun olarak aldığı ruhsata dayanak oluşturan imar planının iptal edilmesinin daha önce alınan yapı ruhsatının hukuken geçersiz sayılmasını gerektirmediği gibi, olayda davacıların hatası, hilesi veya isnat edilecek

kusurlarının da mevcut olmadığı, tesis edilen işlemde hukuka uyarlık görülmediğinin anlaşıldığı gerekçesiyle iptaline karar verilmiş; bu karar davalı idare vekili tarafından temyiz edilmiştir.

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 28.maddesinin 4001 sayılı Yasanın 13.maddesi ile değişik birinci fıkrasında: "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. Ancak, haciz veya ihtiyati haciz uygulamaları ile ilgili davalarda verilen kararlar hakkında, bu kararların kesinleşmesinden sonra idarece işlem tesis edilir" kurala bağlanmıştır.

3194 sayılı İmar Kanunu'nun Ruhsatsız veya Ruhsat ve Eklerine Aykırı Olarak Başlanan Yapılar başlıklı 32.maddesinde ise: "Bu Kanun hükümlerine göre ruhsat alınmadan yapılabilecek yapılar hariç; ruhsat alınmadan yapıya başlandığı veya ruhsat ve eklerine aykırı yapı yapıldığı ilgili idarece tespiti, fenni mesulce tespiti ve ihbarı veya herhangi bir şekilde bu duruma muttali olunması üzerine, belediye veya valiliklerce o andaki inşaat durumu tespit edilir. Yapı mühürlenerek inşaat derhal durdurulur.

Durdurma, yapı tatil zaptının yapı yerine asılmasıyla yapı sahibine tebliğ edilmiş sayılır. Bu tebligatın bir nüshasında muhtara bırakılır.

Bu tarihten itibaren en çok bir ay içinde yapı sahibi, yapısını ruhsata uygun hale getirerek veya ruhsat alarak, belediyeden veya valilikten mühürün kaldırılmasını ister.

Ruhsata aykırılık olan yapıda, bu aykırılığın giderilmiş olduğu veya ruhsat alındığı ve yapının bu ruhsata uygunluğu, inceleme sonunda anlaşılırsa, mühür, belediye veya valilikçe kaldırılır ve inşaatın devamına izin verilir.

Aksi takdirde, ruhsat iptal edilir, ruhsata aykırı veya ruhsatsız yapılan bina, belediye encümeni veya il idare kurulu kararını müteakip, belediye veya valilikçe yıktırılır ve masrafı yapı sahibinden tahsil edilir" kuralı yer almıştır.

Dava dosyası ile Danıştay Altıncı Dairesi'nin E:2005/7534 sayılı dosyanın birlikte incelenmesinden, Ankara İli, Çankaya İlçesi, Hilal Mahallesi, ... ada, ..., ... ve ... sayılı parsellerde (yeni ... sayılı parselde) 1/1000 ölçekli uygulama imar planı değişikliği yapılmasına ilişkin Belediye Meclisinin 29.08.2003 günlü, 310 sayılı kararının Büyükşehir Belediye Başkanınca onanmaması üzerine aynı kararda ısrar edilmesine ilişkin anılan Belediye Meclisinin 19.12.2003 günlü, 431 sayılı kararının iptali istemiyle Ankara 10. İdare Mahkemesinin 2004/466 esasına kayıtlı açılan davada, dava konusu edilen uygulama imar planı değişikliğinin iptaline ilişkin 21.7.2005 günlü kararın davalı idareye tebliğ edilmesi üzerine, uyuşmazlık konusu parselde 26.03.2004 günü yapı ruhsatı alınan ve 23.07.2004 günü temel vizesi yapılan yapılara ilişkin olarak görülmekte olan davaya konu edilen 05.10.2005 günlü yapı tatil tutanağının düzenlendiği anlaşılmaktadır.

2577 sayılı Yasanın 28.maddesi uyarınca, uyuşmazlık konusu yapıların yapımına dayanak oluşturan uygulama imar planının yürütmesinin durdurulması kararı üzerine, davalı idarece bu kararın gereklerine göre gecikmeksizin uygulanması amacıyla, plana göre yapılmakta olan yapıların mevcut durumunun tespitine yönelik olarak 3194 sayılı Yasanın 32.maddesine göre inşai faaliyete devam edilmesinin tedbir olarak mühürlenmek suretiyle durdurulması gerekmektedir.

Bu şekilde, uygulama imar planına karşı açılan davanın yargılama süreci içerisinde verilecek kararlar ile bu kararlar üzerine, yeniden yapılacak olan planda inşai faaliyeti durdurulan yapılar için öngörülen durumun, mevcut ruhsatın bu plana uygun olduğu ve inşai faaliyetin devam edilmesini engelleyen bir yönünün bulunmadığının tespiti halinde mühürlemenin sona erdirilerek inşai faaliyete mevcut ruhsatına göre devamına izin verilmesi gerektiği, aksine bir durumun tespitinde ise, yeni yapılan plana aykırı olan yapı ruhsatının iptali yoluna gidileceği tabiidir.

Olayda, uyuşmazlık konusu parselde yürürlükte olduğu dönemde geçerli olan imar planına göre alınan yapı ruhsatına göre yapılmakta olan yapıların, yapı ruhsatının dayanağı olan imar planı hakkında verilen yargı kararı üzerine, yapı tatil tutanağı ile yapılmakta olan inşaatın seviyesinin tespiti ile inşaatın bu aşamada kalması amacına yönelik olarak tesis edilen işlemde hukuka aykırılık görülmemiştir.

Öte yandan, dava konusu işlemin tesis edilmesinin nedenini oluşturan Ankara 10. İdare Mahkemesinin 21.07.2005 günlü, E:2004/466, K:2005/1141 sayılı kararı Dairemizin 31.12.2007 günlü, E:2005/7534, K:2007/8226 sayılı kararı ile onanmıştır.

Açıklanan nedenlerle Ankara 11. İdare Mahkemesinin 27.02.2006 günlü, E:2005/1920, K:2006/306 sayılı kararının bozulmasına, dosyanın adı geçen mahkemeye gönderilmesine 22.10.2008 gününde oybirliğiyle karar verildi.

KAMULAŞTIRMA

T.C. DANIŞTAY Altıncı Daire

Esas No : 2006/720
Karar No : 2008/1760

Özeti : Planlı bir bölgede arazi ve arsa düzenlemesi (imar uygulaması) yapılmadan, kamulaştırma yapılamayacağına yönelik bir sınırlama bulunmadığından, kanunlarla sınırlanmayan bir hususun yorum yoluyla sınırlandırılmasında ve kamulaştırma yetkisinin daraltılmasında, hukuka uygunluk bulunmadığı hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan : Burdur Belediye Başkanlığı

Vekili : Av. ...

Karşı Taraf : ...

Vekili : Av. ...

İstemin Özeti : Antalya 1. İdare Mahkemesinin 29.6.2005 günlü, E:2003/280, K:2005/1052 sayılı kararının usul ve yasaya aykırı olduğu ileri sürülerek bozulması istenilmektedir.

Savunmanın Özeti : Savunma verilmemiştir.

Danıştay Tetkik Hakimi Ahmet Berberoğlu'nun Düşüncesi : Temyiz isteminin reddi ile mahkeme kararının onanması gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı Ekrem Atıcı'nın Düşüncesi : Burdur, ..., ... pafta, ... ada, ... parsel sayılı taşınmazın kamulaştırılmasına ilişkin işlemin iptali istemiyle açılan dava sonucunda dava konusu işlemi iptal eden İdare Mahkemesi kararının temyizen incelenerek bozulması davalı idare tarafından istenmiştir.

Temyize konu kararla, kamulaştırma işlemi, İmar Kanununun 18.maddesi uyarınca parselasyon işlemi yapılmadan tesis edilmesi nedeniyle hukuka aykırı bulunarak iptal edilmiş ise de, parselasyon yapılmadan idarelerin kamulaştırma yapamayacaklarına ilişkin herhangi bir düzenleme bulunmadığından verilen kararda hukuki isabet görülmemiştir.

Kaldiki, davalı idarenin temyiz dilekçesinde kamulaştırılması gereken alan tutarı, civarın oluşumuna göre alanda 3194 sayılı Kanunun 18.maddesi uygulamasının teknik nedenlerle imkansız olduğu öne sürüldüğünden bu husus araştırılmamıştır.

Açıklanan nedenle temyize konu kararın 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, davacıya ait taşınmazın imar planında şehirlerarası otobüs terminali kompleksi (otogar) alanında kaldığından bahisle kamulaştırılmasına ilişkin 22.6.2000 günlü, 2000/360 sayılı belediye encümeni kararının iptali istemiyle açılmış; İdare Mahkemesince, dosyanın incelenmesinden, kamulaştırma işleminin dayanağı imar planından sonra bölgede imar uygulaması yapılmadığı anlaşıldığından, umumi hizmet tesisleri için gerek kamulaştırma yoluyla, gerekse DOP yoluyla alınan yerlerin külfetinin bölgedeki tüm parsel maliklerine eşit oranda yansması gerektiğinden, imar planı uyarınca imar uygulaması yapılmadan umumi tesis niteliğindeki otogar alanının tüm külfetinin davacı üzerinde bırakılması sonucunu doğuran dava konusu işlemde hukuka uygunluk bulunmadığı gerekçesiyle iptaline karar verilmiş, bu karar davalı tarafından temyiz edilmiştir.

2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu uyarınca, Kamu yararı kararına dayalı olarak veya imar planı uyarınca kamulaştırma yapılabilir. Onaylı imar planı veya ilgili bakanlıklarca onaylı özel plan ve projesine göre yapılacak kamulaştırmalarda ayrıca kamu yararı kararı alınmasına gerek yoktur.

İmar planlarının uygulanması, planlanan bölgede arazi ve arsa düzenlemesi yapılmak suretiyle olabileceği gibi kamu hizmetlerini veya teşebbüslerini yapmakla yükümlü bulunan idareler, kamulaştırma yapmak suretiyle de imar planının uygulanmasını sağlayabilirler.

3194 sayılı Kanunun 18.maddesi uyarınca kural olarak arazi ve arsa düzenlemesi yapmak konusunda belediye ve mücavir alan sınırları içinde sadece belediyeler dışında ise valilikler yetkili olmakla birlikte bunların dışında pek çok idare kanunlarla yapmak yükümlülüğünde bulundukları kamu hizmetlerinin ve teşebbüslerinin yürütmek için kamulaştırma yapabilmektedir.

Dolayısıyla imar uygulaması yapma yetkisi olmayan pek çok idarenin kamulaştırma yetkisi vardır ve bu idareler imar uygulaması yapılmasını beklemeden kamulaştırma yapabilmektedirler.

Öte yandan, hiçbir yasal düzenlemede, planlı bir bölgede arazi ve arsa düzenlemesi (imar uygulaması) yapılmadan kamulaştırma yapılamayacağına yönelik bir sınırlama da bulunmamaktadır.

Kanunlarla sınırlanmayan bir hususun yorum yoluyla sınırlandırılmasında ve kamulaştırma yetkisinin daraltılmasında hukuka uygunluk bulunmamaktadır.

Ayrıca, davalı idarece kamulaştırmaya konu taşınmazın bulunduğu alanda 3194 sayılı Kanun'un 18.maddesi uyarınca uygulama yapmanın teknik olarak imkansız olduğu belirtilmiş olmasına rağmen bu husus kararda irdelenmemiştir.

Bu durumda, yukarıda belirtilen hususlar dikkate alınmadan, planlı bir bölgede imar uygulaması yapılmadan kamulaştırma da yapılamayacağı yorumundan hareketle dava konusu işlemin iptaline ilişkin mahkeme kararında isabet bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle, Antalya 1. İdare Mahkemesinin 29.6.2005 günlü, E:2003/280, K:2005/1052 sayılı kararının bozulmasına, dosyanın adı geçen mahkemeye gönderilmesine 14.3.2008 gününde oybirliğiyle karar verildi.

KÖY İŞLERİ

T.C. DANIŞTAY Altıncı Daire

Esas No : 2006/6141
Karar No : 2008/6280

Özeti : Köy tüzel kişiliğinin, değişen ve gelişen koşullar karşısında, köyün sosyal durumuna ve gereksinimine göre, köyde bulunan bir taşınmazı spor sahası yapılması amacıyla kamulaştırılabileceği hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan : Zümrütova Köyü Tüzel Kişiliği

Vekili : Av. ...

Karşı Taraf : ...

İstemin Özeti : Antalya 2. İdare Mahkemesince verilen 08.3.2006 günlü, E:2005/1065, K:2006/377 sayılı kararının usul ve yasaya aykırı olduğu ileri sürülerek bozulması istenilmektedir.

Savunmanın Özeti : Savunma verilmemiştir.

Danıştay Tetkik Hakimi Samed Demirbaş'ın Düşüncesi : Temyiz isteminin kabulü ile mahkeme kararının bozulması gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı Ülkü Özcan '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, Antalya İli, Elmalı ilçesi, Zümrütova Köyü, ... parsel sayılı taşınmaz üzerinde bulunan davacıya ait taşınmazın spor sahası yapılmak üzere kamulaştırılmasına ilişkin 26.4.2005 günlü, 181 sayılı köy ihtiyar kurulu kararının iptali istemiyle açılmış, idare mahkemesince, dosyanın incelenmesinden, davalı idarenin 442 sayılı Köy Kanunu'nda belirtilen görevleri arasında spor sahası yapmanın yer almadığı, idarelerin ancak kanunda kendilerine verilen görevlerini yerine getirmek amacıyla kamulaştırma yapabileceği, bu itibarla, Köy Kanunu uyarınca spor sahası yapma görevi olmayan davalı idarece yapılan kamulaştırma işleminde hukuka uyarlık bulunmadığı gerekçesiyle dava konusu işlemin iptaline karar verilmiş, bu karar davacı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu'nun 3. maddesinde; İdarelerin, kanunlarla yapmak yükümlülüğünde bulundukları kamu hizmetlerini veya teşebbüslerini yürütmek maksadıyla gerekli olan taşınmaz malları, kaynakları ve irtifak haklarını kamulaştırabilecekleri hükmüne yer verilmiştir.

442 sayılı Köy Kanununun 12. maddesinde köye ait işler mecburi olan işler ve köylünün isteğine bağlı olan işler olarak 2 gruba ayrılmış, 14/24. maddesinde ise köyde köy oyunları yaptırmak köylünün isteğine bağlı işler kapsamında sayılmıştır.

Dosyanın incelenmesinden, Antalya İli, Elmalı ilçesi, Zümrütova Köyü, ... parsel sayılı taşınmaz üzerinde bulunan davacıya ait taşınmazın spor sahası yapılmak amacıyla kamulaştırılmasına ilişkin işlemin iptali istemiyle görülmekte olan davanın açıldığı anlaşılmaktadır.

Yukarıda anılan mevzuat hükümlerinde spor sahası yaptırılması şeklinde bir görev açık olarak köye ait işlerden sayılmamakla birlikte, değişen ve gelişen koşullar karşısında köyün sosyal durumuna ve gereksinimine göre spor sahası yapılabileceğinin kabulü gerektiği anlaşıldığından aksi yöndeki mahkeme kararında yasal isabet bulunmamaktadır.

Bu durumda, Köy Tüzel Kişiliğinin spor sahası yapılması amacıyla kamulaştırma yapabileceği hususu göz önüne alınarak anılan taşınmazın bu amaçla kamulaştırılmasına ilişkin işlemde kamu yararına ve 2942 sayılı Yasa kurallarına uyarlık bulunup bulunmadığı hususunda gerekli incelemeler yapılmak suretiyle yeniden bir karar verilmesi gerekmektedir.

Açıklanan nedenlerle, Antalya 2. İdare Mahkemesince verilen 08.3.2006 günlü, E:2005/1065, K:2006/377 sayılı kararının bozulmasına, dosyanın adı geçen mahkemeye gönderilmesine 08.10.2008 gününde oybirliğiyle karar verildi.

ORMAN İŞLERİ

T.C. DANIŞTAY

Altıncı Daire

Esas No : 2007/7437

Karar No : 2008/7369

Özeti : Orman Arazisinden yapılan tahsis nedeniyle, ilave katkı payının tahsil edilmesinde, hukuka aykırılık bulunmadığı hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan : 1-Kültür ve Turizm Bakanlığı
2-... Turizm İşl.San.ve Tic. A.Ş

Vekili : Av. ...
Karşı Taraf : 1-... Turizm İşl.San.ve Tic. A.Ş
2-Kültür ve Turizm Bakanlığı

İstemin Özeti : Antalya 1. İdare Mahkemesinin 11.7.2007 günlü, E:2006/2528, K:2007/1016 sayılı kararının usul ve yasaya aykırı olduğu ileri sürülerek bozulması istenilmektedir.

Kültür ve Turizm Bakanlığı'nın Savunmasının Özeti : Temyiz edilen kararının redde ilişkin kısmında bozma nedenlerinden hiçbirisi bulunmadığından, usul ve kanuna uygun olan kararın onanması gerektiği savunulmaktadır.

Davacının Savunmasının Özeti : Temyiz edilen kararının iptale ilişkin kısmında bozma nedenlerinden hiçbirisi bulunmadığından, usul ve kanuna uygun olan kararın onanması gerektiği savunulmaktadır.

Danıştay Tetkik Hakimi Mehmet Sıtkı Çelik'in Düşüncesi : Dava, orman vasıflı araziden yapılan ek alan tahsisine işlemin bedel ve ödemeler kısmı ile tahsis edilen kamu arazisi üzerinde yapılacak tesisin özelliklerine dair bölümünün iptali istemiyle açılmış;

Temyize konu idare mahkemesi kararının redde ilişkin kısmı ile dava konusu işlemin b) bendinin iptaline ilişkin bölümünde 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 49. maddesinin 1. fıkrasında sayılan bozma nedenlerinden hiçbirisi bulunmamaktadır.

Temyize konu kararın işlemin c) bendinin iptaline ilişkin kısmına gelince;

Orman Kanunu'nun Ek 3 üncü maddesini yürürlükten kaldıran 3.3.2001 günlü, 24335 mükerrer sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 4629 sayılı Bazı Fonların Tasfiyesi Hakkında Kanunu'nun geçici 1 inci maddesinin c) bendinde bu Kanunla düzenleme yapılanlar dışındaki diğer her türlü fon gelirlerinin bu Kanunla yürürlükten kaldırılan hükümlere göre tahsil edilmeye devam edileceği düzelendiğinden, yasal dayanağının olmadığı, bu nedenle orman fonuna katkı payının istenmesinin hukuka aykırı olduğu gerekçesiyle iptaline ilişkin kararın bu kısmının bozulması gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı Ekrem Atıcı'nın Düşüncesi : ... Turizm Merkezinde bulunan orman vasıflı kamu arazisinin ek alan olarak davacı şirkete kesin tahsisine ilişkin Kültür ve Turizm Bakanlığının 19.7.2006 tarihli işleminin, tesisin özellikleri ilişkin kısmı ile bedel ve ödemelere ilişkin kısmının iptali istemiyle açılan davada, işlemin tesisin özelliklerine ilişkin kısmı ile bedel ve ödemeler kısmının (a) bendi yönünden davayı reddeden, işlemin bedel ve ödemeler kısmının (b) ve (c) bentlerini iptal eden idare mahkemesi kararının temyizden incelenerek bozulması taraflarca istenmiştir.

Davacının temyiz dilekçesinde öne sürülen hususlar, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 49. maddesinin 1. fıkrasında belirtilen bozma nedenlerinden hiçbirisine girmediğinden istemin reddi gereklidir.

Davalı idarenin temyiz istemine gelince:

2634 sayılı Turizmi Teşvik Kanununun 15. maddesinde "Ormanlarda yer alacak turizm yatırımı belgeli tesislerin, 6831 sayılı Orman Kanununun Ek 3. maddesinin (c) fıkrası uyarınca ödemek zorunda oldukları bedel, tahsis tarihini takip eden üçüncü yıldan itibaren, beş yıl vade ve beş eşit taksitte alınır." denilmiş, 3.3.2001 tarihli Resmi Gazetede yayımlanan 4629 sayılı Bazı Fonların Tasfiyesi Hakkında Kanunun 1inci maddesinin (b) bendi ile 6831 sayılı Kanunun Ek 3. maddesi yürürlükten kaldırılmış, Geçici 1. maddesinin A-c bendinde, "(a) ve (b) bentlerinde belirtilenler ve bu Kanunla düzenleme yapılanlar dışındaki diğer her türlü fon gelirleri de bu Kanunla yürürlükten kaldırılan hükümlere göre tahsil edilmeye devam edilir. Ancak bu gelirler genel bütçe geliri addedilir ve tahsilatı yapan kurumlarca bütçeye gelir yazılmak üzere genel bütçe saymanlıklarına aktarılır." hükmü getirilmiş, 23.7.2004 tarih ve 25531 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan 5217 sayılı Kanunun yayımı tarihinde yürürlüğe giren Geçici 1. maddesinde mülga Orman Köylülerinin Kalkındırma Fonu Gelirlerinin bütçe geliri olarak kaydedileceği öngörülmüş, 6831 sayılı Orman Kanununun 21.2.2001 tarih ve 4629 sayılı Kanun ile kaldırılan Ek 3. maddesinde Devlet ormanları içinde veya bitişğinde oturan halkın kalkındırılmasına katkıda bulunmak amacıyla Orman Bakanlığı emrinde bir fon teşkil edildiği belirtildikten sonra A-c bendinde Orman Kanunu hükümleri gereğince verilecek izin veya irtifak haklarına dayanılarak , Devlet ve diğer kamu tüzelkişileriyle özel hukuk tüzel kişilerin kar gayesi bulunmaksızın ve kamu yararına hizmetlerde kullanılmak üzere yapılacak tesisler dışındaki her türlü tesisin proje toplam bedelinden orman sahasına isabet eden kısmının % 3'ü oranında alınacak hisse, fonun gelirleri arasında gösterilmiştir.

Öte yandan 31.12.2005 tarih ve 26040 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan Orman Köylülerinin Kalkınma Hizmetlerine İlişkin Esas ve Usuller'in 5/b maddesinde 6831 sayılı Orman Kanunu ve 2634 sayılı Turizmi Teşvik Kanunu hükümleri gereğince verilecek izin veya irtifak haklarına dayanılarak; Devlet ve diğer kamu tüzel kişileriyle özel hukuk tüzel kişilerin kar gayesi bulunmaksızın ve kamu yararına hizmetlerde kullanılmak üzere yapılacak tesisler dışındaki her türlü tesisin, proje toplam bedelinin orman sahasına isabet eden kısmından yüzde üç (% 3) oranında alınacak hisse orman köylüleri kalkınma gelirleri arasında sayılmıştır.

Yukarıda aktarılan mevzuat hükümlerinden, 4629 sayılı Yasa ile Orman Fonu kaldırılmakla birlikte Fona ilişkin kesintilerin, yürürlükten kaldırılan hükümler uyarınca bütçeye gelir yazılmak üzere tahsil edilmeye devam edileceği anlaşılmaktadır.

Bu durumda, davacıya orman arazisinin tahsisi nedeniyle 2634 sayılı Kanunun 15. ve 6831 sayılı Kanunun Ek -3. maddesi uyarınca pay alınacağına ilişkin işlemde mevzuata aykırılık görülmemiştir.

Açıklanan nedenle, davacının temyiz isteminin reddi ile kararın davanın reddine yönelik kısmının onanmasının, davalı idare temyiz isteminin işlemin bedel ve ödemeler kısmının b bendi yönünden reddinin, c bendi yönünden kabulü ile kararın bu kısmının bozulmasının uygun olacağı düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Karar veren Danıştay Altıncı Dairesince Tetkik Hakiminin açıklamaları dinlendikten ve dosyadaki belgeler incelendikten sonra işin gereği görüldü:

Dava, ..., ..., Beldesi, ... Mevkiinde orman vasıflı araziden yapılan ek alan tahsisine ilişkin 19.7.2006 günlü, 118212 sayılı işlemin bedel ve ödemeler kısmı ile tahsis edilen kamu arazisi üzerinde yapılacak tesisin özelliklerine dair bölümünün iptali istemiyle açılmış; İdare Mahkemesince, dosyanın incelenmesinden, tahsis edilen ek alan nedeniyle üç bent halinde bedelin tespit edildiğinin anlaşıldığı, a) bendinde, ek alandan istenecek kira bedelinin (yeni bir alan tahsisi gibi değerlendirilerek arazi üzerine düşen yatak sayısının artacağı varsayımdan hareketle belirlenmesi) hesaplama yöntemine dayanılarak hazırlanmış olması nedeniyle hakkaniyete ve hukuka aykırılık bulunmadığı, b) bendinde, Kamu Arazisinin Turizm Yatırımlarına Tahsisi Hakkında Yönetmeliğin (Mülga) 19 uncu maddesindeki yatırımcıdan, 2634 sayılı Turizmi Teşvik Kanununun 15 inci maddesinde belirtilen fona katkı payı ve kira dışında başka bir ödeme istenmeyeceği hükmü nedeniyle davacıdan bu bedeller dışında cirodan pay istenmesinde mevzuata ve hukuka uygunluk bulunmadığı, c) bendinde ise; anılan yönetmelikte her ne kadar orman fonuna katkı payı alınacağı belirtilmiş ise de, atıf yaptığı 6831 sayılı Orman Kanununun Ek 3 üncü maddesinin 2001 yılı itibarıyla ortadan kalkmış olması nedeniyle davacıdan yasal dayanağı olmayan orman katkı payı istenmesinde mevzuata ve hukuka uygunluk bulunmadığı gerekçesiyle dava konusu işlemin, tahsis edilen kamu arazisinin üzerinde gerçekleştirilecek tesisin özelliklerine ilişkin kısmı ile bedel ve ödemeler kısmının a) bendi yönünden davanın reddine; b) ve c) bentlerine ilişkin kısmının ise iptaline karar verilmiş, bu karar taraflarca temyiz edilmiştir.

Temyize konu idare mahkemesi kararının redde ilişkin kısmı ile dava konusu işlemin b) bendinin iptaline ilişkin bölümünde 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 49. maddesinin 1. fıkrasında sayılan bozma nedenlerinden hiçbirisi bulunmamaktadır.

Temyize konu kararın işlemin c) bendinin iptaline ilişkin kısmına gelince;

Olayda, İdare Mahkemesince, işlemin tesis edildiği tarihte yürürlükte olan Kamu Arazisinin Turizm Yatırımlarına Tahsisi Hakkında Yönetmeliğin atıf yaptığı 6831 sayılı Orman Kanunu'nun Ek 3 üncü maddesinin, daha önce yürürlükten kaldırılmış olması nedeniyle yasal dayanağının olmadığı, bu durumda orman fonuna katkı payının istenmesinin hukuka aykırı olduğu gerekçesiyle iptal edildiği anlaşılmaktadır. Oysa Orman Kanunu'nun Ek 3 üncü maddesini yürürlükten kaldıran 3.3.2001 günlü, 24335 mükerrer sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 4629 sayılı Bazı Fonların Tasfiyesi Hakkında Kanunu'nun geçici 1 inci maddesinin c) bendinde, bu Kanunla düzenleme yapılanlar dışındaki diğer her türlü fon gelirlerinin bu Kanunla yürürlükten kaldırılan hükümlere göre tahsil edilmeye devam edileceği, ancak bu gelirlerin genel bütçe geliri olarak addedileceği hükme bağlanmış, böylece daha sonra yapılan ve yukarıya alınan düzenlemelerle orman fonu katkı payının nasıl tahsil edileceği düzenlenmiştir.

Bu duruma göre, davacıdan orman fonu katkı payı istenmesi yasa gereği olduğundan, İdare Mahkemesince, uyumsuzluğun bu kısmı hakkında yeniden bir karar verilmesi gerekmektedir.

Açıklanan nedenlerle Antalya 1. İdare Mahkemesinin 11.7.2007 günlü, E:2006/2528, K:2007/1016 sayılı kararının redde ilişkin kısmı ile dava konusu işlemin b)

bendinin iptaline ilişkin bölümünün onanmasına, (c) bendinin iptali yolundaki kısmının bozulmasına, dosyanın adı geçen mahkemeye gönderilmesine 4.11.2008 gününde oybirliğiyle karar verildi.

TAM YARGI DAVALARI

T.C. DANIŞTAY

Altıncı Daire

Esas No : 2006/4923

Karar No : 2008/3340

Özeti : Azledilen vekile, kamulaştırma bedelinin ödenmesine ilişkin, idari tasarruf nedeniyle zarara uğranıldığından bahisle, hizmet kusuru bulunduğu öne sürülerek dava açıldığından, davanın görüm ve çözümünün idari yargı yerine ait olduğu hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan : ...

Vekili : Av. ...

Karşı Taraf : DSİ Genel Müdürlüğü

Vekili : Av. ...

İstemin Özeti : Van İdare Mahkemesinin 20.02.2006 günlü, E:2005/2324, K:2006/238 sayılı kararının usul ve yasaya aykırı olduğu ileri sürülerek bozulması istenilmektedir.

Savunmanın Özeti : Savunma verilmemiştir.

Danıştay Tetkik Hakimi Özlem Şimşek'in Düşüncesi : Dava konusu olayda, kamulaştırma bedelinin davalı idarenin hizmet kusuru nedeniyle azledilen vekile ödendiğinden bahisle tam yargı davacı açılmış bulunmaktadır. Bu nedenle, davanın görüm çözümü 2577 sayılı Yasa hükümleri kapsamında idari yargı yerine ait olduğundan, aksi yöndeki İdare Mahkemesi kararının bozulması gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı Ahmet Arslan'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, Muş İli, ... İlçesi, ... Köyü, ... sayılı parselde hissedar olan davacının taşınmazın Alparslan 1. Barajı Göl Alanı içinde kaldığından bahisle kamulaştırılması sonucu kamulaştırma bedelinin kendisine ödenmemesi üzerine uğradığını ileri sürdüğü 18.339.9 YTL zararın 27.11.2001 tarihinden itibaren işleyecek yasal faizi ile birlikte tazmini istemiyle açılmış; İdare Mahkemesince, davacının, 2942 sayılı Yasa'nın 8.maddesi uyarınca davalı idare tarafından satın alınan taşınmazın bedelinin yanlış kişiye ödendiğinden bahisle oluştuğunu iddia ettiği 18.339.91 YTL zararın tazmini istemiyle görülmekte olan davayı açtığı, 2942 sayılı

Kamulaştırma Kanununun 8.maddesi uyarınca taşınmazın idarece satın alındığı, bu işlemin davalı ile davacının anlaşmalarıyla ve eşit iradelerinin birleşimi sonucu ortaya çıktığı, idarenin üstün iradesine bağlı olarak tesis edilmeyen bir hukuki ilişki olması itibariyle, bu satıştan sonra bedelin ödenmesine ilişkin ortaya çıkan uyuşmazlıkta adli yargının görevli olduğu anlaşıldığından, davanın görev yönünden reddine karar verilmiş, bu karar davacı tarafından temyiz edilmiştir.

Anayasanın 125. maddesinin son bendinde, idarenin eylem ve işlemlerinden doğan zararları ödemekle yükümlü olduğu kurala bağlanmıştır.

2577 sayılı Yasa'nın 2. maddesinde de; İdari eylem ve işlemlerinden dolayı hakları muhtel olanlar tarafından açılacak tam yargı davaları idari dava türleri arasında sayılmıştır.

İdarenin yürütmekle yükümlü olduğu bir hizmetin kuruluşunda, düzenlenişinde veya işleyişindeki nesnel bozukluk, aksaklık veya boşluk olarak tanımlanabilen hizmet kusuru; hizmetin kötü işlemesi veya hiç işlememesi hallerinde gerçekleşmekte ve idarenin tazmin yükümlülüğünün doğmasına yol açmaktadır.

Bu nedenledir ki konu, kamu hizmetinin işleyişinin ve gereklerinin değerlendirilmesinde, hukuka uygunluğunun denetlenmesinde yetkili ve uzman olan idari yargı yeri önüne getirilmektedir.

Dosyanın incelenmesinden, davacının, hissedarı olduğu Muş İli, ... İlçesi, ... Köyü, ... sayılı parselin Alparslan 1.Barajı Göl Alanında kaldığından bahisle kamulaştırılmasına karar verildiği, 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunun 8.maddesi uyarınca satınalma hususunda 12.10.2001 tarihinde anlaşma sağlandığından bahisle kamulaştırma bedelinin davacının avukatına ödendiği, davacının ise ödeme yapıldığı tarih itibariyle vekilin azledildiği hususunun ve buna ilişkin belgelerin davalı idarenin bilgisi dahilinde olmasına karşın azledilen vekile ödeme yapıldığından bahisle, davalı idarenin hizmet kusuru bulunduğu öne sürerek uğranılan 18.339,91 YTL zararın tazmini istemiyle bakılmakta olan dava açtığı anlaşılmaktadır.

Olayda, azledilen vekile ödeme yapılmasına ilişkin idari tasarruf nedeniyle zarara uğranıldığından bahisle hizmet kusuru bulunduğu öne sürülerek dava açıldığından, davanın görüm ve çözümü yukarıda yapılan açıklamalar doğrultusunda idari yargı yerine ait bulunmaktadır.

Bu itibarla, uyuşmazlığı esasının incelenmesi gerektiğinden, davanın görev yönünden reddine ilişkin İdare Mahkemesi kararında hukuki isabet görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle, Van İdare Mahkemesinin 20.02.2006 günlü, E:2005/2324, K:2006/238 sayılı kararının bozulmasına, fazladan yatırılan 18,60 YTL harcın temyiz isteminde bulunana iadesine, dosyanın adı geçen mahkemeye gönderilmesine 23.5.2008 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGILAMA USULÜ

T.C.
DANIŞTAY
Altıncı Daire

Esas No : 2006/4792
Karar No : 2008/3878

Özeti : Dava konusu işlemin, İSKİ Genel Müdürlüğünün bilgisine girdiği tarih tespit edilerek, dava açma süresinin, bu tarihe göre belirlenmesi gerektiği hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan : İSKİ Genel Müdürlüğü

Vekili : Av. ...

Karşı Taraf : Yenidoğan Belediye Başkanlığı

Vekili : Av. ...

İstem Özet i : İstanbul 4. İdare Mahkemesinin 22.09.2005 günlü, E:2005/1088, K:2005/1617 sayılı kararının usul ve yasaya aykırı olduğu ileri sürülerek bozulması istenilmektedir.

Savunmanın Özet i : Temyiz edilen kararda bozma nedenlerinden hiçbirisi bulunmadığından, usul ve kanuna uygun olan kararın onanması gerektiği savunulmaktadır.

Danıştay Tetkik Hakimi Yıldırım Şimşek'in Düşüncesi : Temyiz isteminin reddi ile mahkeme kararının onanması gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı Ülkü Özcan'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 görüldü:

Dava, davalı Yenidoğan Belediye Başkanlığı tarafından düzenlenen 31.12.2003 günlü, 03/43 sayılı inşaat ruhsatı ile dayanağı imar planının iptali istemiyle açılmış; İdare Mahkemesince, dosyanın incelenmesinden, davacı İSKİ elemanlarınca Ömerli Barajı Havzasında bulunan ... ada. ... parsel sayılı taşınmaza ilişkin olarak 31.12.2003 günlü, 03/43 sayılı inşaat ruhsatının verildiğinin 28.06.2004 günlü tutanakla tespit edildiği, davanın ise 10.01.2005 tarihinde açıldığının anlaşıldığı, bu durumda davacı İSKİ Genel Müdürlüğünün işlemi öğrenme tarihi olarak en geç 28.06.2004 tarihi kabul edileceğinden bu tarihten itibaren 60 gün içinde davanın açılması gerekirken, bu süre geçirilerek 10.01.2005 gününde açılan davada süreaşımı bulunduğu gerekçesiyle davanın süreaşımı nedeniyle reddine karar verilmiş, bu karar davacı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

2560 sayılı İstanbul Su ve Kanalizasyon İdaresi Genel Müdürlüğü Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanunun 11. maddesinde idare ve yargı organları nezdinde üçüncü kişilere karşı İSKİ'yi temsil etmeye genel müdürün yetkili olduğu hükme bağlanmıştır.

Dosyanın incelenmesinden, davacı İSKİ elemanlarınca 28.06.2004 tarihinde yapılan denetim sırasında Ömerli Barajı Havzasında davalı idarece İSKİ görüşü alınmadan 31.12.2003 günlü, 03/43 sayılı inşaat ruhsatının düzenlendiğinin tespit edildiği, davacı idarece anılan hususun genel müdürlüğün 17.11.2004 tarihinde bilgisine girdiği ve aynı günlü olur yazısı üzerine süresinde davanın açıldığının iddia edildiği anlaşılmaktadır.

Bu durumda, dava konusu işlemin genel müdürlüğün bilgisine girdiği tarih tespit edilmek suretiyle bu tarihten itibaren dava açma süresinin hesaplanması gerektiğinden, idare mahkemesince bu husus göz önünde bulundurulmak suretiyle yeniden karar verilmesi gerekmektedir.

Açıklanan nedenlerle, İstanbul 4. İdare Mahkemesinin 22.09.2005 günlü, E:2005/1088, K:2005/1617 sayılı kararının bozulmasına, dosyanın adı geçen mahkemeye gönderilmesine 10.06.2008 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YEDİNCİ DAİRE KARARLARI

DAMGA VERGİSİ

T.C.
DANIŞTAY
Yedinci Daire

Esas No : 2006/2697

Karar No : 2008/4819

Özeti : Davacı ile seyahat acentesi firma arasında imzalanan kontenjan sözleşmelerinde, oda fiyatları dışında rakamsal veri gösterilmediği; otele ait odaların tamamının esas alınması suretiyle matrah tespit edilmiş ise de; sözleşmelerde oda sayısı belirtilmediği gibi; belli bir sayıya ulaştıran, herhangi bir düzenlemeye de yer verilmediği; aksine, başka acentelere indirim uygulanırsa, aynı indirimin sözleşmenin tarafı olan acenteye de uygulanacağını öngörüldüğü; bu bakımdan, imzalanan sözleşmelerin belli bir meblağı içermemeleri karşısında, anılan sözleşmelerin nispi vergiye tabi tutularak tesis edilen işlemde, hukuka uyarlık bulunmadığı hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan : Kurumlar Vergi Dairesi Müdürlüğü

Karşı Taraf : ... Mağaza Konaklama Seyahat İşletme Merkezleri, Turizm Yatırımları Limited Şirketi

İstemin Özeti : Otel işleten davacı adına, 2003 yılına ait işlemlerinin damga vergisi yönünden incelenmesi sonucunda düzenlenen inceleme raporuna dayanılarak, 2003/Mart dönemi için salınan damga vergisine ve kesilen vergi zıyaı cezasına dair işlemi; 488 sayılı Damga Vergisi Kanunu ile yapılan düzenlemelere göre, bir kağıdın nispi oranda vergilendirilebilmesi için, kağıtta, ya işlem bedelinin açıkça belirtilmesi, ya da bu bedelin matematiksel olarak hesaplanmasına olanak sağlayan rakamların yer alması gerektiği; olayda, davacı ile seyahat acentesi firma arasında imzalanan kontenjan sözleşmelerinin belli bir parayı içermeleri sebebiyle nispi oranda damga vergisine tabi olduğundan bahisle işlem tesis edildiğinin anlaşıldığı; oysa, söz konusu sözleşmelerde oda fiyatları dışında rakamsal veri gösterilmediği; otele ait odaların tamamının esas alınması suretiyle matrah tespit edilmiş ise de; sözleşmelerde oda sayısı belirtilmediği gibi, belli bir sayıya ulaştıran herhangi bir düzenlemeye de yer verilmediği; aksine; başka acentelere indirim uygulanırsa, aynı indirimin sözleşmenin tarafı olan acenteye de uygulanacağını öngörüldüğü; bu bakımdan; imzalanan sözleşmelerin belli bir meblağı içermemeleri karşısında; tesis edilen işlemde hukuka uyarlık bulunmadığı gerekçesiyle iptal eden Antalya Vergi Mahkemesinin 26.1.2006 gün ve E:2005/395; K:2006/58 sayılı kararının; davacı ile seyahat acentesi arasında imzalanan sözleşmeler belli bir parayı içerdiklerinden, tesis edilen işlemin yerinde olduğu ileri sürülerek bozulması istenilmektedir.

Savunmanın Özeti : Savunma verilmemiştir.

Tetkik Hakimi Abidin İLDEŞ'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: Temyiz başvurusu, davacı şirket adına salınan damga vergisi ile kesilen vergi zıya cezasını kaldıran mahkeme kararının bozulması istemine ilişkindir.

488 sayılı Damga Vergisi Kanununun 1'inci fıkrasında, anılan Kanuna ekli (I) sayılı tabloda yazılı kağıtların damga vergisine tabi olduğu, söz konusu tablonun 1'inci bölümünde de, mukavelenameler, taahhütnameler ve temliknamelerden belli bir parayı ihtiva edenlerin nispi, etmeyenlerin maktu damga vergisine tabi tutulacağı hükmüne yer verilmiş, aynı Kanunun 10'uncu maddesinde de; damga vergisinin nispi veya maktu olarak alınacağı, nispi vergide, kağıtların nevi ve mahiyetlerine göre bu kağıtlarda yazılı paranın; maktu vergide, kağıtların mahiyetlerinin esas alınacağı, belli para teriminin kağıtların ihtiva ettiği veya bunlardan yazılı rakamların hasıl edeceği parayı ifade edeceği hükme bağlanmıştır.

Yukarıda sözü edilen madde hükümleri uyarınca; damga vergisine tabi olan bir kağıdın nispi oranda vergiye tabi tutulabilmesi için, kağıtta yazılı paranın açıkça belirtilmesi veya kağıtta bu meblağın hesaplanmasına ilişkin verilerin yer alması gerekmektedir.

Olayda, davacı şirket ile seyahat acentesi arasında düzenlenen kontenjan sözleşmesinde; belirli tarih aralıkları için fiyat belirlendiği halde, oda sayısının belirlenmemiş olması nedeniyle, sözleşmede kağıda bağlı işlem bedelinin hesaplanmasına olanak bulunmadığından, nispi oranda damga vergisine tabi tutulmak suretiyle yapılan cezalı tarhiyatı kaldıran mahkeme kararında hukuka aykırılık görülmemiştir.

Açıklanan nedenle, temyiz isteminin reddi ile mahkeme kararının onanması gerektiği 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, 27.11.2008 gününde oybirliği ile karar verildi.

GÜMRÜK VERGİLERİ

T.C. DANIŞTAY Yedinci Daire

Esas No : 2007/787

Karar No : 2008/3765

Özeti : İdari dava açılmadan önce, vergi tahakkukları ve para cezaları için, 4458 sayılı Kanun'da belirtilen usule uygun idari başvuruların yapılmış olması, açılacak davaya konu idari işlemin oluşabilmesi için zorunlu bulunmasına karşın, vergi mahkemesince dava hakkında, dava açılmadan önce, açıklanan usule göre yapılmış idari başvuruların olup olmadığı araştırılmaksızın, ek tahakkukla para cezalarının hukukiliğinin incelenmesi suretiyle karar verilmesinde, isabet bulunmadığı hakkında.

Kararın Düzeltilmesini İsteyen : Başbakanlık Gümrük Müsteşarlığı adına, Halkalı Gümrük Müdürlüğü

Karşı Taraf : ... Pompa Sanayi ve Ticaret Limited Şirketi

Vekili : Av. ...

İstemin Özeti : Davacı Şirketin, ATA karnesiyle geçici olarak yurda getirdiği eşyayı süresi içinde yurt dışı etmediğinden bahisle, eşyaya ilişkin olarak yapılan gümrük ve katma değer vergisi tahakkuku ile alınan para cezası kararına vaki itirazın reddine dair işlemin iptali istemiyle açılan davada; dava konusu işlemi kısmen iptal eden; kısmen de davanın reddine hükmeden İstanbul Birinci Vergi Mahkemesinin 10.7.2002 gün ve E:2001/640; K:2002/1928 sayılı kararını bozan Danıştay Yedinci Dairesinin 22.2.2006 gün ve E:2003/64; K:2006/641 sayılı kararının; eşyanın süresi içinde yurt dışı edilmemesi nedeniyle, yapılan tahakkukun ve kesilen cezanın yerinde olduğu ileri sürülerek düzeltilmesi istenilmektedir.

Savunmanın Özeti : Savunma verilmemiştir.

Tetkik Hakimi Munise KABAKULAK'ın Düşüncesi: Kararın düzeltilmesi 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 işin gereği görüşüldü:

4458 sayılı Kanunun 242'nci maddesinin 1'inci fıkrasında; yükümlülerin, kendilerine tebliğ edilen gümrük vergileri için, tebliğ tarihinden itibaren on beş gün içinde ilgili gümrük idaresine verecekleri bir dilekçe ile düzeltme talebinde bulunabilecekleri; 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; 4'üncü fıkrasında, gümrük başmüdürlüklerine intikal eden itirazların 30 gün içinde karara bağlanarak ilgili kişiye tebliğ edileceği; aynı maddenin 7'nci fıkrasında da, gümrük başmüdürlükleri kararlarına karşı, işlemin yapıldığı gümrük müdürlüğünün bulunduğu yerdeki idari yargı mercilerine başvurulabileceği hükme bağlanmıştır.

Görüldüğü üzere; anılan maddelerde, idari davaya konu olabilecek nitelikte idari işlemin oluşmasından önce, gidilebilecek, iki tür idari başvuru yolu öngörülmüş bulunmaktadır. Düzeltme ve itiraz başvuruları olarak düzenlenen bu iki tür idari başvuru yolundan ilki, salt gümrük vergileri için getirilmiştir ve ihtiyaridir. Gümrük vergilerine ait tahakkuklar dışında kalan idari kararlara düzeltme taleplerine ilişkin kararlara ve ceza kararlarına karşı ise, yalnızca ikinci tür idari başvuru yolu; yani, itiraz başvurusu olanaklıdır. Başka anlatımla; 4458 sayılı Kanun uyarınca alınacak idari kararlara ceza kararlarına karşı düzeltme başvurusunda bulunulmasına izin verilmemiştir.

Bu kararlara karşı öngörülen itiraz başvurusu; idari davaya konu olabilecek nitelikte idari işlem tesisi ve dolayısıyla idari dava açılabilmesi için, zorunlu olarak tüketilmesi gereken idari başvuru yoludur. Bu başvuru için maddede belirlenen ve kamu düzeniyle ilgili olan süreye uyulmamış olması veya bu yol tüketilmeden idari dava açılması hallerinde, ortada, idari davaya konu edilebilecek nitelikte idari işlem mevcut olmayacağından; bu durumun, davanın açıldığı mahkemece nazara alınması, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 14'üncü maddesinin 3'üncü fıkrasının (d) bendi gereğidir. Aynı hukuki durum, salt gümrük vergileri için tanınan düzeltme başvurusu yolunun tercih edilmesi halinde de, geçerlidir.

Dosyanın incelenmesinden; ceza kararı başlığı altında, davacı Şirket adına tesis edilen 1.2.2001 gün ve 122 sayılı işlemin, ceza kararı yanında gümrük ve katma değer

vergilerine ait ek tahakkukları da içerdiği anlaşılmıştır. Durum böyle olunca; idari dava açılmadan önce, vergi tahakkukları ve para cezası kararları için, yukarıda açıklanan usule uygun idari başvuruların yapılmış olması, açılacak davaya konu idari işlemin oluşabilmesi için zorunlu bulunmasına karşın, Vergi Mahkemesince, dava hakkında, dava açılmadan önce açıklanan usule göre yapılmış idari başvuruların olup olmadığı; yapılmış idari başvuru mevcut ise, bunlara İdarece ne yolda yanıt verildiği ve hangi tarihte davacı Şirkete tebliğ olunduğu araştırılmaksızın, ek tahakkukla para cezalarının hukukiliğinin incelenmesiyle karar verildiği anlaşıldığından, bu şekilde verilen kararda isabet görülmemiştir.

Açıklanan nedenle, kararın düzeltilmesi dilekçesinde öne sürülen iddia, Dairemiz kararının düzeltilmesini gerektirecek nitelikte görülmediğinden, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 54'üncü maddesine uygun bulunmayan istemin reddine, 24.9.2008 gününde oybirliği ile karar verildi.

T.C.
DANIŞTAY
Yedinci Daire

Esas No : 2006/4011
Karar No : 2008/3970

Özeti : 4458 sayılı Gümrük Kanunu'nun 197'nci maddesinin birinci fıkrasında yer alan, gümrük vergilerinin, tahakkukundan hemen sonra beyanname veya beyanname yerine geçen belge üzerinde yükümlüye tebliğ edileceği yolundaki amir hüküm uyarınca, her beyanname muhteviyatı eşya için ayrı tahakkuk işlemi yapılarak, ilgisine tebliğ edilmesinin yasal zorunluluk olduğu, gümrük vergileri için öngörülen bu kuralın, fon payına dair işlemler yönünden de kabul edilmesi gerektiği, 2576 sayılı Kanun'un 7'nci maddesi uyarınca, uyuşmazlığın vergi mahkemesince kurul halinde mi, tek hakimce mi karara bağlanacağını, işlemin miktarına göre belirlenecek olması da dikkate alındığında, iki farklı beyannameyi kapsar şekilde tesis edilen dava konusu işlemde, isabet bulunmadığı hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan : Başbakanlık Gümrük Müsteşarlığı adına İzmir Gümrük Müdürlüğü

Karşı Taraf : ... Su ve Tarım Ürünleri Sanayi ve Ticaret Limited Şirketi

Vekili : Av. ...

İstemın Özeti : Davacı adına tescilli 19.12.2001 gün ve 55958 sayılı; 2.5.2002 gün ve 22802 sayılı serbest dolaşıma giriş beyannameleri muhteviyatı eşya nedeniyle ek olarak tahakkuk ettirilen toplu konut fonu payı ile kesilen iki kat para cezasına ve hesaplanan kaynak kullanımını destekleme fonu payına ilişkin işlemi; aynı olay nedeniyle yapılan gümrük ve katma değer vergileri ek tahakkukuna vaki itirazın reddine dair işlemin, Mahkemelerinin 21.6.2006 gün ve E:2005/1101; K:2006/626 sayılı kararı ile, tahakkukun zaman aşımına uğradığı gerekçesiyle iptal edildiği anlaşıldığından; toplu konut fonu payı tahakkuku ile para cezasında ve hesaplanan kaynak kullanımını destekleme fonu payında da isabet bulunmadığı gerekçesiyle iptal eden İzmir Birinci Vergi Mahkemesinin 29.6.2006 gün ve E:2005/918; K:2006/645 sayılı kararının; davacı Şirket yetkilileri hakkında İzmir Cumhuriyet

Başsavcılığının 2005/37387 sayılı Esasında hazırlık soruşturması açıldığı ileri sürülerek bozulması istenilmektedir.

Savunmanın Özeti : Savunma verilmemiştir.

Tetkik Hakimi Yusuf ÖRNEK'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 H.Hüseyin TOK'un Düşüncesi : Davacı tarafından ithal edilen eşya nedeniyle tahakkuk ettirilen toplu konut fonu payı ve iki kat cezası ile kaynak kullanımını destekleme fonu payına karşı açılan davada, davanın kabulü yönünde verilen mahkeme kararı temyiz edilmektedir.

4458 sayılı Gümrük Kanununun 207'nci maddesinin 4'üncü fıkrasında; gümrük vergileri alacaklarının ceza uygulanmasını gerektiren bir fiile ilişkin olması ve suçun zamanaşımının daha uzun bulunması halinde, bu alacakların Türk Ceza Kanunundaki dava zamanaşımı süreleri içerisinde kovuşturulup tahsil edileceği hükme bağlanmıştır.

Söz konusu kanun hükmüne göre aynı sebepten dolayı ceza davası açılmış ise, bu davanın sonucunun beklenilmesi, verilecek karara göre, zamanaşımının eylemin Türk Ceza Kanunu yönünden de suç teşkil edip etmediğinin belirlenmesinden sonra değerlendirilmesi gerekmektedir.

Davalı idare temyiz dilekçesinde, aynı eylemden dolayı davacı firma yetkilileri hakkında İzmir Cumhuriyet Başsavcılığında hazırlık tahkikatı başlatıldığını iddia ettiğinden, bu eylemden dolayı ceza davası açılıp açılmadığının, ceza davası açılmış ise mahkumiyet kararı verilip verilmediğinin araştırılarak sonucuna göre, olaya 4458 sayılı Kanunda yazılı zamanaşımı süresinin mi, yoksa Türk Ceza Kanununda yazılı zamanaşımı sürelerinin mi uygulanacağı hususunun belirlenmesinden sonra karar verilmesi gerekecektir.

Açıklanan nedenlerle temyiz isteminin kabulü ile mahkeme kararının bozulması gerektiği düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Yedinci Dairesince işin gereği görüşüldü:

Temyiz başvurusu; davacı Şirket adına tescilli iki ayrı beyanname kapsamı eşya nedeniyle ek olarak tahakkuk ettirilen toplu konut fonu payı ile kesilen iki kat para cezasına ve hesaplanan kaynak kullanımını destekleme fonu payına ilişkin işlemi iptal eden mahkeme kararının bozulması istemine ilişkindir.

4458 sayılı Gümrük Kanununun 197'nci maddesinin birinci fıkrasında yer alan, gümrük vergilerinin, tahakkukundan hemen sonra beyanname veya beyanname yerine geçen belge üzerinde yükümlüye tebliğ edileceği yolundaki amir hüküm uyarınca, her beyanname muhteviyatı eşya için ayrı tahakkuk işlemi yapılarak, ilgisine tebliğ edilmesi yasal zorunluluk olup, gümrük vergileri için öngörülen bu kuralın, fon payına dair işlemler yönünden de kabul edilmesi gerektiği açıktır.

Öte yandan, gümrük vergisi ve fon payları ile ilgili uyumsuzluklarda zaman aşımının her bir beyanname nedeniyle yapılan işlemde ayrı ayrı incelenmesinin zorunlu olmasının yanında, 2576 sayılı Bölge İdare Mahkemeleri İdare Mahkemeleri ve Vergi Mahkemelerinin Kuruluşu ve Görevleri Hakkında Kanunun 7'nci maddesi uyarınca, uyumsuzluğun vergi mahkemesince kurul halinde mi, tek hakimce mi karara bağlanacağını, işlemin miktarına göre belirlenecek olması da dikkate alındığında, iki farklı beyannameyi kapsar şekilde tesis edilen dava konusu işlemde, bu nedenle yasaya uyarlık bulunmadığından, temyiz dilekçesinde ileri sürülen iddialar, söz konusu işlemin iptali yolundaki mahkeme kararının bozulmasını gerektirecek nitelikte görülmemiştir.

Açıklanan nedenle, temyiz isteminin reddine, 14.10.2008 gününde oybirliği ile karar verildi.

T.C.
DANIŞTAY
Yedinci Daire
Esas No : 2006/757
Karar No : 2008/4038

Özeti : Bakanlar Kurulu Kararıyla getirilen gözetim önlemleri, bir malın ithalatındaki gelişmelerin izlenmesi amacını taşıyıp, bu amacın gerçekleştirilebilmesi için, ithal esnasında Dış Ticaret Müsteşarlığınca düzenlenen "gözetim belgesi"nin ibrazının aranabileceği; bunun dışında, eşyanın beyan edilen kıymetinin noksanlığı hususunda herhangi bir saptamada bulunulmadığı; olayda, davacı adına karara bağlanan para cezasının matrahını ve dayanağını oluşturan ve yine davacı adına ek olarak tahakkuk ettirilen vergi, 2004/10 sayılı İthalatta Gözetim ve Korunma Önlemlerine ilişkin Tebliğ'de belirtilen birim fiyata göre belirlenmişse de; ortada, 4458 sayılı Kanun'un 24'üncü ve izleyen maddeleri uyarınca saptanan kıymet esas alınarak, tahakkuk ettirilen para cezalarına matrah olarak alınabilecek herhangi bir vergi bulunmadığından, cezalandırmayı gerektiren eylemin oluşmaması nedeniyle, alınan kararların hukuki sonuç doğurmasının olanaklı bulunmadığı hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan: Başbakanlık Gümrük Müsteşarlığı adına Adnan Menderes Gümrük Müdürlüğü

Karşı Taraf : ... Giyim Sanayi ve Ticaret Limited Şirketi

Vekili : Av. ...

İstemin Özeti : Davacı adına tescilli 12.5.2004 gün ve 6831 sayılı serbest dolaşıma giriş beyannamesi muhteviyatı eşyanın 2004/10 sayılı İthalatta Gözetim ve Korunma Önlemlerine İlişkin Tebliğ uyarınca noksan beyan edildiğinden bahisle tespit edilen vergi farkı üzerinden hesaplanarak karara bağlanan para cezasına vaki itirazın reddine dair işlemi; 4458 sayılı Gümrük Kanununun 234'üncü maddesine göre, ceza kesilebilmesi için, maddede sözü edilen farklılıkların idarenin yaptığı muayene, denetleme veya kontrol sonucunda tespit edilmesi gerektiği; oysa olayda, idarenin herhangi bir tespiti olmadan, davacı Şirket tarafından idareye bildirilerek düzeltme yapılmasının istenmiş olması karşısında, ceza kesilmesi koşulunun oluşmadığı gerekçesiyle iptal eden İzmir Üçüncü Vergi Mahkemesinin 25.11.2005 gün ve E.2004/763; K:2005/1017 sayılı kararının; 2003/19 sayılı Tebliğe göre, ibrazı zorunlu olmasına rağmen, gözetim belgesi olmadan ithalatın gerçekleştirilmesi sebebiyle, tesis edilen işlemde isabetsizlik bulunmadığı ileri sürülerek bozulması istenilmektedir.

Savunmanın Özeti: İstemin reddi gerektiği savunulmuştur.

Tetkik Hakimi Munise KABAKULAK'ın Düşüncesi: Dosyanın incelenmesinden, davacı tarafından ithal edilen eşyanın beyan edilen kıymetinde, Gümrük Kanunu hükümlerine göre herhangi bir noksanlık tespit edilmemiştir. Ek tahakkuk, eşyanın beyan edilen kıymetinin, 2004/10 sayılı İthalatta Gözetim ve Korunma Önlemlerine İlişkin Tebliğ'de öngörülen 4 Amerikan doları birim kıymetin altında olması sebebiyle, gözetim belgesi ibrazı zorunluluğu getirildiğinden bahisle yapılmıştır. Oysa, Tebliğ'de belirtilen 4 Amerikan doları kıymet, eşyanın, Gümrük Kanunu hükümlerine göre belirlenmiş gerçek satış bedeli değildir.

Dolayısıyla, ortada, 4458 sayılı Kanunun 24'üncü ve izleyen maddeleri uyarınca tahakkuk ettirilen , para cezalarına matrah olarak alınabilecek herhangi bir vergi yoktur ve cezalandırmayı gerektiren eylem de oluşmamıştır. Durum böyle olunca, alınan kararların hukuki sonuç doğurması olanaklı değildir.

Bu nedenle, sonucu itibarıyla isabetsizlik bulunmayan Mahkeme kararının, bozulması istemine dair temyiz isteminin reddi 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 görüldü:

Dosyanın incelenmesinden; davacı adına karara bağlanan para cezasının, matrahını ve dayanağını oluşturan ve yine davacı adına tahakkuk ettirilen verginin, 12.5.2004 gün ve 6831 sayılı serbest dolaşıma giriş beyannamesi ile 9004.10.99.00.00 tarife ve istatistik pozisyonunda beyan ve ithal edilen eşyanın kıymetinin, 2004/10 sayılı İthalatta Gözetim ve Korunma Önlemlerine İlişkin Tebliğde öngörülen birim kıymetinden düşüklüğünden bahisle, söz konusu Tebliğde belirtilen kıymet esas alınarak hesaplandığı anlaşılmıştır.

Para cezasının matrahını oluşturan ek tahakkuka dayanak olarak alınan 2004/10 sayılı İthalatta Gözetim ve Korunma Önlemlerine İlişkin Tebliğ, İthalatta Gözetim ve Korunma Önlemleri Yönetmeliği, Belirli Ülkeler Menşeli Malların İthalatında Gözetim ve Korunma Önlemleri Yönetmeliği ve Çin Halk Cumhuriyeti Menşeli Malların İthalatında Gözetim ve Korunma Önlemleri Yönetmeliği hükümlerine; bu Yönetmelikler ise, 1.6.1995 gün ve 22300 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 30.4.1995 gün ve 1995/6814 sayılı İthalatta Gözetim ve Korunma Önlemleri, Kota İdaresi ve Tarife Kontenjanı Hakkında Bakanlar Kurulu Kararı, 19.10.1995 gün ve 22438 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 6.10.1995 gün ve 1995/7348 sayılı Belirli Ülkeler Menşeli Malların İthalatında Gözetim ve Korunma Önlemleri Hakkında Bakanlar Kurulu Kararı ile 28.5.2003 gün ve 25121 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 2.5.2003 gün ve 2003/5567 sayılı Çin Halk Cumhuriyeti Menşeli Malların İthalatında Gözetim ve Korunma Önlemleri Hakkında Bakanlar Kurulu Kararına istinaden yayımlanmıştır.

İthalatta uygulanacak gözetim ve korunma önlemleri, Türk Mevzuatında, 29.1.1995 gün ve 22186 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan, 26.1.1995 gün ve 4067 sayılı Kanunla onaylanması uygun bulunan ve 25.2.1995 gün ve 22213 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 3.2.1995 gün ve 1995/6525 sayılı Bakanlar Kurulu Kararıyla onaylanan Dünya Ticaret Örgütü Kuruluş Anlaşmasının ekinde yer alan ve bu anlaşmanın ayrılmaz parçasını teşkil eden Korunma Tedbirleri Anlaşması ile yerini almıştır.

Öte yandan, 4458 sayılı Gümrük Kanununun 24'üncü maddesinde, ithal eşyasının kıymetinin, eşyanın satış bedeli olduğu; satış bedelinin, Türkiye'ye ihraç amacıyla yapılan satışta 27 ve 28'inci maddelere göre gerekli düzeltmelerin de yapıldığı, fiilen ödenen veya ödenecek fiyat olduğu; 25'inci maddesinin 1'inci fıkrasında, 24'üncü madde hükümlerine göre belirlenemeyen gümrük kıymetinin, bu maddenin 2'nci fıkrasının (a), (b), (c) ve (d) bendlerinin sıra halinde uygulanmasıyla belirleneceği; eşyanın gümrük kıymetinin bir üst bent hükümlerine göre belirlenebildiği sürece bir alt bent hükümlerinin uygulanmayacağı hükümlerine yer verilmiş; anılan Kanunun 26'ncı maddesinde ise, 24 ve 25'inci madde hükümlerine göre belirlenemeyen ithal eşyasının gümrük kıymetinin, Gümrük Tarifeleri ve

Ticaret Genel Anlaşmasının VII'nci Maddesinin Uygulanmasına Dair Anlaşmanın, Gümrük Tarifeleri ve Ticaret Genel Anlaşmasının (GATT) VII'nci Maddesinin ve bu bölüm hükümlerinin prensip ve genel hükümlerine uygun yöntemlerle ve Türkiye'de mevcut veriler esas alınarak belirleneceği öngörülmüş; GATT'ın VII'nci Maddesinin Uygulanmasına İlişkin Anlaşmanın 17'nci maddesinde de, bu Anlaşmada yer alan hiçbir hükmün, gümrük idaresinin, gümrük kıymetinin belirlenmesi ile ilgili olarak ibraz edilen tutanak, belge veya beyannamenin gerçeklik veya doğruluğunu araştırma hakkını sınırlamayacağı ve bu hakkı tartışma konusu haline getirecek şekilde yorumlanamayacağı hükme bağlanmıştır.

Yukarıda yer alan hükümlerin birlikte değerlendirilmesinden, ithal edilen eşyanın gümrük kıymetinin belirlenmesinde, öncelikle, satış bedelinin esas alınması; satış bedelinin esas alınması için gerekli koşulların mevcut olmadığına tespit edilmesi halinde de sırasıyla diğer yöntemlere başvurulması gerektiği; ayrıca gümrük idaresinin, beyanın doğruluğunu tespit amacıyla, her zaman, her türlü bilgi ve belgeyi inceleyerek değerlendirme hak ve yetkisine sahip bulunduğu sonucuna ulaşılmaktadır.

Görüldüğü üzere, Gümrük Kanununda, hangi hallerde ve hangi nedenlerle ek tahakkuk yapılabileceği belirlenmiştir.

Bakanlar Kurulu Kararlarıyla getirilen gözetim önlemlerinin amacı ise, bir malın, aynı veya ikame edilebilir malları üreten yerli üreticiler üzerinde, zarar tehdidi yaratan miktar ve/veya şartlarda ithal edilmesi halinde, söz konusu malın ithalatının, ithalattaki gelişmelerin gözlemlenmesidir. Gözetim önlemleri, bu amacın gerçekleştirilmesini sağlamanın ötesinde bir uygulama içermemektedir. Korunma önlemleri ise, bir malın aynı veya doğrudan rakip mallar üreten yerli üreticiler üzerinde, ciddi zarar veren veya ciddi zarar tehdidi oluşturan miktar ve/veya şartlarda ithal edildiği hallerde, ülke menfaatleri de göz önüne alınarak, yapılacak soruşturma sonucunda, başvurulması öngörülen; gümrük vergisinde artış yapılması, ek mali mükellefiyet getirilmesi, miktar/değer kısıtlaması getirilmesi (kota uygulaması), tarife kontenjanı uygulanması veya bu önlemlerin hepsinin bir arada uygulanması gibi önlemlerden ibarettir.

Gözetim uygulamasında; Dış Ticaret Müsteşarlığınca, yerli üreticilerin talebi üzerine veya re'sen, belli bir malın ithalatının, o malın yerli üreticileri ve ülke ekonomisi üzerinde olumsuz sonuçlar yaratıp yaratmadığının tespit edilmesi amacıyla incelemeye başlatılması söz konusudur. Bu inceleme sonunda, gözetim uygulanmasına karar verilmesi durumunda, amaçlanan, bir malın ithalatında herhangi bir kısıtlama, vergi oranında artış, eşik kıymet belirlenmesi veya ek mali yükümlülük uygulaması değil; o malın ithalatında, yerli üreticilerin zarar görmesine sebebiyet verebilecek miktarda artış olup olmadığının belirlenebilmesi için o malın ithal seyrinin izlenmesidir. Dolayısıyla; bir eşyanın belli kıymetin altında ithal edilmek istenilmesi durumu için öngörülen "gözetim belgesi" ibrazı zorunluluğuna uyulmaması halinin; kıymet ve kıymeti etkileyen diğer hususlar yönünden gümrük yükümlüsünün beyanının kabul edilmeyerek, 4458 sayılı Kanunun "Eşyanın Gümrük Kıymeti" başlıklı Üçüncü Bölümünde öngörülen satış bedeli yöntemini izleyen diğer yöntemlerin uygulanmasını gerektiren yasal ve hukuksal durum olarak kabulü olanaklı değildir.

Öte yandan, 4458 sayılı Gümrük Kanununun 232'nci maddesinin 1'inci fıkrasında, 234'üncü madde hükümlerine göre alınacak para cezalarının, itiraz olmaksızın vergi tahakkukunun kesinleşmesinden veya idari itirazın ret kararı ile sonuçlanmasından sonra karara bağlanacağı açıklandıktan sonra, anılan 234'üncü maddenin 1'inci fıkrasının (b) bendinde, kıymeti üzerinden gümrük vergisine tabi eşyanın beyan edilen kıymeti, muayene ve denetleme sonucunda bu Kanunun 23 ila 31'inci maddelerinde yer alan hükümler çerçevesinde belirlenen kıymete göre noksan bulunduğu takdirde, bu noksanlığa ait gümrük vergisinden başka bu vergi farkının 3 katı para cezası alınacağı belirtilmiştir.

4458 sayılı Kanunun yukarıda sözü edilen hükümlerine göre, para cezası kararı alınabilmesi için, ortada, bir vergi kaybının bulunması ve buna ilişkin tahakkukun kesinleşmiş olması gerekmektedir.

Olayda, davacı tarafından ithal edilen eşyanın beyan edilen kıymetinde, Gümrük Kanunu hükümlerine göre herhangi bir noksanlık tespit edilmiş olmadığı gibi, bu konuda herhangi bir ihtilaf da söz konusu olmayıp; sadece, söz konusu eşyanın beyan edilen kıymetinin, 2004/10 sayılı İthalatta Gözetim ve Korunma Önlemlerine İlişkin Tebliğde öngörülen 4 Amerikan doları birim kıymetin altında olması sebebiyle, gözetim belgesi ibrazı zorunluluğu getirilmiş bulunmaktadır. Tebliğde belirtilen 4 Amerikan doları kıymet, eşyanın, Gümrük Kanunu hükümlerine göre belirlenmiş gerçek satış bedeli olmaması, ortada, 4458 sayılı Kanunun 24'üncü ve izleyen maddeleri uyarınca tahakkuk ettirilen, para cezalarına matrah olarak alınabilecek herhangi bir verginin bulunmaması; dolayısıyla, cezalandırmayı gerektiren eylemin oluşmaması nedeniyle, alınan k ararların hukuki sonuç doğurması olanaklı bulunmadığından, istemin özeti bölümünde yazılı gerekçeyle, işlemin iptali yolunda verilen mahkeme kararında, sonucu itibarıyla isabetsizlik görülmemiştir.

Açıklanan nedenle, temyiz isteminin reddine, 16.10.2008 gününde oybirliği ile karar verildi.

T.C.
DANIŞTAY
Yedinci Daire

Esas No : 2006/2947

Karar No : 2008/4106

Özeti : Dahilde işleme izin belgesi kapsamında ithal edilen ve vergileri girişte tahakkuk ettirilerek teminata bağlanan eşyanın, anılan rejimin şartlarına aykırı olarak kullanıldığına dair herhangi bir tespit bulunmadığı sürece, vergi kaybından söz edilemeyeceğinden, söz konusu eşyanın, beyan edildiği tarife ve istatistik pozisyonunun dışında bir başka pozisyonda yer aldığından bahisle, hesaplanan para cezasında da hukuka uyarlık bulunmadığı hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan : Başbakanlık Gümrük Müsteşarlığı adına Gemlik Gümrük Müdürlüğü

Karşı Taraf : ... Çelik Sanayi Ticaret Anonim Şirketi

Vekilleri : Av. ... - Av. ...

İstemin Özeti : Davacı adına tescilli 30.11.2004 gün ve 25050 sayılı giriş beyannamesi ile dahilde işleme izin belgesi kapsamında ithal edilen eşyanın gümrük tarife ve istatistik pozisyonlarının doğru beyan edilmediğinden bahisle ek olarak tahakkuk ettirilen gümrük vergisi üzerinden hesaplanarak karara bağlanan para cezasına vaki itirazın reddine dair işlemi; para cezasının dayanağını oluşturan ve aynı olay nedeniyle yapılan gümrük vergisi ek tahakkukuna vaki itirazın reddine ilişkin işlemin, Mahkemelerinin 21.3.2006 gün ve E:2005/600; K:2006/439 sayılı kararı ile iptal edildiği; bu nedenle, para cezası işleminde de hukuka uyarlık bulunmadığı gerekçesiyle iptal eden Bursa Vergi Mahkemesinin 25.4.2006 gün ve E:2005/903; K:2006/661 sayılı kararının; dahilde işleme rejimi kapsamında ithal edilen eşyaya ilişkin olarak yapılan beyana aykırılığın sonradan tespit edilmesi nedeniyle ek olarak tahakkuk ettirilen vergi tutarı üzerinden hesaplanan para cezasında isabetsizlik bulunmadığı ileri sürülerek bozulması istenilmektedir.

Savunmanın Özeti: İstemin reddi gerektiği savunulmuştur.

Tetkik Hakimi Yusuf ÖRNEK'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 H. Hüseyin TOK'un 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:

Temyiz başvurusu; davacı adına tescilli giriş beyannamesi ile dahilde işleme izin belgesi kapsamında ithal edilen eşyanın gümrük tarife ve istatistik pozisyonlarının doğru beyan edilmediğinden bahisle ek olarak tahakkuk ettirilen gümrük vergisi üzerinden hesaplanarak karara bağlanan para cezasına vaki itirazın reddine dair işlemi iptal eden mahkeme kararının bozulması istemine ilişkindir.

4458 sayılı Gümrük Kanununun "Vergi Kaybına Neden Olan İşlemlere Uygulanacak Cezalar" başlıklı İkinci Bölümünde yer alan 234'üncü maddesinin 1'inci fıkrasının (a) bendinde; serbest dolaşıma giriş rejimine veya bir geçici muafiyet düzenlemesine tabi tutulan eşyaya ilişkin olarak, yapılan beyan ile muayene ve denetleme veya teslimden sonra kontrol sonucunda, eşyanın tarife uygulamasını etkileyen cins, tür ve niteliklerinde veya vergilendirmeye esas olan sayı, baş, ağırlık gibi ölçülerinde aykırılık görüldüğü ve beyana göre hesaplanan gümrük vergisi ile muayene sonuçlarına göre alınması gereken gümrük vergisi arasındaki farkın %5'i aşması halinde gümrük vergisinden ayrı olarak bu farkın üç katı para cezası alınacağı hükme bağlanmış, 108'inci maddesinde de; serbest dolaşımda olmayan eşyanın, işlem görmüş ürünlerin üretiminde kullanılmasından sonra Türkiye Gümrük Bölgesinden yeniden ihraç edilmesi amacıyla, gümrük vergileri ve ticaret politikası önlemlerine tabi tutulmaksızın ve vergileri teminata bağlanmak suretiyle, dahilde işleme rejimi kapsamında geçici olarak ithal edilebileceği; eşyanın işlem görmüş ürünler şeklinde ihracı halinde, teminatın iade olunacağı; eşyanın bu şekilde dahilde işleme rejiminden yararlanmasına şartlı muafiyet sistemi denileceği belirtilmiştir.

Dosyanın incelenmesinden; dahilde işleme izin belgesi kapsamında ithal edildiği taraflar arasında ihtilafsız olan eşyaya ait gümrük vergisinin, ithalat esnasında tahakkuk ettirilerek teminata bağlandığı; idarece, rejim şartlarının ihlal edildiği yolunda bir iddia ileri sürülmediği anlaşılmıştır.

Bu durumda, dahilde işleme rejimi kapsamında ithal edilen eşyaya ilişkin olup, ithalat esnasında tahakkuk ettirilerek teminata bağlanan vergiler, ancak, anılan rejimin şartlarının ihlali halinde tahsili kabil hale geleceği, bir başka deyişle, rejim hükümleri ihlal edilmediği sürece, vergi kaybından söz edilemeyeceği açık olup, kesilen para cezasında bu yönüyle, 4458 sayılı Kanunun yukarıda açıklanan 234'üncü maddesine uyarlık bulunmadığından, para cezasına vaki itirazın reddine dair işlemin iptali yolundaki mahkeme kararında isabetsizlik görülmemiştir.

Açıklanan nedenle, temyiz isteminin reddine, 21.10.2008 gününde oyçokluğu ile karar verildi.

AZLIK OYU

4458 sayılı Gümrük Kanununun; "Dahilde İşleme Rejimi" başlıklı 108'inci maddesinde, serbest dolaşımda olmayan eşyanın, işlem görmüş ürünlerin üretiminde kullanılmasından sonra Türkiye Gümrük Bölgesinden yeniden ihraç edilmesi amacıyla,

gümrük vergileri ve ticaret politikası önlemlerine tabi tutulmaksızın ve vergileri teminata bağlanmak suretiyle, dahilde işleme rejimi kapsamında geçici olarak ithal edilebileceği; eşyanın işlem görmüş ürünler şeklinde ihracı halinde, teminatın iade olunacağı; eşyanın bu şekilde dahilde işleme rejiminden yararlanmasının şartlı muafiyet sistemi olarak adlandırıldığı belirtilmiş; 81'inci maddesinde, ilgili rejimin kullanılmasına ilişkin şartların, verilen izinde belirtileceği, izin hak sahibinin, iznin verilmesinden sonra ortaya çıkan ve iznin devamını ve içeriğini etkileyebilecek olan her türlü gelişmeleri ilgili mercilere bildirmek zorunda oldukları; eşyanın bir şartlı muafiyet düzenlemesine tabi tutulmasının, söz konusu eşya için tahakkuk edebilecek her türlü gümrük vergilerine karşılık teminat verilmesi şartına bağlı bulunduğu hüküm altına alınmış; "Vergi Kaybına Neden Olan İşlemlere Uygulanacak Cezalar" başlıklı İkinci Bölümünde yer alan 234'üncü maddesinin 1'inci fıkrasının (a) bendinde, serbest dolaşıma giriş rejimine veya bir geçici muafiyet düzenlemesine tabi tutulan eşyaya ilişkin olarak, yapılan beyan ile muayene ve denetleme veya teslimden sonra kontrol sonucunda, eşyanın tarife uygulamasını etkileyen cins, tür ve niteliklerinde veya vergilendirmeye esas olan sayı, baş, ağırlık gibi ölçülerinde aykırılık görüldüğü ve beyana göre hesaplanan gümrük vergisi ile muayene sonuçlarına göre alınması gereken gümrük vergisi arasındaki farkın %5'i aşması halinde gümrük vergisinden ayrı olarak bu farkın üç katı, (b) bendinde de; kıymeti üzerinden gümrük vergisine tabi eşyanın beyan edilen kıymeti, muayene ve denetleme sonucunda bu Kanunun 23 ila 31'inci maddelerinde yer alan hükümler çerçevesinde belirlenen kıymete göre noksan bulunduğu takdirde, bu noksanlığa ait gümrük vergisinden başka bu vergi farkının üç katı para cezası alınacağı; 238'inci maddesinde ise, dahilde işleme rejimine ilişkin hükümlerin ihlali halinde, eşyaya ilişkin gümrük vergilerinin tahsil edileceği ve ayrıca, bu vergilerin iki katı para cezası alınacağı hükme bağlanmıştır.

Yukarıda yer verilen hükümlerden de anlaşılacağı üzere, geçici bir ithalat türü olan dahilde işleme rejiminde, Türkiye gümrük sınırları içerisinde işlenerek veya başka eşyanın üretiminde kullanılarak Türkiye Gümrük Bölgesinden, işlem görmüş ürünler şeklinde ihraç edilmek kaydıyla, geçici olarak eşya ithal edilmekte, işin özelliği gereği, belli bir süre sonra Yurt dışına çıkarılacak olmaları (kat'i olarak ithal edilmemeleri) sebebiyle de, eşya için tahakkuk ettirilen vergiler, fer'ileriyle birlikte teminata bağlanmakta, ihracatın gümrük mevzuatında öngörülen şekil ve şartlara uygun olarak gerçekleştirilmesi, diğer bir deyişle taahhüt hesabının, aranılan koşullarla kapatılmasının ardından, alınmış olan teminatlar, ilgisine iade edilmektedir.

Yani; bu rejim tahakkuk yapılmamasını değil, tahakkuk ettirilen vergi ve resimlerin teminata bağlanması suretiyle tahsilatın ertelenmesini; ihracatın gerçekleştirilmesini müteakip de teminatın iadesini öngören nevi şahsına münhasır bir rejimdir.

Yoksa; dahilde işleme rejimi, rejim süresince tahakkuk yönünden bir bağışıklık ya da ayrıcalık öngörmemiştir.

Aksi olsaydı, rejim başlangıcında da tahakkuk yapılmaması gerekirdi. Oysa tahakkuk yapılması; gümrük vergi ve resimleri tutarında teminat almak, yani rejim şartlarının ihlali halinde kamu alacağını garanti altına almak için, 108'inci maddede zorunlu koşul olarak öngörüldüğüne göre, ortaya çıkarılan eksikliğin de teminata bağlanması bunun doğal sonucudur ve vergilerin ya da cezanın tahakkuk ettirilmesi onların tahsili anlamına gelmediği ve gelmeyeceği için, rejim şartlarının ihlal edilip edilmediğinin bu aşamada irdelenmesi de kanunun amacına uygun değildir.

Şartlı muafiyet sistemi olarak adlandırılan bu uygulamada, geçici olarak ithal edilen eşyanın, giriş esnasında tahakkuk ettirilen vergilerin, fer'ileriyle birlikte teminata bağlanmasının sebebi, dahilde işleme rejimi şartlarının ihlal edilmesi halinde, ortaya çıkacak olan gümrük yükümlülüğünden dolayı, Devletçe alınması gereken kamu alacağının sürüncemede bırakılmadan tahsil edilebilirliğinin garanti altına alınmasıdır. Garanti altına alınacak tutarın ise, rejim şartlarının ihlal edilmesi durumunda tahsil edilmesi gereken kamu alacağının tümünü kapsıyor olması gerekir.

Dahilde işleme rejiminin de içinde bulunduğu geçici ithalatlarda, eşya geçici olarak ithal edilse de, bu eşya için yapılan tahakkuk geçici değil, kat'i bir tahakkuktur. Bu sebeple, giriş esnasında yapılan beyan üzerine tahakkuk ettirilen ve teminata bağlanan vergilerden başka, sonradan yapılan denetleme, inceleme veya kontroller sonucunda, beyan edilene nazaran tespit edilen kıymet, ağırlık, cins, tür, sayı, baş, tarife ve istatistik pozisyonu gibi farklılıklardan dolayı doğan fark vergilerin de, taahhüt süresi dolmamış olsa dahi, tahakkuk ettirilerek teminata bağlanması gerektiği gibi, aynı uygulamanın, hesaplanarak karara bağlanacak olan cezalar için de geçerli olması alacağın teminata bağlanması müessesesinin bir koşuludur.

Böyle bir uygulamada, ihracaat taahhüdünün, gümrük mevzuatının icaplarına uygun olarak yerine getirildiğinin tespiti halinde, ilgiliden alınmış olan teminatların iade olunacağı tabii olmakla birlikte, aksi bir durumda, yani ihracaat taahhüdünün gereği gibi yerine getirilmeyerek rejim şartlarının ihlali halinde, teminat alınmak suretiyle garantiye bağlanan kamu alacağının, başka bir işlem tesisine gerek kalmaksızın, doğrudan teminatların paraya çevrilmesi veya irat kaydedilmesi suretiyle, sürüncemede kalmaksızın tahsili sağlanmış olacaktır.

Yapılan ek tahakkukun 4458 sayılı Kanunun 232'nci maddesinde tanımlanan anlamda kesinlik kazanmasından sonra, rejim şartlarının ihlal edilmesi halinde tahsil edilmek üzere, yukarıda açıklanan Yasa hükümlerine göre, ceza kararı alınmasına da, yasal engel bulunmamaktadır.

Yukarıda açıklanan hukuki durum karşısında; dahilde işleme rejimi ile diğer rejimler arasında, meydana gelen Kanuna aykırılıklardan dolayı ek vergi tahakkuku yapılması veya ceza kesilmesi bakımından herhangi bir fark bulunmadığından, dahilde işleme rejimi şartlarının yerine getirilip getirilmediği yönünden değil, işin esası yönünden incelenmesi gerektiği oyu ile karara katılmıyorum.

T.C.
DANIŞTAY
Yedinci Daire

Esas No : 2007/4997
Karar No : 2008/4632

Özeti : İthal sırasında, Form A menşe belgesi bulunmaması nedeniyle, Genelleştirilmiş Tercihler Sistemi (GTS) kapsamında, tercihli rejimden yararlandırılmayan davacının, süresi içerisinde usulüne uygun olarak düzenlenmiş belgeyi ibrazı halinde, Gelişme Yolunda Ülke (GYÜ) olan Tayland'dan 8704 GTİP'te ithal ettiği eşya için tercihli tarifieden yararlandırılarak, daha önce indirimsiz vergi oranı üzerinden ödediği vergilerin, tercihli vergi oranı üzerinden ödenmesi gereken vergileri aşan kısmının iadesi gerektiği; bunun için, ithalat sırasında GYÜ beyanında bulunulmasına gerek bulunmadığı hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan: Başbakanlık Gümrük Müsteşarlığı adına, Gebze Otomotiv İhtisas Gümrük Müdürlüğü

Karşı Taraf : ... Termo Mekanik Sanayi ve Ticaret Anonim Şirketi
Vekili : Av. ...

İstemin Özeti : Davacı adına tescilli muhtelif tarih ve sayılı 23 adet serbest dolaşıma giriş beyannamesi muhteviyatı eşyanın ithali sırasında tercihli tarifieden yararlanılamaması nedeniyle fazla ödendiği iddia edilen gümrük vergilerinin, 4458 sayılı Gümrük Kanununun 214'üncü maddesi uyarınca iadesi istemiyle yapılan başvuruların reddine ilişkin gümrük müdürlüğü kararlarına vaki itirazın reddine dair işlemin iptali istemiyle açılan davayı reddeden vergi mahkemesi kararının, Danıştay Yedinci Dairesinin 20.2.2007 gün ve E:2006/1112; K:2007/591 sayılı kararıyla, olayda, davacı tarafından beyan edilerek ödenen vergilerin 4458 sayılı Kanunun 214'üncü maddesi uyarınca iadesi istenildiğinden, bu istemlerin reddine ilişkin kararlara vaki itirazın reddine dair işlemin iptali istemiyle açılan davada, ödenen verginin iadesi için, anılan maddede aranan koşulların gerçekleşip gerçekleşmediği yönünden yargılama yapılması gerekirken, beyanın bağlayıcı olduğu gerekçesiyle verilen mahkeme kararında isabet görülmediği gerekçesiyle bozulması üzerine, bozma kararına uymak suretiyle yapılan inceleme sonucunda; eşyanın fiili ithali sırasında Form A menşe belgeleri olmadığından indirimsiz vergi oranı üzerinden gümrük vergilerinin ödenmesinden sonra, Genelleştirilmiş Tercihler Sistemi Kapsamında Tercihli Rejimden Yararlanacak Eşyanın Menşeinin Tespitine İlişkin 2001/3485 sayılı Bakanlar Kurulu Kararında öngörülen şekil ve şartları taşıyan menşe ispat belgelerinin aynı Kararda belirlenen süre içerisinde ibraz edilerek, Tercihli Tarife Rejimi kapsamında, Gelişme Yolundaki Ülkelerden (GYÜ) olan Tayland menşeli, 8704.21.91.00.00 gümrük tarife ve istatistik pozisyonundaki ithale konu eşya için vergi oranı, 2004/7731 sayılı İthalat Rejimi Kararına Ek Kararla %10'dan %6.5'e indirildiğinden, anılan tercihli tarife uygulamasından yararlandırılarak, daha önce indirimsiz vergi oranı üzerinden ödenen vergilerin, tercihli vergi oranı üzerinden ödenmesi gereken vergileri aşan kısmının 4458 sayılı Yasanın 214'üncü maddesine uygun olarak davacı tarafından yapılan başvuru üzerine iadesinin icap ettiği gerekçesiyle, davaya konu işlemi iptal eden Kocaeli Vergi Mahkemesinin 2.8.2007 gün ve E:2007/934; K:2007/597 sayılı kararının; beyannamelerin tescili aşamasında, GYÜ beyanında bulunulmadığından, sonradan ibraz edilen Form A menşe belgelerine istinaden Tercihli Rejimden yararlanılamayacağı ileri sürülerek bozulması istenilmektedir.

Savunmanın Özeti: Savunma verilmemiştir.

Tetkik Hakimi Ergün GÖKDAM'ın 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 Nazlı YANIKDEMİR'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, istemin reddi ile temyiz edilen mahkeme kararının onanmasının uygun olacağı düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Yedinci Dairesince işin gereği görüşüldü:

Temyiz dilekçesinde ileri sürülen iddialar mahkeme kararının bozulmasını sağlayacak durumda bulunmadığından, temyiz isteminin reddine, 18.11.2008 gününde oybirliği ile karar verildi.

KAMU ALACAKLARININ TAHSİLİ

T.C. DANIŞTAY Yedinci Daire

Esas No : 2007/4573

Karar No : 2008/4080

Özeti : Gecikme zammının; Devlete ait paranın, mükellefi tarafından kullanılması sonucu sağlanan yararın asıl sahibi olan Devlete geri verilmesi niteliğinde olduğu; ceza niteliği taşımadığından, gecikme zammının tahsilinin, borçlunun kusurlu iradesinin varlığı koşuluna bağlanamayacağı hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan : Yeğenbey Vergi Dairesi Müdürlüğü

Karşı Taraf : ... Madencilik Sanayi ve Ticaret Anonim Şirketi

Vekili : Av. ...

İstemin Özeti : Davacı tarafından vergileri kamyonet olarak ödenen Dodge marka, 1994 model, çift kabinli, 06 BR 409 plaka numaralı taşıtın, arazi taşıtı olduğundan bahisle, Kanunen tahakkuk ettirilmiş sayılan 1999 yılına ait ek motorlu taşıtlar vergisi ile 2000 ila 2004 yıllarına ait motorlu taşıtlar vergisinin vadesinde ödenmeyen kısmı üzerinden hesaplanan gecikme zammının tahsil yolundaki işlemlerin iptali ile tahsil edilen meblağın, tahsil edildiği tarihten itibaren amme alacaklarına uygulanan faiz oranında hesaplanacak faiziyle birlikte iadesine hükmedilmesi istemiyle açılan davada; hesaplanan gecikme zammının tahsil yolundaki işlemlerin iptali ile tahsil edilen meblağın iadesine hükmeden; davanın faize ilişkin kısmını ise reddeden Ankara Beşinci Vergi Mahkemesinin 16.3.2005 gün ve E:2004/1342; K:2005/302 sayılı kararının iptale dair hüküm fıkrasını; her biri 2576 sayılı Kanunun 7'nci maddesinde tek hakimle görülmesi gereken on bir ayrı işlemi konu edinen davaya ait olan ve 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunun 5'inci maddesinin 1'inci fıkrasına uygun bulunmayan dilekçenin, Mahkemece, aynı Yasanın 15'inci maddesinin 1'inci fıkrasının (d) bendi uyarınca reddedilmesi gerekirken; dosyanın tekemmül ettirilerek, davanın esası hakkında karar verilmesinde isabet görülmediği gerekçesiyle bozan Danıştay Yedinci Dairesinin 15.2.2006 gün ve E:2005/2996; K:2006/575 sayılı kararına uymayarak, ilk kararında ısrar eden Ankara Beşinci Vergi Mahkemesinin 10.10.2006 gün ve E:2006/1432; K:2006/1351 sayılı kararının bozulması istemiyle yapılan başvuru üzerine; temyize konu ısrar kararında ısrar hükmü yönünden hukuka aykırılık görülmediği gerekçesiyle temyiz istemini ısrar hükmü yönünden reddeden, uyuşmazlığın esasına ilişkin temyiz incelemesi yapılmak üzere dosyayı Danıştay Yedinci Dairesine gönderen Danıştay Vergi Dava Daireleri Kurulunun 27.4.2007 gün ve E:2006/433; K:2007/158 sayılı kararı uyarınca incelenen Ankara Beşinci Vergi Mahkemesinin 10.10.2006 gün ve E:2006/1432; K:2006/1351 sayılı kararının iptale dair hüküm fıkrasını; gecikme zammının cezai niteliği bulunmadığından, tahsil edilmesinin borçlunun kusurlu iradesinin varlığına bağlı olmadığı ileri sürülerek bozulması istenilmektedir.

Savunmanın Özeti: Savunma verilmemiştir.

Tetkik Hakimi Abidin İLDEŞ'in Düşüncesi: Dosyanın incelenmesinden; davacı tarafından vergileri kamyonet olarak ödenen ... plaka numaralı taşıtın, arazi taşıtı olduğundan bahisle, kanunen tahakkuk ettirilmiş sayılan vergilerin vadesinde ödenmeyen kısmı üzerinden hesaplanarak tahsil edilen gecikme zammının, Mahkemece, olayda, kusurunun bulunmadığı gerekçesiyle davacıya iadesine hükmedildiği anlaşılmıştır.

Oysa; 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanunun 51'inci maddesinde öngörülen gecikme zammı, Devlete ait paranın mükellefi tarafından kullanılması sonucu, sağlanan yararın, asıl sahibi olan Devlete geri verilmesi niteliğinde olduğundan, cezai nitelik taşımamakta olup, tahakkuk ve tahsili borçlunun kusurlu iradesine bağlı bulunmadığından, ısrar kararının gecikme zammının iadesine ilişkin hüküm fıkrasında isabet görülmemiştir.

Bu nedenle, temyiz isteminin kabulü ile anılan hüküm fıkrasının bozulması gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı H. Hüseyin TOK'un Düşüncesi : Davacı şirketin sahibi olduğu ... plaka numaralı taşıttan dolayı ihtilaflı yıllar için motorlu taşıtlar ve ek motorlu taşıtlar vergilerine ilişkin olarak itirazi kayıtlı ödenen gecikme zammının ödeme tarihinden itibaren işleyecek yasal faizi ile birlikte iadesi talebinin reddine dair işleme karşı açılan davada; faiz isteminin reddi, gecikme zammının red ve iadesi yönünde verilen vergi mahkemesi kararının davalı idarece gecikme zammına ilişkin kısmı temyiz edilmektedir.

6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsili Usulü Hakkında Kanunun 51'inci maddesinde amme alacağının ödeme müddeti içinde ödenmeyen kısmına vadenin bitim tarihinden itibaren her ay için ayrı ayrı kanunda öngörülen miktarda gecikme zammı uygulanacağı belirtilmiştir.

Sözü edilen madde hükmüne göre vade tarihinden itibaren gecikme zammı uygulanabilmesi için mükellefin vergi ödevlerini zamanında yerine getirmemiş ya da eksik yerine getirmiş olması gerekmektedir.

Olayda, davacı şirketin sahibi olduğu taşıttın motorlu taşıtlar vergisi mükellefiyetini zamanında yerine getirmiş olduğundan, taşıttının hangi tarife üzerinden vergilendirilmesi gerektiğini bilecek durumda olmayıp, bu yönde bir sorumluluğundan bahsetmek mümkün değildir. Ayrıca, 6183 sayılı Kanunda uyumsuzluk konusu olaya gecikme zammı uygulanmasını gerektiren başka bir yasal düzenlemeye bulunmadığından, gecikme zammının iadesi yolunda verilen vergi mahkemesi kararında isabetsizlik görülmemiştir.

Açıklanan nedenle, davalı idare temyiz isteminin reddiyle, vergi mahkemesi kararının gecikme zammına ilişkin kısmının onanması gerektiği düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Yedinci Dairesince işin gereği düşünüldü:

Temyiz başvurusu; davacı tarafından vergileri kamyonet olarak ödenen ... marka, 1994 model, çift kabinli, ... plaka numaralı taşıttın, arazi taşıtı olduğundan bahisle, Kanunen tahakkuk ettirilmiş sayılan 1999 yılına ait ek motorlu taşıtlar vergisi ile 2000 ila 2004 yıllarına ait motorlu taşıtlar vergisinin vadesinde ödenmeyen kısmı üzerinden hesaplanan gecikme zammının tahsili yolundaki işlemleri, verginin noksan ödenmesinde davacının kusuru bulunmadığı gerekçesiyle iptal ederek, tahsil edilen meblağın iadesine hükmeden; davanın faize ilişkin kısmını ise reddeden vergi mahkemesi kararının iptale ilişkin hüküm fıkrasının bozulmasına ilişkindir.

6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanunun 51'inci maddesinde, kamu alacağının ödeme müddeti içinde ödenmeyen kısmına vadenin bitim tarihinden itibaren her ay için ayrı ayrı belirlenen miktarda gecikme zammı uygulanacağı hükme bağlanmıştır.

Buna göre; vadesinde ödenmeyen kamu alacakları için, maddede açıklanan biçimde gecikme zammı hesaplanması zorunlu bulunmaktadır. Vadesinde ödenmeyen kamu alacakları için öngörülen gecikme zammı, Anayasa Mahkemesinin 21.9.1988 gün ve E:1988/7; K:1988/27 sayılı kararında, 213 sayılı Vergi Usul Kanununun 112'nci maddesinde düzenlenen gecikme faizi için söylenildiği gibi, Devlete ait paranın, mükellefi tarafından kullanılması sonucu, enflasyonun üzerinde veya, en az, o oranda sağlanan yararın asıl sahibi olan Devlete geri verilmesi niteliğindedir. Yine, aynı kararda belirtildiği üzere, bu şekilde

kamu borçlusundan tahsil edilen faiz veya gecikme zammı, ceza niteliği taşımadığından; tahsili, borçlunun kusurlu iradesinin varlığı koşuluna da bağlı değildir.

Bu durumda; Vergi Mahkemesince, davacının, ayrıca adli yargı yerinde açacağı rücu davasının maddi sebebinin oluşturabilecek nitelikteki, kusurunun bulunmadığı iddiasının, hesaplanan gecikme zammının tahsili yolundaki işlemlerin iptali ile tahsil edilen meblağın iadesine hükmedilmesi istemiyle açılan davaya dayanak alınarak karar verilmesinde, hukuka uyarlık görülmemiştir.

Açıklanan nedenle, temyiz isteminin kabulüne ve mahkeme kararının temyize konu hüküm fıkrasının bozulmasına, bozma kararı üzerine, Mahkemece, yeniden verilecek kararla birlikte yargılama giderleri de hüküm altına alınacağından, bu hususta ayrıca hüküm tesisine gerek bulunmadığına, 20.10.2008 gününde oybirliği ile karar verildi.

T.C.
DANIŞTAY
Yedinci Daire

Esas No : 2007/2641

Karar No : 2008/4086

Özeti : Kamu borcunun nereye ödeneceğini, mal bildiriminde bulunulması lüzumu ile bulunulmadığı takdirde hapisle tazyik olunacağını ve borçlunun 114'üncü maddedeki vazifeleri ve bu vazifeleri yerine getirmediği takdirde, hakkında tatbik edilecek olan cezayı içermeyen işlemin, ödeme emri olarak nitelendirilemeyeceği hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan : Başbakanlık Gümrük Müsteşarlığı adına, Habur Gümrük Müdürlüğü

Karşı Taraf : ... Gaz Sanayi ve Taşımacılık Ticaret Limited Şirketi

Vekili : Av. ...

İstemin Özeti : Davacı adına düzenlenerek tebliğ edilen ödeme emrini; dosyanın incelenmesinden; davacı tarafından taşımacılığı üstlenilen eşyayla ilgili olarak özet beyan fazlalığı tespit edildiğinden bahisle, 4458 sayılı Gümrük Kanununun 237'nci maddesinin 3'üncü fıkrası uyarınca karara bağlanan para cezasına vaki itirazın reddine ilişkin işlemin iptali istemiyle açılan davanın reddi üzerine 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanunun 37'nci maddesi uyarınca tebligat yapılmadığının anlaşılması karşısında, ortada vadesinde ödenmeyen kamu alacağı bulunmadığı gerekçesiyle iptal eden Diyarbakır Vergi Mahkemesinin 23.11.2006 gün ve E:2006/350; K:2006/680 sayılı kararının; konusu olan para cezasına vaki itirazın reddine ilişkin işlemin iptali istemiyle açılan davanın reddi üzerine düzenlenen ödeme emrinin yerinde olduğu ileri sürülerek bozulması istenilmektedir.

Savunmanın Özeti : Savunma verilmemiştir.

Tetkik Hakimi Abidin İLDEŞ'in Düşüncesi : Dosyanın incelenmesinden; davacı adına düzenlenen ödeme emrinin, 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanunun 55'inci maddesinin ikinci fıkrasında öngörülen unsurları taşımadığı anlaşıldığından; ödeme emirini iptal eden mahkeme kararında sonucu itibarıyla isabetsizlik görülmemiştir.

Bu nedenle, 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 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:

Dosyanın incelenmesinden; davacı tarafından taşımacılığı üstlenilen eşyayla ilgili olarak özet beyan fazlalığı tespit edildiğinden bahisle, 4458 sayılı Gümrük Kanununun 237'nci maddesinin 3'üncü fıkrası uyarınca karara bağlanan para cezasına vaki itirazın reddine ilişkin işlemin iptali istemiyle açılan davanın reddi üzerine düzenlenen ve 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanunun 55'inci maddesinin ikinci fıkrasında belirtilen kimi unsurları taşımadığı ileri sürülerek iptali istenilen ödeme emrinin, Mahkemece, istemin özeti bölümünde yazılı gerekçe ile iptal edildiği anlaşılmıştır.

6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanunun 55'inci maddesinin birinci fıkrasında, amme alacağını vadesinde ödemeyenlere yedi gün içinde borçlarını ödemeleri veya mal bildiriminde bulunmaları lüzumunun bir "ödeme emri" ile tebliğ olunacağı belirtiltikten sonra, aynı maddenin ikinci fıkrasında, ödeme emrinde borcun asıl ve ferilerinin mahiyet ve miktarları, nereye ödeneceği, müddetinde ödemediği ve mal bildiriminde bulunmadığı takdirde borcun cebren tahsil ve borçlunun mal bildiriminde bulununcaya kadar üç ayı geçmemek üzere hapis ile tazyik olunacağı, gerçeğe aykırı bildirimde bulunduğu takdirde hapis ile cezalandırılacağına kayıtlı bulunacağı, ayrıca, borçlunun 114'üncü maddedeki vazifeleri ve bu vazifeleri yerine getirmediği takdirde hakkında tatbik edilecek olan cezanın bu ödeme emrinde kendisine bildirileceği hükmüne yer verilmiştir.

Sözö edilen hükme göre, ödeme emrinin hukuki sonuç doğurabilmesi için öncelikle maddede sayılan bilgileri içermesi gerekmektedir. Dolayısıyla, anılan bilgileri içermeyen işlemlerin, "ödeme emri" olarak kabul edilmesine olanak bulunmamaktadır.

Olayda; kamu borcunun nereye ödeneceğini, mal bildiriminde bulunulması lüzumu ile bulunulmadığı takdirde hapisle tazyik olunacağını ve borçlunun 114'üncü maddedeki vazifeleri ve bu vazifeleri yerine getirmediği takdirde hakkında tatbik edilecek olan cezayı içermeyen işlemin bu haliyle ödeme emri olarak kabul edilmesi olanaksız bulunduğundan, temyiz dilekçesinde ileri sürülen iddialar, sonucu itibarıyla yerinde bulunan mahkeme kararının bozulmasını gerektirecek nitelikte görülmemiştir.

Bu nedenle, temyiz isteminin reddine, 20.10.2008 gününde esasta oybirliği, gerekçede oyçokluğu ile karar verildi.

AYRIŞIK OY

6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanunun "Ödeme emri" başlıklı 55'inci maddesinin ikinci fıkrasında, ödeme emrinde, borcun nereye ödeneceğinin belirtileceği hükmüne yer verilmiştir.

Olayda, davada iptali istenilen ödeme emrinde, kamu borcunun nereye ödenmesi gerektiği belirtilmediğinden, yukarıda değinilen madde hükmüne aykırılığı açık olan ödeme emrinin iptali yolundaki temyize konu kararda sonucu itibarıyla isabetsizlik görülmemiştir.

Bu bakımdan; temyiz isteminin, yalnızca açıklanan gerekçeyle reddi gerektiği oyu ile karara katılmıyoruz.

KATMA DEĞER VERGİSİ

T.C.
DANIŞTAY
Yedinci Daire

Esas No : 2005/4873

Karar No : 2008/3989

Özeti : 3065 sayılı Yasa'nın 13'üncü maddesinin (a) bendine göre, şarta bağlı olarak vergiden müstesna olarak ithal edilen eşyaya isabet eden gümrük vergileriyle ilgili gümrük yükümlülüğünün, istisna şartlarının ihlal edildiğinden, gümrük idaresince bilgi edinildiği tarihte doğacağı hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan: Başbakanlık Gümrük Müsteşarlığı adına, Ambarlı Gümrük Müdürlüğü

Karşı Taraf : ... Süs Bitkileri Pazarlama ve Turizm Limited Şirketi

Vekili : Av. ...

İstem Özet i : Davacı adına tescilli 10.5.2000 günlü 13254 sayılı serbest dolaşıma giriş beyannamesiyle, yat işletmeciliğinde kullanılacağı beyanıyla vergiden müstesna olarak ithal edilen yatın, ticari değil, özel amaçla kullanıldığının tespit edildiğinden bahisle yapılan katma değer ve özel tüketim vergisi tahakkukuna vaki itirazın reddine dair işlemi; davacının, olayda zaman aşımı bulunduğu yönündeki iddiası yerinde görülmemekle işin esasının incelenmesi suretiyle, faaliyet konusuna uygun olarak ithal edilen yattan elde edilen kira gelirinin, maliyetine nazaran düşük olmasının, aracın özel amaçla kullanıldığını göstermeyeceği; düşüklüğün çeşitli ticari nedenlerden kaynaklanmış olabileceği; aracın ticari değil, özel amaçla kullanıldığı yönünde başkaca herhangi bir tespit yapılmaksızın, istisna şartlarının kaybedildiğinden bahisle, varsayım ve kanaate dayalı olarak tesis edilen işlemde yasal isabet görülmediği gerekçesiyle iptal eden İstanbul Yedinci Vergi Mahkemesinin 14.7.2005 gün ve E:2005/143; K:2005/2018 sayılı kararının; Vergi Denetmeni ve Gümrük Müfettişi tarafından düzenlenen raporlara dayanılarak tesis edilen işlemde hukuka aykırılık bulunmadığı ileri sürülerek bozulması istenilmektedir.

Savunmanın Özeti: Savunma verilmemiştir.

Tetkik Hakimi Ergün GÖKDAM'ın 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 H. Hüseyin TOK'un 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 görüldü:

Temyiz başvurusu; davacı adına tescilli beyannameyle, yat işletmeciliğinde kullanılacağı beyanıyla vergiden müstesna olarak ithal edilen yatın, ticari değil, arızı olarak,

özel amaçla kullanıldığıının tespit edildiğinden bahisle yapılan tahakkuka vaki itirazın reddine dair işlemi iptal eden mahkeme kararının bozulması istemine ilişkindir.

4458 sayılı Gümrük Kanununun 74'üncü maddesinde, Türkiye Gümrük Bölgesine gelen eşyanın serbest dolaşıma girişinin; ticaret politikası önlemlerinin uygulanması, eşyanın ithali için öngörülen diğer işlemlerin tamamlanması ve kanunen ödenmesi gereken vergilerin tahsili ile mümkün olduğu; 181'inci maddesinin 1'inci fıkrasının (a) bendinde, İthalat vergilerine tabi eşyanın serbest dolaşıma girmesi; (b) bendinde, İthalat vergilerine tabi eşyanın ithalat vergilerinden kısmi muafiyet suretiyle geçici ithali hallerinde, gümrük yükümlülüğünün doğacağı; 2'nci fıkrasında da, gümrük yükümlülüğünün, söz konusu gümrük beyannamesinin tescil tarihinde başlayacağı; 184'üncü maddesinin 1'inci fıkrasının (a) bendinde ise, ithalat vergilerine tabi eşyanın, tabi tutulmuş olduğu gümrük rejiminin uygulanmasından doğan yükümlülüklerden birinin yerine getirilmemesinin bir gümrük yükümlülüğü doğurması halinde, bu tarihte gümrük yükümlülüğünün başlayacağı belirtilmiş ve 197'nci maddesinin 2'nci fıkrasında ise, yapılan denetimler sonucunda hiç alınmadığı veya noksan alındığı belirlenen veya 1'inci fıkrada belirtilen şekilde tebliğ edilmeyen gümrük vergilerine ilişkin tebligatın, gümrük yükümlülüğünün doğduğu tarihten itibaren üç yıl içinde yapılacağı hükme bağlanmıştır.

Bu hükümlere göre; ithalatta gümrük yükümlülüğü, ithalat vergilerine tabi eşyanın serbest dolaşıma girmesi halinde doğmakta; beyannamenin tescil tarihinde başlamaktadır. Eşyanın serbest dolaşıma girmesi ise, gümrük yükümlülüklerinden biri olan kanunen ödenmesi gereken vergilerin tahsili ile mümkün bulunmaktadır. İthalat vergilerine tabi eşyanın, tabi tutulmuş olduğu gümrük rejiminin uygulanmasından doğan yükümlülüklerinden birinin yerine getirilmemesinin bir gümrük yükümlülüğü doğurması halinde, gümrük yükümlülüğü bu tarihte başlar. Tahakkukundan hemen sonra beyanname veya beyanname yerine geçen belge üzerinde tebliğ edilemeyen gümrük vergilerine ilişkin tebligat ise, gümrük yükümlülüğünün doğduğu tarihten itibaren üç yıl içinde yapılmamışsa, tahakkuk zaman aşımı gerçekleşir. Bu nedenle; uyuşmazlığın çözümü öncelikle, zaman aşımı süresinin başlangıcı olan gümrük yükümlülüğünün başladığı tarihin tespitini zorunlu kılmaktadır.

Uyuşmazlıkta, davacının vergi istisnasından yararlanmasının nedeni, eşyayı ticari faaliyetlerinde kullanacak olması, vergilerin istenilme nedeni ise, eşyanın ticari değil özel amaçla kullanılması suretiyle istisna şartlarının ihlal edilmiş olmasıdır.

Serbest dolaşıma giriş rejimine tabi tutulan eşya ile ilgili gümrük yükümlülüğü, eşyanın serbest dolaşıma girişi ile doğup, kanunen beyannamenin tescil tarihinde başlamakla birlikte; olayda olduğu gibi, Kanunda öngörülen bir şarta bağlı olarak istisna uygulanan hallerde, istisna şartlarının ihlal edildiğinin Gümrük İdaresinin bilgisine girdiği tarihin, gümrük yükümlülüğünün başladığı tarih olarak esas alınması gerektiğinden, Vergi Denetmenince düzenlenen, eşyanın ticari faaliyette değil, diğer bir ifadeyle özel amaçla kullanıldığı yönündeki raporun, davalı Gümrük Müdürlüğünün kaydına girdiği, 1.5.2003 tarihi dikkate alındığında, olayda zaman aşımı bulunmadığından, işin esasının incelenmesine geçildi:

Dosyanın incelenmesinden; davacının, ticari faaliyetlerinde kullanılacağı beyanıyla vergiden müstesna olarak, 2000 yılında, aktife kayıtlı değeri 118.817.590.000.- lira olan yat ithal ettiği; aracın 2000 yılında hiç kiraya verilmediği, 2001 yılında iki kez kiraya verilerek 9.809.550.000.- lira, 2002 yılında ise, beş kez kiraya verilerek 25.411.689.000.- lira olmak üzere, üç yılda toplam 35.221.239.000.- lira hasılat elde edildiği; 2002 yılındaki hasılat faturalarının tamamının Aralık ayında düzenlendiğinin belirlendiği; bu tespitlerden hareketle, aracın ticari değil, özel amaçla kullanıldığı; dolayısıyla, istisnadan yararlanılamayacağı nedenlerini dayalı olarak davaya konu işlemin tesis edildiği anlaşılmıştır.

3065 sayılı Katma Değer Vergisi Kanununun 43'üncü maddesinin 4'üncü fıkrasında, ithalde alınan katma değer vergisinin ilgili gümrük idaresince tarh olunacağı; 13'üncü maddesinin 4108 sayılı Kanunun 33'üncü maddesiyle değişen (a) bendinde de, faaliyetleri kısmen veya tamamen deniz taşıma araçlarının kiralanması veya çeşitli şekillerde işletilmesi

olan mükelleflere bu amaçla yapılan, deniz taşıma araçlarının teslimleri, bu araçların imal ve inşası ile ilgili olarak yapılan teslim ve hizmetler ile bunların tadili, onarım ve bakımı şeklinde ortaya çıkan hizmetlerin katma değer vergisinden müstesna olduğu; 16'ncı maddesinin 1'inci fıkrasının (a) bendinde ise, bu Kanuna göre teslimleri vergiden istisna edilen mal ve hizmetlerin ithalinin de vergiden müstesna olduğu belirtilmiş olup; uyuşmazlığın çözümü, davacı tarafından, ticari faaliyetinde kullanılacağı beyanıyla, katma değer vergisinden müstesna olarak ithal edilen yatın, ticari amaçla mı, yoksa özel amaçla mı kullanıldığının tespitini gerektirmektedir.

Olayda; ticari faaliyette kullanılmak üzere ithal edildiği beyan ve iddia olunan yatın üç yılda sadece yedi kez kiraya verilmiş olması karşısında, devamlılık arz etmeyen bu faaliyetin, ticari faaliyet olarak kabulüne olanak bulunmamaktadır. İktisadi ve ticari icaplara uymayan, olayın özelliğine göre normal ve mutad olmayan bu durumun aksini, yani aracın ticari faaliyette kullanıldığını ispat külfeti, bunu iddia eden davacıya düşer. Oysa, davada, bu yönde davacı tarafından getirilmiş herhangi bir kanıt mevcut değildir.

Bu bakımdan; ticari faaliyette değil, diğer bir ifadeyle özel amaçla kullanıldığı anlaşılan yat nedeniyle, istisnadan yararlandırılmamak suretiyle davacı hakkında tesis edilen işlemde hukuka aykırılık bulunmadığından, aksi düşünceyle, kanıt yükü tersine çevrilerek verilen mahkeme kararının katma değer vergisine ilişkin hüküm fıkrasında isabet görülmemiştir.

Mahkeme kararının, işlemin özel tüketim vergisine ilişkin hüküm fıkrasına yönelik temyiz istemine gelince:

Beyannamenin tescil tarihi itibarıyla yürürlükte bulunan, 1318 sayılı Finansman Kanununun taşıt alım vergisiyle ilgili 1 ila 10'uncu maddeleri ile geçici 1, 2 ve 3'üncü maddeleri, 12.6.2002 gün ve 24783 sayılı Resmi Gazete'de Yayımlanarak yürürlüğe giren 6.6.2002 tarih ve 4760 sayılı Özel Tüketim Vergisi Kanununun 18'inci maddesinin 3'üncü fıkrası ile yürürlükten kaldırılmış olup, gümrük yükümlülüğünün doğduğu tarihte yürürlükte bulunan 4760 sayılı Kanunun 3'üncü maddesinin (e) bendinde, vergiyi doğuran olay, ithalat, 4458 sayılı Gümrük Kanununa göre gümrük yükümlülüğünün doğması, ithalat vergilerine tabi olmayan işlemlerde ise gümrük beyannamesinin tescili olarak tanımlanmış; 16'ncı maddesinin 3'üncü fıkrasında da, bu Kanuna göre gümrükte vergisi ödenmeden veya eksik ödenerek ithal edilen malların hiç alınmamış veya eksik alınmış özel tüketim vergisi hakkında 4458 sayılı Gümrük Kanunundaki esaslara göre işlem yapılacağı belirtilmiştir.

Öte yandan; 4458 sayılı Kanunun 193'üncü maddesinin 1'inci fıkrasında, bu Kanunla konulmuş aksine hükümler ve 2'nci fıkra hükümleri saklı kalmak kaydıyla, bir eşyaya uygulanacak ithalat veya ihracat vergileri tutarının, bu eşyaya ilişkin gümrük yükümlülüğünün doğduğu tarihteki vergi oranları ve diğer vergilendirme unsurlarına göre belirleneceği; 2'nci fıkrasında ise, gümrük yükümlülüğünün doğduğu tarihi kesin olarak tespit etmenin mümkün olmadığı hallerde, ilgili eşyaya ilişkin vergi oranları ve diğer vergilendirme unsurlarının uygulanması için dikkate alınacak tarihin, gümrük idarelerinin bu eşya için bir gümrük yükümlülüğü doğduğu sonucuna vardıkları tarih olduğu; ancak, gümrük idarelerinin elde ettikleri bilgilerin gümrük yükümlülüğünün daha önceki bir tarihte doğduğunu tespit etmelerine imkan vermesi halinde, eşyanın ithalat veya ihracat vergileri tutarının, elde edilen bilgilere göre söz konusu yükümlülüğün doğduğunun anlaşıldığı en eski tarihteki vergi oranları ve diğer vergilendirme unsurlarına dayanılarak tespit edileceği hükmüne yer verilmiştir.

Anılan hükümlere göre; gümrük yükümlülüğünün doğduğu, diğer bir ifadeyle, vergiyi doğuran olayın meydana geldiği tarihte, eşyanın ithali özel tüketim vergisine tabi olmakla birlikte; yetkili vergi dairesince, davacı adına, beyannamenin tescil tarihi itibarıyla yürürlükte bulunan 1318 sayılı Kanuna göre taşıt alım vergisi tahakkuk ettirilmiş olması halinde, bir olaydan iki ayrı vergi istenilmesi suretiyle vergide mükerrerliğe yol açılacağından,

mahkeme kararının bu hususlar gözetilmeksizin verilen özel tüketim vergisine ilişkin hüküm fıkrasında da isabet bulunmamıştır.

Açıklanan nedenlerle, temyiz isteminin kabulüne; mahkeme kararının bozulmasına; bozma kararı üzerine Mahkemece yeniden verilecek kararlar birlikte yargılama giderleri de hüküm altına alınacağından, bu hususta ayrıca hüküm tesisine gerek bulunmadığına, 15.10.2008 gününde oybirliği ile karar verildi.

VERGİ USULÜ

T.C. DANIŞTAY Yedinci Daire

Esas No : 2006/1493

Karar No : 2008/4078

Özeti : Banka ve sigorta muameleleri vergisinin, mükellefinin anonim şirket şeklinde örgütlenen sigorta şirketleri olduğu, sigorta acenteliği yapan davacı verginin mükellefi olmadığından, adına tesis edilen tarh ve ceza kesme işlemlerinde, hukuka uyarlık bulunmadığı hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan : Bornova Vergi Dairesi Müdürlüğü

Karşı Taraf : ... Sigorta Aracılık Hizmetleri ve Organizasyonu Limited Şirketi

İstemin Özeti : A tipi sigorta acenteliği faaliyetiyle ilgili olarak düzenlenen vergi inceleme raporuna dayanılarak, 2004 yılının Ocak ila Nisan dönemleri için, davacı adına salınan banka ve sigorta muameleleri vergisine ve kesilen vergi zıyaı cezasına ilişkin işlemleri; 6802 sayılı Gider Vergileri Kanununun 28'inci maddesinin birinci fıkrasında, banka ve sigorta şirketlerinin 3226 sayılı Finansal Kiralama Kanununa göre yaptıkları işlemler hariç olmak üzere, her ne şekilde olursa olsun, yapmış oldukları bütün muameleler dolayısıyla kendi lehlerine her ne nam ile olursa olsun nakden veya hesaben aldıkları paraların banka ve sigorta muameleleri vergisine tabi olduğunun; aynı Kanunun 30'uncu maddesinde ise, banka ve sigorta muameleleri vergisini banka, banker ve sigorta şirketlerinin ödeyeceğinin hükme bağlandığı; öte yandan; olay tarihinde yürürlükte bulunan 7397 sayılı Sigorta Murakabe Kanununun 2'nci maddesinde ise, Türkiye'de kurulacak sigorta veya reasürans şirketlerinin anonim ortaklık şeklinde kurulmalarının şart olduğunun belirtildiği; bu hükümlere göre, banka ve sigorta muameleleri vergisinin mükellefinin anonim ortaklık şeklinde örgütlenen sigorta şirketleri olduğu; sigorta şirketleri ile yaptıkları acentelik sözleşmesi ile sigorta sözleşmesi yapma ve prim tahsil etme konularında yetkili kılınmalarının, acentelerin verginin mükellefi sayılmalarını gerektirmeyeceği; diğer bir anlatımla sözleşme ile mükellefin değiştirilmesinin olanaklı olmadığı; A veya B tipi acente olunmasının da bu hukuki durumu değiştirmediği; bu bakımdan; olayda, sigorta şirketi olmayan davacı, adına salınan verginin mükellefi olmadığından, tarh ve ceza kesme işlemlerinde hukuka uyarlık bulunmadığı gerekçesiyle iptal eden İzmir İkinci Vergi Mahkemesinin 19.1.2006 gün ve E:2005/855; K:2006/14 sayılı kararının; sigorta sözleşmesi yapan ve prim tahsil eden A tipi acentelerin bu faaliyetlerinden dolayı banka ve sigorta muameleleri vergisi mükellefi oldukları; iptal edilen poliselere ait tutarların, ancak, düzenledikleri dönem matrahından indirilebileceği ileri sürülerek bozulması istenilmektedir.

Savunmanın Özeti: İstem reddi gerektiği savunulmuştur.

Tetkik Hakimi Abidin İLDEŞ'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 H. Hüseyin TOK'un 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, 20.10.2008 gününde oybirliği ile karar verildi.

YARGILAMA USULÜ

T.C. DANIŞTAY Yedinci Daire

Esas No : 2007/5346

Karar No : 2008/4603

Özeti : Dahilde işleme izin belgesi kapsamında geçici olarak ithal edilen eşyanın, işlenerek ihracının gerçekleştirilmesini müteakip, taahhüt hesabı kapatılarak, teminatların iade edilmesinden sonra, ihracata ilişkin belgelerin gerçeği yansıtmadığının tespit edilmesi halinde, gümrük yükümlülüğü doğmuş olacağından, gümrük vergileri alınmadan yurda girişi yapılan eşyaya ilişkin gümrük vergilerinin, Gümrük Kanunu'na göre tahakkuk ettirilerek tebliği gerektiği; olayda da, idarece tesis edilen ilk işlem tahakkuk işlemi olduğundan ve buna karşı 4458 sayılı Kanun'un 242'nci maddesinde öngörülen idari başvuru yollarına gidilmesinde, açıklanan hukuki duruma aykırılık bulunmadığından, açılan davada süre aşımı bulunmadığı hakkında.

Kararın Düzeltilmesini İsteyen: ... Tekstil Enerji Sanayi ve Ticaret Anonim Şirketi

Vekili : Av. ...

Karşı Taraf : Başbakanlık Gümrük Müsteşarlığı adına, Haydarpaşa Gümrük Müdürlüğü

İstemın Özetı : Davacı adına tescilli 26.8.1998 gün ve 55207 sayılı giriş beyannamesi ile 13.3.1998 gün ve 98-D1-823 sayılı dahilde işleme izin belgesi kapsamında ithal edilen eşyanın Yurt dışı edilmediğinin, taahhüt hesabının kapatılarak teminatın iade edilmesinden sonra saptandığından bahisle, tahakkuk ettirilen gümrük vergilerine ve fer'ilerine vaki itirazın reddi yolundaki işlemin iptali istemiyle açılan davayı; olayda, davacı adına tesis edilen 8.9.2004 gün ve 86158 sayılı işlemin, tahakkuk veya idari karar değil, 6183 sayılı Kanun hükümleri uyarınca tesis edilen tahsil işlemi olduğu; bu bakımdan; anılan işlemin tebliğ edildiği tarihten itibaren otuz gün içerisinde dava açılması gerekirken, idari itiraz yollarına başvurulmasından sonra açılan davada süre aşımı bulunduğu gerekçesiyle reddeden İstanbul Birinci Vergi Mahkemesinin 11.7.2005 gün ve E:2005/326; K:2005/1279 sayılı kararının vergilere ilişkin hüküm fıkrasını onayan, gecikme faizine dair hüküm fıkrasına yönelik temyiz istemini ise reddeden Danıştay Yedinci Dairesinin 22.2.2007 gün ve E:2005/5196; K:2007/668 sayılı kararının; mal bedeli ve üzerinden hesaplanan gecikme faizi geçici giriş esnasında tahakkuk ettirilmediğinden ve esasen daha önce taahhüt hesabının kapatılması nedeniyle teminat iade edildiğinden, idari itiraz yollarına tabi tutulan işlemin tahakkuk niteliğinde olduğu ileri sürülerek düzeltilmesi istenilmektedir.

Savunmanın Özeti: İstemın reddi gerektiği savunulmuştur.

Tetkik Hakimi Abidin İLDEŞ'in Düşüncesi: Dosyanın incelenmesinden; taahhüt hesabının kapatılarak teminatın iade edilmesinden sonra, dahilde işleme rejimi hükümlerinin ihlal edildiğinden bahisle tesis edilen, vergilerin ödenmesi, aksi halde 6183 sayılı Kanun hükümleri çerçevesinde gerekli işlemlerin yapılacağı yolundaki işlemin iptali istemiyle açılan davanın, Mahkemece, süre aşımı nedeniyle reddedildiği anlaşılmıştır.

Dahilde işleme rejimine ilişkin kurallara göre eşyaya ilişkin vergiler yapılan beyan üzerine başlangıçta kat'i olarak tahakkuk ettirildiğinden, anılan rejimin ihlali halinde daha önce kesinleşmiş olan vergilerin yeniden tahakkuk ettirilmesine gerek bulunmamakta olup, bu halde doğrudan ödeme emriyle istenilmesi gerekmektedir. Bu bakımdan; başlangıçta tahakkuk ettirilen vergilerin tahsili amacıyla doğrudan ödeme emri düzenlenmesi gerektiğinden, davacı adına tesis edilen anılan işlem kesin ve yürütülebilir nitelikte değildir.

Bu bakımdan; açılan davayı süre aşımı nedeniyle reddeden mahkeme kararında sonucu itibarıyla isabetsizlik görülmediğinden, kararın düzeltilmesi isteminin kabulü ile temyiz 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, kararın düzeltilmesi istemini içeren dilekçede ileri sürülen sebepler, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 54'üncü maddesinin 1'inci fıkrasının (c) bendi uyarınca, Dairemizin 22.2.2007 gün ve E:2005/5196; K:2007/668 sayılı kararının düzeltilmesini gerektirecek nitelikte görüldüğünden, istem kabul edilerek, anılan kararın ortadan kaldırılmasından sonra dosya yeniden incelendi:

Dosyanın incelenmesinden; dahilde işleme rejimi uyarınca geçici olarak ithal edilen eşyanın Yurt dışı edilmediğinin, taahhüt hesabının kapatılarak teminatın iade edilmesinden sonra saptandığından bahisle tebliğ edilen 8.9.2004 gün ve 86158 sayılı işleme vaki düzeltme başvurusunun reddi üzerine, yapılan itiraz başvurusunun reddi yolundaki işlemin iptali istemiyle açılan davada, Mahkemece, idari itiraz yollarına konu edilen işlemin 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun hükümleri uyarınca tesis edilen tahsil işlemi olduğu belirtilerek davanın süre aşımı nedeniyle reddedildiği anlaşılmıştır.

4458 sayılı Gümrük Kanununun 108'inci maddesinde; serbest dolaşımda olmayan eşyanın, işlem görmüş ürünlerin üretiminde kullanılmasından sonra Türkiye Gümrük

Bölgesinden yeniden ihraç edilmesi amacıyla, gümrük vergileri ve ticaret politikası önlemlerine tabi tutulmaksızın ve vergileri teminata bağlanmak suretiyle, dahilde işleme rejimi kapsamında geçici olarak ithal edilebileceği; eşyanın işlem görmüş ürünler şeklinde ihracı halinde, teminatın iade olunacağı; eşyanın bu şekilde dahilde işleme rejiminden yararlanmasına, şartlı muafiyet sistemi denildiği; 238'inci maddesinde de, dahilde işleme rejimine ilişkin hükümlerin ihlali halinde, eşyaya ilişkin gümrük vergilerinin tahsil edileceği hükme bağlanmıştır.

Bu hükümlere göre; serbest dolaşımda olmayan eşyanın, dahilde işleme rejimi çerçevesinde, Türkiye'de işlenerek veya başka eşyanın üretiminde kullanılarak Türkiye Gümrük Bölgesinden ihraç edilmek kaydıyla, geçici olarak ithal edilmesi halinde, ithal edilen eşyaya ait vergilerin, kural olarak, giriş sırasında, tahakkuk ettirilmesi; ancak, tahsil edilmeyerek, geçici olarak ithal edilen eşyanın işlem görmüş ürünler şeklinde ihraç edilmesi halinde iade edilmek üzere, 6183 sayılı Kanunda öngörülen teminat türlerine göre teminata bağlanması icap etmektedir.

Bu şekilde, geçici olarak ithal edilen eşyaya ait olup, giriş esnasında, tahakkuk ettirilen vergiler için alınan teminatlar, ihracatın gerçekleştirilip taahhüdün yerine getirilmesiyle, taahhüt hesabı kapatılarak iade edilmek, böylelikle, giriş esnasında yapılan tahakkuk işlemi geri alınmakla, şartlı muafiyet sistemi sona erdirilmiş olmaktadır.

Bu aşamadan sonra, herhangi bir nedenle, taahhüt kapatma işleminin iptal edilmesi durumunda, eşyaya ait vergilerle ilgili olarak ne gibi bir işlem yapılması gerektiği konusunda, 4458 sayılı Kanunda herhangi bir düzenlemeye yer verilmemiştir.

Ancak, böyle bir durumda, ithalat vergilerine tâbi bir eşyanın, 4458 sayılı Kanuna aykırı bir şekilde Türkiye Gümrük Bölgesine girmesi hali söz konusu olacağından ve aynı Kanunun 182'nci maddesine göre, gümrük yükümlülüğü doğacağından, gümrük vergileri alınmadan Yurda girişi yapılan eşyaya ilişkin gümrük vergilerinin, Gümrük Kanununa göre tahakkuk ettirilerek, yükümlüsüne bildirilmesi suretiyle, yükümlülerin, bu bildirimlere karşı, anılan Kanunun 242'nci maddesinde öngörülen idari itiraz yollarına başvurabilmelerine ve taleplerinin reddi üzerine de otuz gün içinde dava açabilmelerine olanak tanınması gerekmektedir.

Olayda; davacı tarafından, dahilde işleme izin belgesi kapsamında geçici olarak ithal edilen eşyanın, işlenerek ihracının gerçekleştirilmesini müteakip, taahhüt hesabı kapatılarak, teminatların iade edilmesinden sonra, ihracata ilişkin belgelerin gerçeği yansıtmadığının tespit edildiğinden bahisle, sözü edilen eşya nedeniyle tahakkuk ettirilen gümrük vergilerine ve fer'ilerine karşı, 4458 sayılı Kanunun 242'nci maddesinde öngörülen idari başvuru yollarına gidilmesinde açıklanan hukuki duruma aykırılık yoktur. Bu bakımdan; açılan davada süre aşımı bulunmadığından, işin esasının incelenmesi suretiyle karar verilmesi gerekirken, aksi yolda verilen mahkeme kararında isabet görülmemiştir.

Açıklanan nedenle, 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, 13.11.2008 gününde oyçokluğu ile karar verildi.

AYRIŞIK OY

Kararın düzeltilmesi dilekçesinde ileri sürülen nedenler, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 54'üncü maddesinde yazılı nedenlerden hiçbirisine uymadığından, istemin reddi gerektiği oyu ile karara karşıyız.

T.C.
DANIŞTAY
Yedinci Daire
Esas No : 2006/534
Karar No : 2008/4804

Özeti : Davacının istemi doğrultusunda işlem tesis ettiği halde, davacıya bildirmeyerek dava açılmasına sebep olan idarenin, yargılama giderlerini ödemesi gerektiği ve vekalet ücretinin de yargılama giderlerine dahil olduğu hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan: ...

Vekili : Av. ...

Karşı Taraf : Mudanya Vergi Dairesi Müdürlüğü

İstem Özet i : Davacı adına tescilli motorlu tekne ile ilgili motorlu taşıtlar vergisi mükellefiyet kaydının silinmesi istemiyle yapılan başvurunun cevap verilmeyerek reddine dair işlemin iptali istemiyle açılan davada; davalı İdarenin 19.4.2004 günlü savunmasının incelenmesinden, mükellefiyet kaydının, İdarece 1.1.2004 tarihi itibarıyla silindiği anlaşıldığından, konusu kalmayan uyuşmazlık hakkında karar verilmesine yer olmadığına ilişkin Bursa Vergi Mahkemesinin 1.11.2005 gün ve E:2004/518; K:2005/1979 sayılı kararının; Mahkemenin, yargılama giderlerini, davanın açılmasına sebebiyet veren İdareye yüklemesine rağmen, vekalet ücretine hükmedilmemesinin hukuka aykırı olduğu ileri sürülerek bozulması istenilmektedir.

Savunmanın Özet i: İstem reddi gerektiği savunulmuştur.

Tetkik Hakimi Ayşegül ŞAHİN'in Düşüncesi: Olayda, davalı İdarece, davacının istemi doğrultusunda işlem tesis edilerek mükellefiyet kaydı silindiği halde davacıya bu konu ile ilgili bildirimde bulunulmadığından, dava açılmasına davalı İdare tarafından sebebiyet verildiği açık olup; yargılama giderlerinin davalı İdareye yüklenmesi yerindedir. Ancak, dava vekil aracılığı ile açıldığı ve kararda da vekile yer verildiği halde, yargılama giderleri içinde vekalet ücretine yer verilmemesi hukuka aykırı olduğundan, kararın vekalet ücretine ilişkin hüküm fıkrasının bozulması gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı Mukaddes ARAS'ın Düşüncesi: Dosyanın incelenmesinden; mükellefiyet kaydının silinmesi isteminin zımnen reddi yolundaki işlemin iptali istemiyle açılan davada; karar verilmesine yer olmadığı yolunda hüküm tesis eden Mahkemece, yargılama giderlerinin idareden alınarak davacıya verilmesine karar verildiği, ancak, avukatı olduğu halde vekalet ücreti yönünden hüküm tesis edilmediği anlaşıldığından, mahkeme kararının vekalet ücreti yönünden hüküm tesis edilmek üzere bozulması gerektiği düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Yedinci Dairesince işin gereği görüldü:

Temyiz başvurusu; davacı adına tescilli motorlu tekne ile ilgili motorlu taşıtlar vergisi mükellefiyet kaydının silinmesi istemiyle yapılan başvurunun cevap verilmeyerek reddine dair işlemin iptali istemiyle açılan davada, mükellefiyet kaydının, idarece 1.1.2004 tarihi itibarıyla silindiği anlaşıldığından, konusu kalmayan uyuşmazlık hakkında karar verilmesine yer olmadığına ve hesaplanan 34,40 Yeni Türk lirası tutarında yargılama giderlerinin davalı İdareden alınarak davacıya verilmesine hükmeden mahkeme kararının, yargılama giderlerine dair hüküm fıkrasının bozulması istemine ilişkindir.

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun "Kararlarda bulunacak hususlar" başlıklı 24'üncü maddesinin 1'inci fıkrasının (f) bendinde, kararlarda, yargılama giderleri ve hangi tarafa yükletildiğinin belirtileceği hüküm altına alınmış; 1086 sayılı Hukuk Usulü

Muhakemeleri Kanununun, 2577 sayılı Kanunun 31'inci maddesinin 1'inci fıkrasında göndermede bulunulan 417'nci maddesinde, yargılama giderlerinin (kural olarak), aleyhine hüküm verilen tarafa yükletileceği; aynı Kanunun 423'üncü maddesinin 1'inci fıkrasının 6'ncı bendinde de, davanın önemine göre, kanun gereği takdir olunacak vekalet ücretinin yargılama giderlerine dahil olduğu hükmü yer almıştır.

Yukarıda yer verilen hükümlere göre, davanın "iptal" ile sonuçlanması ve davalı idarenin "davayı kabulü" dışında, herhangi bir nedenle "karar verilmesine yer olmadığı" şeklinde sonuçlanması halinde, yargılama giderlerinin davalı İdareye yükletilebilmesi için, davalı İdarece hukuka aykırı işlem tesis edilmesi suretiyle, dava açılmasına sebebiyet verilmiş olması gerekir.

Dosyanın incelenmesinden; davacı tarafından, adına tescilli olan motorlu deniz aracının, motorunun çıkarıldığı belirtilerek, mükellefiyet kaydının silinmesi istemiyle 29.12.2003 tarihinde yapılan başvuruya vergi dairesince cevap verilmemesi üzerine oluşan zımni ret işleminin iptali istemiyle işbu davanın açıldığı; davalı İdarenin 19.4 2004 tarihinde kayda giren savunmasında, davacının motorlu taşıtlar vergisi mükellefiyetinin 1.1.2004 tarihi itibarıyla silindiğinin, ancak davacıya bildirilmediğinin belirtilmesi üzerine, Mahkemece, konusu kalmayan uyumsuzluk hakkında karar verilmesine yer olmadığına ve yargılama giderlerinin davalı İdareden alınarak davacıya verilmesine hükmedildiği; ancak, davacı avukatı için vekalet ücretine hükmedilmediği anlaşılmıştır.

Bu bakımdan; davalı İdarece, davacının istemi doğrultusunda işlem tesis edilerek mükellefiyet kaydı silindiği halde, davacıya bu konu ile ilgili bildirimde bulunulmadığından, dava açılmasına davalı İdare tarafından sebebiyet verildiği açık olup; yargılama giderlerinin davalı İdareye yüklenmesi yerindedir. Ancak, dava, vekil aracılığı ile açıldığı ve kararda da vekile yer verildiği halde, yargılama giderleri içinde vekalet ücretine yer verilmemesi, hukuka aykırıdır.

Açıklanan nedenle, mahkeme kararının, yargılama giderlerine ilişkin hüküm fıkrasının vekalet ücretine dair kısmına yönelik temyiz isteminin kabulüne ve bu hüküm fıkrasının bozulmasına; bozma kararı üzerine, Mahkemece, yeniden verilecek kararla birlikte yargılama giderleri de hüküm altına alınacağından, bu hususta ayrıca hüküm tesisine gerek bulunmadığına, 26.11.2008 gününde oybirliği ile karar verildi.

SEKİZİNCİ DAİRE KARARLARI

AVUKATLIK İŞLERİ

T.C.
DANIŞTAY
Sekizinci Daire
Esas No : 2008/1165
Karar No : 2008/5407

Özeti : Zabıt katibi olarak görev yapan davacının, memuriyeti devam ederken avukatlık stajını yapamayacağı hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunanlar : 1-Türkiye Barolar Birliği Başkanlığı

Vekil : Av. ...
2-İstanbul Barosu Başkanlığı

Vekili : Av. ...

Karşı Taraf : ...

İstemin Özeti : İstanbul adliyesinde zabıt katibi olarak görev yapan davacının, avukatlık stajını yapabilmek amacıyla yaptığı başvurunun reddine ilişkin Türkiye Barolar Birliği Başkanlığının 16.6.2006 gün ve 7475 sayılı işleminin iptali istemiyle açılan davada; 657 sayılı Yasanın 36. maddesi uyarınca avukatlık stajını memuriyette iken yapanlara bir kademe, açıkta iken yapanlara iki kademe ilerlemesinin uygulanacağına ilişkin düzenleme ile avukatlık stajının açıkta veya memuriyette iken yapılabileceği açık bulunduğundan, davacının avukatlık stajını yapabilmek amacıyla yaptığı başvurunun reddine ilişkin dava konusu işlemde hukuka uyarlık bulunmadığı gerekçesiyle iptal eden Ankara 4. İdare Mahkemesinin 20.11.2007 gün ve E:2006/1818, K:2007/2249 sayılı kararının, hukuka aykırı olduğu öne sürülerek, 2577 sayılı Yasanın 49. maddesi uyarınca temyizen incelenerek bozulması istemidir.

Savunmanın Özeti : İstem reddi gerektiği savunulmaktadır.

Danıştay Tetkik Hakimi Mevlüt BEDEL'in Düşüncesi : İstem kabulü ile mahkeme kararının bozulması gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı Ahmet Yahya ÖZDEMİR'in Düşüncesi : Zabıt katibi olarak görev yapan davacının avukatlık stajını yapabilmek amacıyla yaptığı başvurunun reddine ilişkin davalı Birlik işlemini iptal eden İdare Mahkemesi kararının temyizen incelenerek bozulması istenilmektedir.

1136 sayılı Avukatlık Kanununun 4667 sayılı Kanunla değişik 16.maddesinde, 3.maddenin (a) (b) ve (f) bentlerinde yazılı koşulları taşıyanlardan, stajyer olarak sürekli staj yapmalarına engel işleri ve 5.maddede yazılı engelleri bulunmayanların staj yapacakları yer barosuna başvuracakları hükme bağlanmış, 3.maddesinin (a) bendinde T.C. vatandaşı olmak (b) bendinde Türk veya yabancı Hukuk Fakültelerinden Mezuniyet ile yabancı mezuniyetlerde eksik derslerin tamamlanması koşulu (f) bendinde de, bu Kanuna göre avukatlığa engel hali bulunmamak koşulu getirilmiş, Kanunun 5.maddesinin ilk dört bendinde, sırası ile sayılan suçlardan mahkum olmak, disiplin kurulu kararına dayalı olarak avukat olma niteliğini kaybetmiş olmak, avukatlık mesleği ile bağdaşmayacak tutum ve davranışları çevresince bilinmiş bulunmak ı yanında (d) bendinde avukatlık mesleği ile birleşmeyen bir işle uğraşmak avukatlığa engel haller olarak sayılmış, aynı Kanunun 11.maddesinde de, aylık, ücret, gündelik veya kesenek gibi ödemeler karşılığında görülen hiçbir hizmet ve görev sigorta produktülüğü, tacirlik ve esnafılık veya mesleğin onuru ile bağdaşması mümkün olmayan her türlü işin avukatlarla birleşemeyeceği kuralı getirilmiştir.

Uyuşmazlık konusu olayda, İstanbul Adliyesinde zabıt katibi olan davacının, aylık ücret karşılığı yaptığı bu görevinin yanında avukatlık stajını da yapması anılan Kanunun 11.maddesine göre hukuken olanaklı bulunmadığından, işlemin iptali yönündeki Mahkeme kararında isabet görülmemektedir.

1136 sayılı Avukatlık Kanunu, bu kanundan önce yürürlüğe giren, 657 sayılı Devlet Memurları Kanununa göre olayda uygulanabilecek özel kanun olduğundan; 657 sayılı Yasanın 36.maddesinde yer alan ve o tarihte bir kısım kamu görevlilerinin özel olarak (öğretmenler v.d) avukatlık yapabilmesine izin veren kuralların uygulanabilmesi için getirilen hükmün, bu uyuşmazlıkta uygulanacak norm olarak kabulü mümkün değildir.

Belirtilen nedenle, temyiz konusu kararın bozulmasının uygun olacağı düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Sekizinci Dairesince işin gereği görüldü:

Uyuşmazlık, İstanbul adliyesinde zabıt katibi olarak görev yapan davacının, avukatlık stajını yapabilmek amacıyla yaptığı başvurunun reddine ilişkin Türkiye Barolar Birliği Başkanlığının işleminden kaynaklanmaktadır.

1136 Sayılı Avukatlık Kanununun "Avukatlığa Kabulde Engeller" başlıklı 5. maddesinin (d) bendinde; avukatlık mesleği ile birleşemeyen bir işle uğraşmak, avukatlık mesleğine engel olarak görülmüş, "Avukatlıkla Birleşemeyen İşler" başlıklı 11. maddesinde ise; aylık, ücret, gündelik veya kesenek gibi ödemeler karşılığında görülen hiçbir hizmet ve görev, sigorta prodüktörlüğü, tacirlik ve esnafılık veya mesleğin onuru ile bağdaşması mümkün olmayan her türlü işin avukatlıkla birleşmeyeceği kurala bağlanmıştır.

Dosyanın incelenmesinden, davacının 2003 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesinden mezun olduğu, 15.11.2003 yılında İstanbul Adliyesinde zabıt katibi olarak göreve başladığı, 26.4.2006 tarihinde avukatlık stajını yapabilmek amacıyla İstanbul Barosuna başvurduğu, başvurunun reddi üzerine Türkiye Barolar Birliğine itirazda bulunduğu itirazının reddi üzerine iş bu davanın açıldığı anlaşılmaktadır.

Olayda, İstanbul Adliyesinde zabıt katibi olan davacının, aylık ücret karşılığı yaptığı bu görevinin yanında avukatlık stajını da yapması yukarıda anılan mevzuat uyarınca hukuken olanaklı bulunmamaktadır.

Bu durumda memur olan davacının avukatlık stajını yapmak için yaptığı başvurunun reddedilmesine ilişkin dava konusu işlemde hukuka aykırılık bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle Ankara 4. İdare Mahkemesi kararının bozulmasına, dosyanın yeniden bir karar verilmek üzere anılan mahkemeye gönderilmesine 22.9.2008 gününde oy birliği ile karar verildi.

T.C.
DANIŞTAY
Sekizinci Daire

Esas No : 2008/3353

Karar No : 2008/5591

Özeti : Avukatlık stajını tamamlayan davacının, terör örgütüne yardım ve yataklık etmek suçundan almış olduğu cezadan dolayı, memnu haklarının iadesine ve mahkumiyet hükmünün vaki olmaması sayılmasına karar verilmiş olduğundan, 1136 sayılı Yasa'nın 5/a maddesinde belirtilen ehliyetsizlik durumu ortadan kalkmış ise de, avukatlık

mesleğinin yargılama görev ve yetkisinin kullanımında haiz olduğu önem ve özelliği dikkate alındığında, davacının avukatlık mesleğine yaraşmayacak tutum ve davranış olduğu hususunda kuşku bulunmayan eylemi nedeniyle, aynı yasanın 5/c maddesinde belirtilen ehliyetsizlik durumu devam ettiğinden, avukatlık mesleğine kabul edilmemesinde, hukuka aykırılık bulunmadığı hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan : ...

Vekili : Av. ...

Karşı Taraf : 1- Adalet Bakanlığı
2- Türkiye Barolar Birliği Başkanlığı

Vekili : Av. ...

İstemin Özeti : Avukatlık stajını tamamlayan davacının, avukatlık mesleğine kabul edilmesi yönündeki Diyarbakır Barosu Yönetim Kurulunun 31.08.2006 gün ve 260 sayılı kararının kaldırılmasına ilişkin Türkiye Barolar Birliği Yönetim Kurulunun 21.10.2006 gün ve 5785-1 sayılı kararı ile bu kararın onanmasına ilişkin Adalet Bakanlığı'nın 13.11.2006 gün ve 22790 sayılı işleminin iptali istemiyle açılan davada; 1136 sayılı Yasanın 5. maddesinden bahsedilerek, Ankara 1 No'lu Devlet Güvenlik Mahkemesinin 01.10.1996 gün ve E:1995/100, K:1996/56 sayılı kararı ile terör örgütüne yardım ve yataklık etmek suçundan dolayı üç yıl dokuz ay ağır hapis cezası verilen ve cezası infaz edilmekte iken 4616 sayılı Yasanın şartlı salıverilmeye ilişkin hükümlerinden yararlanan davacının, Diyarbakır 2. Ağır Ceza Mahkemesince memnu haklarının iadesine, Ankara 11. Ağır Ceza Mahkemesince ise mahkûmiyet hükmünün vaki olmamış sayılmasına karar verilmiş olmasından dolayı 1136 sayılı Yasanın 5/a maddesinde belirtilen ehliyetsizlik durumu ortadan kalkmış ise de, avukatlık mesleğinin yargılama görev ve yetkisinin kullanımında haiz olduğu önem ve özelliği dikkate alındığında, davacının, avukatlık mesleğine yaraşmayacak tutum ve davranış olduğu hususunda kuşku bulunmayan eylemi nedeniyle aynı Yasanın 5/c maddesinde belirtilen ehliyetsizlik durumu devam ettiğinden, avukatlık mesleğine kabul edilmemesine ilişkin dava konusu işlemlerde hukuka aykırılık bulunmadığı gerekçesiyle davayı reddeden Ankara 14. İdare Mahkemesinin 14.12.2007 gün ve E:2006/391, K:2007/1608 sayılı kararının, davacının öğrencilik yıllarında Ankara'da işlediği ve bütün sonuçlarıyla ortadan kaldırılmasına karar verilen bir suçtan dolayı, Diyarbakır Barosuna avukat olarak kabul edilmesine ilişkin kararın kaldırılmasının hukuka aykırı olduğu öne sürülerek, 2577 sayılı Yasanın 49. maddesi uyarınca temyizen incelenerek bozulması istemidir.

Savunmanın Özeti : Savunma verilmemiştir.

Danıştay Tetkik Hakimi Nihat KOÇAK'ın Düşüncesi : İstemin reddi gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı Radiye TİRYAKİ'nin 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 07.10.2008 gününde oybirliği ile karar verildi.

BELEDİYE İŞLERİ

T.C.

DANIŞTAY

Sekizinci Daire

Esas No : 2008/7089

Karar No : 2008/7331

Özeti : Büyükşehir belediyelerinin kuruluşu, yönetilmesi ve denetlenmesi ayrı bir yönetmelikle düzenlenmiş bulunan kurs ve yurtlara yardım yapma konusunda, kendisine yasal olarak verilmiş bir yetki ve görevi olmadığı hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan : 1- ... 2- ... 3- ... 4- ...

Vekili : Av. ...

Karşı Taraf (Davalı) : ... Büyükşehir Belediye Başkanlığı

Vekili : Av. ...

İstemin Özeti : ... Büyükşehir Belediye sınırları içerisinde bulunan ve milli eğitime destek amacıyla gönüllü kuruluşlarca açılmış kar amacı gütmeyen öğrenci yurtlarına ve Diyanet İşleri Başkanlığına bağlı Kuran kurslarına öğrenci sayısına ve ihtiyacına göre Büyükşehir Belediyesi Sosyal Hizmetler Daire Başkanlığınca belirlenecek miktara göre gıda giyim ve yakacak yardımı yapılmasına karar verilmesine ilişkin ... Büyükşehir Belediye Meclisinin 11.10.2006 gün ve 2502 sayılı kararının iptali istemiyle açılan davada; 5216 sayılı Yasanın 24/j bendinden söz edilerek; olayda; ... Büyükşehir Belediyesi sınırları içerisinde bulunan ve eğitime destek amacıyla gönüllü kuruluşlarca açılmış kar amacı gütmeyen öğrenci yurtlarına ve Diyanet İşlerine bağlı Kuran Kurslarına öğrenci sayısına ve ihtiyaca göre Büyükşehir Belediyesi Sosyal Hizmetler Daire Başkanlığı'nca belirlenecek miktara göre gıda, giyim ve yakacak yardımı yapılmasına karar verilmesine ilişkin dava konusu işlemde kamu yararı ve hizmet gerekleri ile sosyal devlet ilkesine aykırılık görülmediği gerekçesiyle davayı reddeden ... 14. İdare Mahkemesinin 07.03.2008 gün ve E:2007/66, K:2008/380 sayılı kararının; davaya konu işlemin kamu yararı gereği tesis edilmediği, zira yardım edilecek kişilerle ilgili soyut ifadelerin bulunduğu ileri sürülerek, 2577 sayılı Yasanın 49. maddesi uyarınca temyizen incelenerek bozulması istemidir.

Savunmanın Özeti : Savunma verilmemiştir.

Tetkik Hakimi Mesude GÜNDÜZ'ün Düşüncesi : Temyiz başvurusu; ... Büyükşehir Belediye Meclisinin 11.10.2006 gün 2502 sayılı kararının iptali istemiyle açılan davayı reddeden İdare Mahkemesi kararının bozulması istemine ilişkindir.

5216 sayılı Yasanın 23. maddesinde büyükşehir belediyesinin gelirleri, 24. maddesinde de giderleri sayılmış olup, 03.03.2000 gün ve 23982 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren Diyanet İşleri Başkanlığı Kuran Kursları ile öğrenci Yurt ve Pansiyon Yönetmeliğinde anılan kuruluşların mali işlerinin ne şekilde idare edileceği düzenlenmiştir.

Bu itibarla, idareleri ve mali işleri ayrı bir yönetmelikle düzenlenmiş, anılan kuruluşlara kendilerine yasal olarak verilmiş bir yetki ve görev olmaksızın yapılacak yardımı içeren davaya konu işlemde hukuka uyarlık bulunmadığı gerekçesiyle dava konusu işlemin iptali gerekirken, davayı reddeden İdare Mahkemesi kararının bozulması gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı Radiye TİRYAKİ'nin Düşüncesi : ... Büyükşehir belediyesi sınırları içerisinde bulunan ve milli eğitime destek amacıyla gönüllü kuruluşlarca açılmış kar amacı gütmeyen öğrenci yurtlarına ve Diyanet işlerine bağlı Kuran Kurslarına öğrenci sayısına ve ihtiyaca göre gıda, giyim ve yakacak yardımı yapılmasına karar verilmesine ilişkin ... Büyükşehir Belediye Meclis kararının iptali istemiyle açılan davayı reddeden idare mahkemesi kararı temyiz edilmiştir.

İdare mahkemesince, 5216 sayılı Kanunun 24/j maddesinde, dar gelirli, yoksul, muhtaç ve kimsesizlerle özürülere yapılacak sosyal hizmetler ve yardımların büyükşehir belediyesinin giderleri arasında sayıldığından, dava konusu işlemde kamu yararı ve hizmet gerekleri ile sosyal devlet, ilkelerine aykırılık görülmediği gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiş isede, dava konusu işlemde öngörüldüğü üzere, kar amacı gütmeyen öğrenci yurtları ile Diyanet İşleri Başkanlığına bağlı Kuran Kurslarının Büyükşehir Belediyesi Kanununun ilgili maddelerinde belirtilen görev ve sorumluluğu arasında sayılan kurum ve kuruluşlardan olmadığı, aynı Kanunun 8. 9., 10. ve 11. maddeleri incelendiğinde, bu hükümlerle de büyükşehir belediyelerine, davaya konu işlemde belirtilen yurt ve kurslara yardım ve destek verilmesine ilişkin herhangi bir görev ve yetki verilmediğinin anlaşıldığı cihetle dava konusu meclis kararında hukuka uyarlık bulunmadığı gibi kararda yazılı gerekçe ile davayı reddeden idare mahkemesi kararında da isabet görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle mahkeme kararının bozulması gerekeceği düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Sekizinci Dairesince işin gereği görüldü:

Uyumsuzluk, ... Büyükşehir Belediyesi sınırları içerisinde bulunan ve milli eğitime destek amacıyla gönüllü kuruluşlarca açılmış, kar amacı gütmeyen öğrenci yurtlarına ve Diyanet İşleri Başkanlığına bağlı Kuran kurslarında öğrenci sayısına ve ihtiyaca göre Büyükşehir Belediye Sosyal Hizmetler Daire Başkanlığınca belirlenecek miktara göre gıda giyim ve yakacak yardımı yapılmasına karar verilmesine ilişkin ... Büyükşehir Belediye Meclisinin 11.10.2006 gün ve 2502 sayılı kararının iptali isteminden doğmuştur.

İdari işlemlerin iptal sebeplerinden biri, sebep yönünden hukuka aykırılık olup, sebep, idareyi bir işlem yapmaya yönelten etken olarak tanımlanabilir. Sebep, idari işlemin dayanağı olup, sebep olarak gösterilen hukuksal işlemin sakatlığı, esas işlemi de sakatlayacaktır. Yine idari işlemlerin iptal sebeplerinden bir diğeri de, amaç yönünden hukuka aykırılık olup, idari işlemlere yasalarla verilen özel amaç dışında, tüm idari işlemlerin genel amacı, kamu yararadır. Başka bir anlatımla, bir idari işlemin yapılabilmesi için, kamu yararının gerçekleşmesine elverişli ve yeterli bir nedenin varlığı gereklidir.

Dosyanın incelenmesinden; dava konusu 11.10.2006 gün ve 2502 sayılı ... Büyükşehir Belediye Meclisi kararıyla, ... İli sınırları içinde bulunan ve Milli Eğitime destek amacıyla gönüllü kuruluşlarca açılmış, kar amacı gütmeyen öğrenci yurtlarına ve Diyanet İşleri Başkanlığına bağlı kuran kurslarına destek olmak üzere kış mevsiminde yakacak ve giyim yardımı ihtiyacı için, yapılacak yardımın miktarının, öğrenci sayısı ve ihtiyaca göre Belediye Sosyal Hizmetler Daire Başkanlığınca belirlenerek, mahalline teslimine karar

verildiği, idare mahkemesince temyize konu kararla, 5216 sayılı Büyükşehir Belediyesi Kanunun 24. maddesinin (j) bendinde, dar gelirli, yoksul, muhtaç ve kimsesizler ile özürlülere yapılacak sosyal hizmet ve yardımların büyükşehir belediyesinin giderleri arasında sayıldığı, dava konusu işlemde kamu yararı hizmet gerekleri ile sosyal devlet ilkesine aykırılık görülmediği gerekçesiyle davanın reddedildiği anlaşılmıştır.

23.07.2004 gün ve 25531 Sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren Büyükşehir Belediyesi Kanunu; 1. maddesinde de belirtildiği üzere, Büyükşehir Belediyesi Yönetiminin hukuku statüsünü düzenlemek, hizmetlerin planlı, programlı, etkin, verimli ve uyum içinde yürütülmesini sağlamak amacıyla düzenlenmiş olup, 1. bölümünde "Amaç Kapsam ve Tanımlar", 2. bölümünde "Büyükşehir Belediyesinin Kuruluş ve Sınırları", 3. bölümünde ise "Büyükşehir Belediyesinin Görev Yetki ve Sorumlulukları" hüküm altına alınmış, söz konusu bölüme ait 7. maddenin (n) bendinde, "gerektiğinde sağlık, eğitim, kültür hizmetleri için bina ve tesisler yapmak, kamu kurum ve kuruluşlarına ait bu hizmetlerle ilgili bina ve tesislerin her türlü bakımını, onarımını yapmak ve gerekli malzeme desteğini sağlamak" büyükşehir, ilçe ve ilk kademe belediyelerinin görev yetki ve sorumlulukları arasında sayılmışsa da, dava konusu işlemde öngörüldüğü üzere, kar amacı gütmeyen öğrenci yurtları ile Diyanet İşleri Başkanlığına bağlı kuran kursları, anılan Kanun maddesinde belirtilmiş kurum ve kuruluşlar kapsamında değerlendirilemeyeceği gibi, 8., 9., 10. ve 11. maddeleri incelendiğinde, bu hükümlerle de büyükşehir belediyelerine davaya konu işlemde belirtilen yurt ve kurslara destek olmak üzere yardım yapılmasına ilişkin herhangi bir görev ve yetki verilmediği görülmüştür.

Öte yandan; yukarıda anılan Kanunun 23.maddesinde, büyükşehir belediyesinin gelirleri, 24. maddesinde de giderleri sayılmış olup, (j) bendinde; dar gelirli, yoksul, muhtaç ve kimsesizler ile özürlülere yapılacak sosyal hizmet ve yardımların bu giderler arasında sayılmasına karşın, dava konusu işlemde belirtilen kuran kursları ile kar amacı gütmeyen öğrenci yurtlarının bu maddede öngörülen "yoksul, muhtaç, kimsesiz, ya da öksüz" kategorisinde değerlendirilemeyeceği de kuşkusuzdur. Nitekim, anılan kursların kuruluşu, yönetilmesi, denetlenmesi konuları, 3.3.2000 gün ve 23982 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren Diyanet İşleri Başkanlığı Kuran Kursları ile Öğrenci Yurt ve Pansiyonları Yönetmeliğinde düzenlenmiş olup, Yönetmeliğin "Mali İşler" başlıklı 43.maddesinde, yurt ve pansiyonlarda yürütülen hizmetlerin devamı ve iyileştirilmesini sağlamak için hayırseverlerden ve mecburi olmaksızın maddi durumu elverişli olan öğrenci velilerinden makbuz mukabili bağış alınabileceği belirtilmiştir.

Yukarıda yapılan tüm bu açıklamalara göre, olayda, davalı idarenin, kendisine yasal olarak verilmiş yetki ve görevi yokken, kuruluşu, yönetilmesi ve denetlenmesi ayrı bir yönetmelikle düzenlenmiş bulunan, kurs ve yurtlara yapacağı yardım için almış olduğu davaya konu meclis kararında kamu yararı bulunmadığı gibi, yasal olarak giderleri arasında bulunmayan kuruluşlara yapılacak yardımın " öğrenci sayısına ve ihtiyaca göre" olarak soyut şekilde ifade edilmesi de işlemin sebep yönünden sakatlığı sonucunu doğurmaktadır.

Bu durumda, idarelerin gelirlerini etkin, verimli ve rasyonel kullanmaları zorunluluğu karşısında, yasal olarak kendilerine verilen bir yetki veya görev olmaksızın, üstelik giderleri arasında da sayılmayan kuran kursları ve gönüllü kuruluşlarca açılmış kar amacı gütmeyen öğrenci yurtlarına yapılacak yardıma ilişkin dava konusu işlemde hukuka uyarlık bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle, Ankara 14. İdare Mahkemesi kararının bozulmasına, dosyanın yeniden bir karar verilmek üzere adı geçen Mahkemeye gönderilmesine 11.11.2008 gününde oybirliği ile karar verildi.

ÇİFTÇİ TARIM VE TOPRAKLANDIRMA İŞLERİ

T.C. DANIŞTAY Sekizinci Daire

Esas No : 2008/2778

Karar No : 2008/7542

Özeti : 3573 sayılı Zeytinciliğin Islahı ve Yabanilerinin Aşılattırılması Hakkında Kanun hükümleri uyarınca tahsis edilen taşınmazın, amacı dışında kullanıldığının tespit edilmesi üzerine, her zaman için tahsisin iptal edilebileceği hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan : Tarım ve Köyşleri Bakanlığı

Karşı Taraf : ... mirasçıları 1-..., 2-... 3- ..., 4- ..., 5- ..., 6- ...

Vekilleri : Av. ...

İstem Özet : Antalya İli, Merkez İlçe, Topallı Köyünde bulunan 311 parsel nolu taşınmazın, zeytincilik tahsisinin kaldırılmasına ilişkin Tarım ve Köyşleri Bakanlığı Tarımsal Üretim ve Geliştirme Genel Müdürlüğünün 14.4.2004 gün ve G-15-0029 sayılı işleminin iptali istemiyle açılan davada; 1973 yılında yabancı zeytinlerin aşılınması, taşınmaza bakılması ve taşınmazın ıslahı şartlarını yerine getirme taahhüdü ile tahsis edilip, verilen süre sonrası taahhüt edilen şartların yerine getirildiği görüldükçe tapuda devri yapılan 311 Zeytincilik parsel sayılı taşınmazın, ancak verilen amacın dışında kullanılması, miras dahil herhangi bir şekilde bölünmesi ve veriliş tarihinde yüzölçümünün herhangi bir şekilde küçültülmesi durumunda Hazinece tapu iptali davası açılıp geri alınması mümkün iken; taşınmazın tapuda devrinin yapılmadan önceki tahsisi aşamasında yapılması mümkün olan tahsis şartlarının yerine getirilip getirilmediğinin incelenerek tahsisin iptali yoluna gidildiği belirtilerek, 3573 sayılı Yasa uyarınca, zeytincilik tahsisi yapılarak ve verilen süre içerisinde taahhütlerini yerine getirdiği görüldükçe tapuda devri yapılan 311 zeytincilik parsel sayılı taşınmazın üzerindeki tahsisin kaldırılmasına ilişkin dava konusu işlemde hukuka uyarlık bulunmadığı gerekçesiyle iptal eden Antalya 1. İdare Mahkemesinin 11.07.2007 gün ve E:2005/253, K:2007/1022 sayılı kararının; verilen taşınmazın amacı doğrultusunda kullanılmadığı tespit edildiğinden 3573 sayılı yasa uyarınca tahsisin iptal edildiği öne sürülerek 2577 sayılı Yasanın 49. maddeleri uyarınca temyizden incelenerek bozulması istemidir.

Savunmanın Özeti : İstem reddi gerektiği savunulmaktadır.

Danıştay Tetkik Hakimi Özdal ÖZEREN'in Düşüncesi : İstem reddi gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı Gülsen BİŞKİN'in Düşüncesi : Zeytincilik tahsisinin kaldırılmasına ilişkin işlemi iptal eden mahkeme kararı temyiz edilmiştir.

3573 sayılı Zeytinciliğin Islahı ve Yabanilerinin Aşılattırılması Hakkında Kanun kapsamında, önce tahsis yapıp gerekli şartları taşıdığı için tapuda devri yapılan taşınmaz için idarece yapılan tespitlerle son 15 yıldır kullanılmadığı ve gerekli bakımların yapılmadığı anlaşılarak dava konusu işlem tesis edilmiştir.

3573 sayılı Yasa tahsis için ve sonrasında Yasanın amacına uygun kullanım şartı aradığından dava konusu işlemde Yasaya aykırılık bulunmadığı aksi yolda verilen kararın bozulması gerektiği düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Sekizinci Dairesince işin gereği görüldü:

Uyuşmazlık, Antalya İli, Merkez İlçe, ... Köyünde bulunan ... parsel nolu taşınmazın, zeytincilik tahsisinin kaldırılmasına ilişkin Tarım ve Köyişleri Bakanlığı Tarımsal Üretim ve Geliştirme Genel Müdürlüğü'nün 14.4.2004 gün ve G-15-0029 sayılı işleminden kaynaklanmıştır.

3573 sayılı Zeytinciliğin Islahı ve Yabanilerinin Aşılattırılması Hakkında Kanunun 1. maddesinde; Alelumum aşılı zeytinlerin bakım, tımar ve toplanma ve sıklarının kökletme ve yeniden fidan dikme suretiyle meydana getirilecek zeytinliklerin tesis ve yetiştirme, yabani zeytinliklerin açma ve aşılama işlerinin Ziraat Vekaletinin direktifi altında yapılacağı; 4. maddesinde; Bu sahalarda yabani zeytin ağaçlarını aşılamağa talip olacakların aşılacakları miktarın kendilerine tevzi olunacağı,tevzi edilen bu sahaların orman mefhumu haricinde kalacağı; taliplerin, yerine göre Vekaletin tayin edeceği müddetler zarfında ve vereceği direktifler dairesinde temizlemeyi yapanlara, zeytin bakım teşkilatının müzekkeresi üzerine mahallin en büyük mülkiye amiri tarafında tapu verileceği; aşılınıp yerinde kalacak zeytinliklerin temizlenmesinden çıkan odun ve kömür, kereste vesairenin temizleyene ait olacağı ve bunların zeytin bakım memurundan parasız alınacak bir vesika ile dışarı çıkarılacağı, bunlardan hiçbir resim alınmayacağı; 18.maddesinde; dördüncü madde hükmüne göre verilen müddet zarfında aşılama ve temizleme işlemi yapılmamış olursa, verilen mezuniyetin sakat olacağı ve sahanın geri alınacağı; ayrıca, aşılama ve temizleme vasıtasıyla talep ettiği sahadan elde ettiği odun, kömür ve sairenin tazmin ettirileceği hükmü yer almıştır.

3573 sayılı Zeytinciliğin Islahı ve Yabanilerinin Aşılattırılması Hakkında Kanunun 28.02.1995 günlü Resmi Gazetede yayımlanan 4086 sayılı Kanunla bazı maddelerinin değiştirildiği ve değişik 2. maddesinde; orman sınırları dışında bulunan ve Devletin hüküm ve tasarrufunda olan yabani Zeytinlik, Antep fıstığı ve harnupluklar ve her nevi sakız neveleri ile orman sınırları dışında olup da 17.10.1983 tarih ve 2924 sayılı Kanun kapsamında bulunamayan, zeytin yetiştirmeye elverişli fundalık ve makiliklerin Tarım ve Köyişleri Bakanlığınca tespit edilip haritalanacağı; değişik 3. maddesinde; 2, madde gereğince tespit edilen alanların yerel koşullar dikkate alınmak suretiyle Tarım ve Köyişleri Bakanlığınca belirlenecek esaslara göre en az 25 dönümlük parseller halinde parselleneceği ve bilinen araçlarla ilan edileceği; bu alanlarda yabani zeytin, fıstıklık ve harnupluk ile sakız neveleri olan menengiç, buttum, yabani sakız, Filistin sakızı ağaçlarını aşılایp yetiştirecekler ile zeytin yetiştirmeye elverişli fundalık ve makilik alanlarca gerekli temizlemeyi yapıp zeytin dikim alanları meydana getireceklerin, dilekçe ile arazinin bulunduğu yerin en büyük mülki amire başvuracağı;başvuranlar arasında Bakanlıkça belirlenecek esas ve öncelik sırasına göre seçilen kişilerden, bu işlemleri yerine getireceklerine dair bir yükümlülük belgesi alınacağı. fidan dikecek olanlara, devletçe maliyet bedeli üzerinden zeytin fidanı sağlanacağı, beş yıl süre ile taşınmazın gayesine uygun olarak kullanıldığı Tarım ve Köyişleri Bakanlığınca tespit edilenlere mahallin en büyük mülki amiri tarafından tapularının devredileceği; bu yolla verilen taşınmazların hiçbir şekilde bölünemeyeceği; veriliş amacı dışında kullanılamayacağı; bu taşınmazların; miras dahil hiçbir şekilde bölünemeyeceği, veriliş tarihindeki yüzölçümünün hiçbir şekilde küçültülemeyeceği; aksi takdirde Hazinece geri alınacağı; bu hususlarda taşınmaz siciline gerekli şerh verileceği; bu maddeye göre verilen süre içinde aşılama, temizleme, dikim ve bakım işlemleri yapılmamış olursa, verilen iznin Bakanlıkça resen iptal edileceği hükmü yer almıştır.

Dosyanın incelenmesinden, Antalya ili, Merkez İlçe, ... Köyü'nde bulunan ... parsel nolu taşınmazın 3573 sayılı Yasa hükümleri uyarınca 1973 yılında ...'ya tahsis edildiği, verilen süre içerisinde taşınmazda bulunan yabani zeytinlerin aşılınması, taşınmaza bakılması ve ıslah edilmesi hususlarının yerine getirildiği görülerek, 15.4.1980 tarihinde Antalya Valiliğince taşınmazın tapuda devrinin yapıldığı, 12.1.2004 ve 20.1.2004 tarihinde Tarım İl Müdürlüğü

görevlilerince ilgili arazide yapılan denetimde; amacı doğrultusunda kullanılmadığının tespiti üzerine dava konusu işlemle tahsisinin kaldırıldığı, bu işlemin iptali istemiyle bakılan davanın açıldığı anlaşılmaktadır.

İdare Mahkemesince 3573 sayılı Yasa uyarınca yabancı zeytinlerin aşılınması, taşınmaza bakılması ve taşınmazın ıslahı şartları yerine getirme taahhüdü ile tahsis edilip verilen süre sonrası taahhüt edilen şartların yerine getirildiği görülerek Valilikçe tapuda devri yapılan zeytincilik 311 parsel sayılı taşınmazın, tapuda devri yapılmadan önceki aşamada yapılması mümkün olan tahsis şartlarının yerine getirilip getirilmediğinin incelenerek tahsisin iptali yoluna gidilmesinde hukuka uyarlık bulunmadığı gerekçesiyle dava konusu işlemin iptaline karar verilmiştir. 3573 sayılı Yasanın amacı, aşıllı zeytinlerin bakımının, yeniden fidan dikilmesi suretiyle meydana getirilecek zeytinliklerin ise tesis ve yetiştirilmesinin, yabancı zeytinliklerin açma ve aşılama işleminin yapılarak zeytinciliğin gelişmesini sağlamak olup bu amaç doğrultusunda da taşınmazın bu işlemleri yapanlara tahsisi yapılmaktadır. Tahsis sonrasında taşınmazı belirlenen süre içerisinde amacına uygun olarak kullandığı tespit edilenlere, tapu devri yapılmaktadır. Ancak, tapu devri yapıldıktan sonra da taşınmazın hiçbir şekilde amacı dışında kullanılmaması gerektiği yukarıda belirtilen Yasanın amir hükmü olup amacı dışında kullanılması halinde ise tapu devrinin 3573 sayılı Yasanın değişikliğinden önce ya da sonra yapılmış olmasına bakılmaksızın tahsisin her zaman iptal edileceği açıktır.

Bu durumda yukarıda yapılan açıklamalar karşısında 3573 sayılı Yasa uyarınca tahsisi yapılan taşınmazın amacı dışında kullanıldığının tespit edilmesi üzerine tahsisin iptal edilmesinde hukuka aykırılık bulunmadığından, iptali yolunda verilen İdare Mahkemesi kararında yasal isabet görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle, Antalya 2. İdare Mahkemesi kararının bozulmasına, yeniden bir karar verilmek üzere dosyanın anılan Mahkemeye gönderilmesine 18.11.2008 gününde oybirliği ile karar verildi.

KAMU KURUMU NİTELİĞİNDE MESLEK KURULUŞLARI

T.C.
DANIŞTAY
Sekizinci Daire
Esas No : 2007/3822
Karar No : 2008/6167

Özeti : Davacının sahibi ve sorumlu müdürü olduğu eczanede, denetleme yapılmasını engellediği hususunda somut tespitler içeren ve resmi denetçiler tarafından düzenlenerek imzalanan tutanağa dayalı olarak verilen idari para cezasında, yasal düzenlemelere aykırılık bulunmadığı hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan : Türk Eczacıları Birliği

Vekili : Av. ...

Karşı Taraf : ...

İstemin Özeti : Eczacı olan davacının, 6643 sayılı Yasanın 30. maddesinin b bendinde yer alan fiili işlediğinden bahisle fiilin işlendiği tarihteki oda aidatının 15 katı (17.150,00 x 15=257,250,00 YTL) idari para cezası ile cezalandırılmasına ilişkin Türk Eczacıları Birliği II. Bölge Ankara Eczacı Odası Haysiyet Divanının 3.12.2003 gün ve 2/6 sayılı kararını onayan Türk Eczacıları Birliği Yüksek Haysiyet Divanının 14.2.2004 günlü 34/1 sayılı

kararının iptali istemiyle açılan davada; dava konusu işleme dayanak alınan denetleme tutanağında sadece denetçi eczacıların isim ve imzalarının bulunduğu, sorumlu eczacının isim ve imzasının bulunmadığı, davacının eczanesini denetimden uzak tuttuğuna ilişkin kesin ve inandırıcı bir durumun söz konusu olmadığından, işlemde hukuka uyarlık görülmediği gerekçesiyle dava konusu işlemi iptal eden Ankara 9. İdare Mahkemesinin 9.3.2006 gün ve E:2004/1274, K:2006/444 sayılı kararının; resmi denetleme tutanağına itibar edilmesi gerektiği ileri sürülerek, 2577 sayılı Yasanın 49. maddesi uyarınca temyizen incelenerek bozulması istemidir.

Savunmanın Özeti : İstemin reddi gerektiği savunulmaktadır.

Danıştay Tetkik Hakimi Özdal ÖZEREN'in Düşüncesi : İstemin reddi gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı Ahmet Yahya ÖZDEMİR'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 görüldü:

Uyumsuzluk; Eczacı olan davacının, oda yıllık aidatının 15 katı para cezası ile cezalandırılması işlemine ilişkindir.

6643 sayılı Türk Eczacıları Birliği Yasasının 30. maddesinde, Haysiyet Divanının, üyenin meslek adap ve haysiyetine aykırı fiil ve hareketlerinin mahiyetine göre a) Yazılı ihtar, b) para cezası, c) üç günden 180 güne kadar sanat icrasından men, d) bir bölgede üç defa sanat icrasından men cezası almış olanları o mntıkada çalışmaktan men cezası verileceği kurala bağlanmıştır.

Dosyanın incelenmesinden, davacının sahibi ve sorumlu müdürü olduğu ... Eczanesine 18.4.2003 tarihinde denetleme için gidildiği, davacı tarafından denetlemenin engellenmesi üzerine "kaşenin verilmek istenmediği, hangi hakla 3. kez denetlemeye gelindiği, hangi haktan ötürü 3. kez rahatsız edildikleri yönünde cümleler sarf edildiği, denetleme yapılmasının engellendiği, kaşe basılamadığı" yolunda tespitler içeren ve resmi denetçiler tarafından düzenlenerek imzalanan tutanağa dayalı olarak dava konusu işlemin tesis edildiği anlaşılmıştır.

Bu durumda, II. Bölge Ankara Eczacı Odası denetçi eczacılarınca işyerinde yapılmak istenen denetime davacı tarafından engel olunduğu, açık olan eylem karşısında tesis edilen işlemde yasal düzenlemelere aykırılık bulunmadığından, işlemi iptal eden İdare Mahkemesi kararında hukuki isabet görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle, Ankara 9. İdare Mahkemesi kararının bozulmasına, yeniden bir karar verilmek üzere dosyanın anılan Mahkemeye gönderilmesine, 14.10.2008 gününde oybirliği ile karar verildi.

T.C.
DANIŞTAY
Sekizinci Daire
Esas No : 2007/8372
Karar No : 2008/8091

Özeti : Serbest muhasebeci mali müşavir olan davacı tarafından, ikametgahın büro olarak kullanılamayacağı hakkında.

Davacı : ...
Vekili : Av. ...
Davalılar : 1-Maliye Bakanlığı
2- Türkiye Serbest Muhasebeci Mali Müşavirler ve Yeminli Mali Müşavirler Odaları Birliği (TÜRMOB)
Vekilleri : Av. ..., Av. ...

Davanın Özeti : Serbest Muhasebeci Mali Müşavir olan davacı tarafından, 27.09.2007 tarih ve 26656 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan Serbest Muhasebeci Mali Müşavirler Odaları Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmeliğin 14. maddesi ile aynı Resmi Gazetede yayımlanan Serbest Muhasebecilik, Serbest Muhasebeci Mali Müşavirlik ve Yeminli Mali Müşavirlik Kanunu Disiplin Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmeliğin 3. maddesinin (s) bendinin; tapusu kendisine ait bulunan işyerini aynı zamanda ikametgah olarak da kullandığı, yapılan düzenlemelerde ikametgah ve büro standardı gibi mesleki faaliyeti küçük düşüren, ekonomik olarak büyük yük getirici hükümler yer aldığı, yeni düzenlemelerin Anayasa, eşitlik ve adalet ilkelerine aykırı olduğu, rekabet etme şartlarını ve fırsat eşitliğini bozacağı ve büroların kapanmasına yol açacağı öne sürülerek iptali istemidir.

Savunmaların Özeti : Maliye Bakanlığınca, Yönetmeliklerle mesleğin saygın hale getirilmesi, muhasebe ve denetim mesleğine gereken önemin verilmesi, meslekte yüksek kalite ve standardın sağlanmasının amaçlandığı; Türkiye Serbest Muhasebeci Mali Müşavirler ve Yeminli Mali Müşavirler Odaları Birliğince ise; konut tipi bürolarda denetimin sağlanmadığı, mesleğin belirli standartlara kavuşturulması için düzenlemelerde bulunulduğu, davanın reddi gerektiği savunulmuştur.

Danıştay Tetkik Hakimi Yüksel IRİZ'in Düşüncesi : Muhasebecilik mesleğinin belli standartlara bağlanması ve gerekli denetimlerin sağlanması amacıyla yapılan düzenlemelerde, kamu yararına, hizmet gereklerine ve hukuka aykırılık bulunmadığından, davanın reddi gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı Gülşen BİŞKİN'in Düşüncesi : 27.09.2007 günlü ve 26656 sayılı Resmi Gazetede Yayımlanan Serbest Muhasebeci Mali Müşavirler Odaları Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmeliğin 14 üncü maddesi ile aynı Resmi Gazetede yayımlanan Serbest Muhasebecilik,Serbest Muhasebeci Mali Müşavirlik ve Yeminli Mali Müşavirlik Kanunu Disiplin Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmeliğin 3 üncü maddesinin (s) bendinin iptali istemiyle dava açılmıştır.

Serbest Muhasebeci Mali Müşavir olan ve tapusu kendisine ait işyerini aynı zamanda ikametgah olarak da kullanan davacı,yeminli mali müşavirlik işinin kişiye bağlı olduğu halde dava konusu düzenlemelerle ikametgah ve büro standardı gibi mesleki faaliyeti küçük düşüren, ekonomik olarak büyük yük getiren hükümlerin yer aldığı,bu hükümlerin Anayasaya,eşitlik ve adalet ilkelerine aykırı olduğu ileri sürülerek iptali istenmektedir.

Türkiye Serbest Muhasebeci Mali Müşavirler ve Yeminli Mali Müşavirler odaları birliğince, yetki yasasına uygun olarak mesleki faaliyetin belli standarda ulaşmasını,meslek mensupları arasında birlik ve dayanışmanın sağlanması mesleğin belli kurallar çerçevesinde ve amacına uygun şekilde icra edilmesini sağlamak,gerekli denetimleri yapmak yeni meslek

mensuplarının yetiştirilmesi için gereken düzenleme ve denetimi yapmakla yükümlü meslek örgütüne gerekli inceleme ve denetim aşamasından da geçirilerek dava konusu düzenlemeler yapılmıştır.

Dava konusu edilen 14 üncü madde ve 3 üncü maddenin (s) bendindeki açık düzenlemelerden önce de meslek mensuplarının büro edinmesi ile ilgili benzer hükümler mevcutken yeni düzenleme ile daha belirginleştirilmiş ve belli bir standarda bağlanmıştır.

Söz konusu düzenlemelerin, mesleğin belli kurallar çerçevesinde icrasını temin için gerekli olduğu, ev bürolarda denetimin sağlanması ve yeni meslek mensuplarının yetiştirilebilmesi ve kontrolün gereği gibi sağlanabilmesinin zor olduğu açıktır.

Konut dokunulmazlığı ve esasen bu tarz kullanımının da aksine bir eşitsizlik yarattığı dikkate alındığında dava konusu düzenlemede kamu yararı ve yasal düzenlemeye aykırılık bulunmadığı davanın reddi gerektiği düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Sekizinci Dairesince işin gereği görüldü:

Dava; Serbest Muhasebeci Mali Müşavir olan davacı tarafından, 27.09.2007 tarih ve 26656 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan Serbest Muhasebeci Mali Müşavirler Odaları Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmeliğin 14. maddesi ile aynı Resmi Gazetede yayımlanan Serbest Muhasebecilik, Serbest Muhasebeci Mali Müşavirlik ve Yeminli Mali Müşavirlik Kanunu Disiplin Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmeliğin 3. maddesinin (s) bendinin iptali istemiyle açılmıştır.

2709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının "Yönetmelikler" başlıklı 124. maddesinde; Başbakanlık, bakanlıklar ve kamu tüzelkişilerinin, kendi görev alanlarını ilgilendiren kanunların ve tüzüklerin uygulanmasını sağlamak üzere ve bunlara aykırı olmamak şartıyla, yönetmelikler çıkarabilecekleri düzenlenmiştir.

27.09.2007 tarih ve 26656 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan Serbest Muhasebeci Mali Müşavirler Odaları Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmeliğin 14. maddesi ile 21.2.1990 tarihli ve 20440 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan Serbest Muhasebeci Mali Müşavirler Odaları Yönetmeliğinin 38. maddesinde değişiklik yapılmıştır. Yönetmeliğin 14. maddesi ile; "Her meslek mensubu mesleki faaliyetine başlamadan önce bağlı olduğu odanın bilgisi dahilinde işyeri açmak zorundadır.

Büro standartları ve buna ilişkin usul ve esaslar Birlik genel kurulunda belirlenir. Açılan işyerleri bağımsız büro şeklinde olup, başka bir serbest meslek faaliyeti veya ticarethane ile iç içe olamaz. Bir meslek mensubunun birden fazla bürosu olamaz. Mesleki faaliyetler aynı zamanda ev olarak kullanılan ikametgahlarda yürütülemez. Birlikte çalışan meslek mensupları da ayrı büro edinemezler.

Ortaklık bürosu veya şirket kurulması halinde de işyeri açılması mecburidir. Mesleki faaliyette bulunmayan meslek mensupları ikametgahlarının bulunduğu bölgenin odasına kaydolurlar.

Meslek mensuplarının Türk Ticaret Kanununa göre bir meslek şirketi kurmaları halinde, şirket, kayıtlı olduğu odanın bulunduğu ilin sınırları içinde şube ve irtibat bürosu açamaz. Bir şirketin başka bir ilde şube açabilmesi, o ildeki ilgili meslek odasının çalışanlar listesine kayıtlı, şirketi temsil ve ilzama yetkili bir ortak görevlendirmesi halinde mümkündür. İşyeri açılışına ilişkin gerekli yoklama odalar tarafından yapılır. Vergi dairelerince mükellefiyet tesisinde oda sicil belgesi aranır. Büro edinen meslek mensupları, odaya kayıt olduktan itibaren üç ay içinde Büro Tescil Belgesi almak zorundadırlar. Büro Tescil Belgeleri iki yılda bir vize ettirilir." düzenlemesi getirilmiştir.

31.10.2000 tarih ve 24216 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan Serbest Muhasebecilik, Serbest Muhasebeci Mali Müşavirlik ve Yeminli Mali Müşavirlik Kanunu Disiplin Yönetmeliğinin "Amaç ve Kapsam" başlıklı 1. maddesinde; "Bu Yönetmeliğin amacı, meslek mensupları ve aday meslek mensupları hakkında, disiplin kovuşturması yapılmasına

karar verecek yetkili organları, disiplin cezalarını vermeye yetkili organları, disiplin cezalarına karşı yapılacak itirazların usul ve esasları ve disiplinle ilgili diğer hususları düzenlemektir." hükmü yer almıştır.

27.09.2007 tarih ve 26656 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan Serbest Muhasebecilik, Serbest Muhasebeci Mali Müşavirlik ve Yeminli Mali Müşavirlik Kanunu Disiplin Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmeliğin 3. maddesi ile "Kınama Cezası" başlıklı 6. maddeye (s) bendi eklenmiştir. Yönetmeliğin (s) bendinde ise;" Birlik Genel Kurulunca belirlenen "büro standartları"na uyulmaması, açılan işyerlerinin bağımsız büro şeklinde olmaması, başka bir serbest meslek faaaliyeti veya ticari faaaliyet ile iç içe olması, ev olarak kullanılan ikametgahların aynı zamanda büro olarak kullanılması, bir meslek mensubunun (ortaklık durumu hariç) birden fazla bürosunun olması," kınama cezası verilmesini gerektiren durumlar arasında sayılmıştır.

Dosyanın incelenmesinden; Serbest Muhasebeci Mali Müşavir olan davacı tarafından, kendisine ait bulunan işyerinin aynı zamanda ikametgah olarak da kullanıldığı, İstanbul Serbest Muhasebeci Mali Müşavirler Odasının 10.4.2007 tarihli yazısı ile TÜRMOB Genel Kurulunca Büro Edinme Zorunluluğunun yeniden düzenlendiği, en geç 31 Aralık 2007 tarihine kadar yönetmelik hükümlerine uygun bir işyerine büronun taşınması gerektiğinin belirtildiği, yapılan Yönetmelik değişiklikleriyle de ikametgahların büro olarak kullanılması yasaklanarak, büro edinme zorunluluğu getirilmesi üzerine bakılan davanın açıldığı anlaşılmaktadır.

Türkiye Serbest Muhasebeci Mali Müşavirler ve Yeminli Mali Müşavirler Odaları Birliği tarafından yapılan düzenlemelerin, muhasebe mesleğinin uluslararası standartlara uygun hale getirilmesini ve belli kurallar çerçevesinde icrasını temin etmek, yeni meslek mensuplarının yetiştirilebilmesini ve kontrolünü gereği gibi sağlayabilmek ve muhasebecilik faaliyetinin daha çağdaş şartlarda yerine getirilmesi sağlanarak hizmet kalitesini yükseltme amaçlarına yönelik olduğu, ikametgahların büro olarak kullanılması durumunda, konut dokunulmazlığı nedeniyle gerekli denetimleri yapmanın mümkün olamayacağı ve muhasebecilik mesleğinin belli standartlara bağlanmasının zorlaşacağı açıktır.

Bu durumda, muhasebecilik mesleğinin belli standartlara bağlanması ve gerekli denetimlerin sağlanması amacıyla yapılan düzenlemelerde kamu yararına, hizmet gereklerine ve hukuka aykırılık görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle yasal dayanaktan yoksun bulunan davanın reddine, yargılama giderlerinin davacı üzerinde bırakılmasına, karar verildiği tarihte yürürlükte bulunan Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi uyarınca 500,00-YTL vekalet ücretinin davacıdan alınarak davalı Türkiye Serbest Muhasebeci Mali Müşavirler ve Yeminli Mali Müşavirler Odaları Birliğine verilmesine, artan 16,00 - YTL posta ücretinin istemi halinde davacıya iadesine, 02.12.2008 gününde oybirliği ile karar verildi.

OKUL İŞLERİ

T.C.
DANIŞTAY
Sekizinci Daire
Esas No : 2008/3863

Özeti : Milli Eğitim Bakanlığı Özel Öğretim Kurumları Yönetmeliğinden önce, uygulamada olan yönetmelikte, okullarda "Atatürk köşesi" bulundurulması zorunlu iken, bu yönetmelik ile

anılan yönetmeliğin yürürlükten kaldırılması ve yeni düzenlemede "Atatürk köşesi" zorunluluğunu devam ettirecek bir hükme yer verilmemiş olması karşısında, Anayasa ve dava konusu yönetmeliğin dayanağı olan yasalara ve Milli Eğitimin temel ilke ve kurallarına uyarlık bulunmadığı hakkında.

Davacı ve Yürütmenin Durdurulmasını İsteyen : Atatürkçü Düşünce Derneği

Vekili : ...

Davalı : Milli Eğitim Bakanlığı

Davanın Özeti : Milli Eğitim Bakanlığı tarafından 08.03.2008 günlü ve 26810 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren Özel Öğretim Kurumları Yönetmeliğinde, özel öğretim kurumlarında Atatürk köşesi oluşturulması zorunluluğunun kaldırıldığı, bu eksik düzenlemenin Anayasanın 5, 10 ve 42. maddelerine aykırı olduğu öne sürülerek iptali ve yürütmenin durdurulması istemidir.

Savunmanın Özeti : Özel Eğitim Kurumları Yönetmeliğinin ihtiyaca cevap veremediği için Bakanlıklarınca özel öğretim kurumlarının tesis ve binalarıyla bu tesis ve binalarda bulunması gereken araç ve gereçlere ilişkin standartların yeniden belirlendiği ve özel Öğretim Kurumlarına ait Standartlar Yönergesinin düzenlenerek yürürlüğe konulduğu, bu nedenle dava konusu Yönetmelikte "Sosyal Tesis ve Teçhizat" başlığı altındaki Altıncı Bölüme yer verilmediği öne sürülerek istemin reddi gerektiği savunulmaktadır.

Danıştay Tetkik Hakimi Harun Hakan BAŞ'ın Düşüncesi : İstemın kabulü gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı Hüseyin YILDIZ'ın Düşüncesi : Dava, 8.3.2008 gün ve 26810 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren Milli Eğitim Bakanlığı Özel Öğretim Kurumları Yönetmeliğinin iptali istemiyle açılmıştır.

2709 sayılı Anayasanın Eğitim ve öğretim hakkı ve ödevi başlığını taşıyan 42. maddesinin 6. fıkrasında; "Özel ilk ve orta dereceli okulların bağlı olduğu esaslar Devlet Okulları ile erişilmek istenen seviyeye uygun olarak, kanunla düzenlenir." hükmü yer almıştır.

14.2.2007 tarihli ve 26434 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan 5580 sayılı Özel Öğretim Kurumları Kanununun 6. maddesinde "Kurumlarda eğitim-öğretim ve yönetim 1739 sayılı Milli Eğitim Temel Kanununda ifade edilen Türk Milli Eğitiminin genel amaç ve ilkelerine uygun olarak yürütülür. Kurumlarda uygulanacak öğretim programı ve haftalık ders çizelgesi, resmi kurumlarda uygulanan usul ve esaslar çerçevesinde belirlenir. Bakanlıkca uygun bulunması durumunda farklı öğretim programları ve haftalık ders çizelgeside uygulanabilir." hükmü getirilmiştir.

Aynı Yasanın 7. maddesinin 2. paragrafında; "...1739 sayılı Milli Eğitim Temel Kanununun genel ve özel amaçlarıyla temel ilkelerine uymayan, kurumların kapatılacağı kurala bağlanmıştır; 11.maddesinde de; Kurumlar ve bu kurumlarda görevli personel, Bakanlığın denetimi ve gözetimi altındadır. hükmüne yer verilmiştir.

Madde hükümleri ile Özel Öğretim Kurumlarında yürütülecek eğitim-öğretim ve kurum yönetiminin Türk Milli Eğitiminin genel amaç ve ilkelerine bağlı kalarak Devlet okulları ile erişilmek istenen seviyede yapılacağı, kurumlar ve bu kurumlarda görevli personelin Milli Eğitim Bakanlığının denetim ve gözetimi altında olacağı ve 1739 sayılı Milli Eğitim Temel Yasasının genel ve özel amaçlarıyla temel ilkelerine uymayanların kapatılacağı öngörülmüştür.

1739 sayılı Milli Eğitim Temel Yasasının Genel Amaçlar başlığını taşıyan 2. maddesinin 1. fıkrasında "Atatürk inkılap ve ilkelerine ve Anayasada ifadesini bulan Atatürk milliyetçiliğine bağlı; Türk Milletinin milli, ahlakı, 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;" hükmü getirilmiş;

Özel amaçlar başlığını taşıyan 3. maddesinde de; "Türk eğitim ve öğretim sistemi, bu genel amaçları gerçekleştirecek şekilde düzenlenir ve çeşitli derece ve türdeki eğitim kurumlarının özel amaçları genel amaçlara ve aşağıda sıralanan temel ilkelere uygun olarak tespit edilir. Hükmüne yer verilerek Türk Milli Eğitiminin temel ilkeleri maddeler halinde sıralanarak, Yasanın 10.maddesinde, "Eğitim sistemimizin her derece ve türü ile ilgili ders programlarının hazırlanıp uygulanmasında ve her türlü eğitim faaliyetlerinde Atatürk İnkılap ve İlkeleri 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." hükmü yer almıştır.

Özel öğretim kurumlarında yürütülecek eğitim ve öğretimin, Milli Eğitim Temel Kanununda ifadesini bulan Türk Milli Eğitiminin genel amaç ve ilkelerine uygun olacağı, Anayasal ve yasal gerekliliğin kaçınılmaz sonucu olarak ortaya çıkmaktadır.

Olayda, dava konusu Yönetmeliğin yürürlüğe girdiği tarihten önce uygulamada olan Milli Eğitim Gençlik ve Spor Bakanlığına Bağlı Özel Öğretim Kurumları Yönetmeliğinin Altıncı Bölümünün İdari Bölümler başlıklı 78.maddesinde "Atatürk Köşesi bulundurulacağı" yer almış iken, dava konusu olan Milli Eğitim Bakanlığı Özel Öğretim Kurumları Yönetmeliğinde Atatürk köşesine hiçbir şekilde yer verilmemek suretiyle Atatürk Köşesi oluşturulması zorunluluğu ortadan kaldırılmıştır.

Davalı idare savunma yazısında, Atatürk köşesi bulundurulması hususunun, Özel Öğretim Kurumlarına Ait Standartlar Yönergesinde Yer verildiği; Ayrıca, Yeni Yönetmeliğin 63.maddesindeki; "Bu Yönetmelikte yer almayan hususlarda resmi benzeri kurumların ilgili mevzuat hükümleri uygulanır." hükmü gereği özel öğretim kurumlarında Atatürk köşesini düzenlemek zorunluluğunun korunarak ortadan kaldırılmadığı öne sürülmekte ise de; normlar hiyerarşisine göre üst norm olan Yönetmelikteki eksikliğin Yönerge ile giderilmesine hukuken

imkan bulunmadığından; dava konusu Yönetmelikten önce uygulamada olan Yönetmelikte "Atatürk Köşesi bulundurulur" hükmü yer almış iken, Yeni Yönetmelikte yer verilmeyerek kaldırılıp bu Yönetmeliğin 63.madde hükmünün kıyas yoluyla uygulanarak özel öğretim kurumu binalarının idari bölümlerinde Atatürk Köşesi bulundurulması zorunluluğu getirildiği savına, itibar etme olanağı bulunmamaktadır.

Özel Öğretim Kurumlarında eğitim öğretim ve yönetim 1739 sayılı Milli Eğitim Temel Yasasında ifadesini bulan Türk Milli Eğitiminin genel amaç ve ilkelerine uygun olarak yürütüleceği, Atatürk devrim ve ilkelerine ve Anayasada ifadesini bulan Atatürk Milliyetçiliğine bağlı, 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 amaçlanmış olduğundan; bunlara bağlı eğitim ve öğretimde özel ve önemli yeri olan Atatürk köşesine yer verilmeyerek eksik yapılan düzenlemede dayanağı olan Anayasa ve Yasalara uyarlık bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Yasasının 27.maddesinde öngörülen koşullar, olayda birlikte olduğundan yürütmenin durdurulması gerekeceği düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Sekizinci Dairesince işin gereği görüldü:

Dava, 8.3.2008 gün ve 26810 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren Milli Eğitim Bakanlığı Özel Öğretim Kurumları Yönetmeliğinde; özel öğretim kurumlarında Atatürk köşesi oluşturulması zorunluluğunu öngören daha önceki Yönetmelik hükmüne yer verilmemesine ilişkin eksik düzenlemenin iptali istemiyle açılmıştır.

08.03.2008 gün ve 26810 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan Milli Eğitim Bakanlığı Özel Öğretim Kurumları Yönetmeliğinin "Dayanak" başlıklı 3. maddesinde "Bu Yönetmelik, 08.02.2007 tarihli ve 5580 sayılı Özel Öğretim Kurumları Kanunu, 30.04.1992 tarihli ve 3797 sayılı Milli Eğitim Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun ile 14.06.1973 tarihli ve 1739 sayılı Milli Eğitim Temel Kanununa dayanılarak hazırlanmıştır." kuralına yer verilmiştir.

2709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının "Eğitim ve öğretim hakkı ve ödevi" başlığını taşıyan 42. maddesinin 6. fıkrasında; "Özel ilk ve orta dereceli okulların bağlı olduğu esaslar Devlet Okulları ile erişilmek istenen seviyeye uygun olarak, kanunla düzenlenir." hükmüne yer verilmiştir.

14.2.2007 tarihli ve 26434 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan 5580 sayılı Özel Öğretim Kurumları Yasasının 6. maddesinde; "Kurumlarda eğitim-öğretim ve yönetim 1739 sayılı Milli Eğitim Temel Kanununda ifade edilen Türk milli Eğitimin genel amaç ve ilkelerine uygun olarak yürütülür. Kurumlarda uygulanacak öğretim programı ve haftalık ders çizelgesi, resmi kurumlarda uygulanan usul ve esaslar çerçevesinde belirlenir. Bakanlıkca uygun bulunması durumunda farklı öğretim programları ve haftalık ders çizelgesi de uygulanabilir." hükmü getirilmiştir.

Aynı Yasanın 7. maddesinin 2. paragrafında; "...1739 sayılı Milli Eğitim Temel Kanununun genel ve özel amaçlarıyla temel ilkelerine uymayan, kurumların kapatılacağı" kurala bağlanmıştır; 11.maddesinde de; "Kurumlar ve bu kurumlarda görevli personel, Bakanlığın denetimi ve gözetimi altındadır." hükmüne yer verilmiştir.

1739 sayılı Milli Eğitim Temel Yasasının "Genel Amaçlar" başlığını taşıyan 2. maddesinin 1. fıkrasında "Atatürk inkılap ve ilkelerine ve Anayasada ifadesini bulan Atatürk milliyetçiliğine bağlı; Türk Milletinin milli. ahlakı, 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";genel amaçlar olarak sıralanmış, aynı Yasanın"Özel amaçlar" başlığını taşıyan 3. maddesinde de; "Türk eğitim ve öğretim sistemi, bu genel amaçları gerçekleştirecek şekilde düzenlenir ve çeşitli derece ve türdeki eğitim kurumlarının özel amaçları genel amaçlara ve aşağıda sıralanan temel ilkelere uygun olarak tespit edilir." hükmüne yer verilerek Türk Milli Eğitiminin temel ilkeleri maddeler halinde sıralanarak, Yasanın 10.maddesinde; "Eğitim sistemimizin her derece ve türü ile ilgili ders programlarının hazırlanıp uygulanmasında ve her türlü eğitim faaliyetlerinde Atatürk İnkılap ve İlkeleri 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." hükmü getirilmiştir.

08.03.2008 gün ve 26810 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan Milli Eğitim Bakanlığı Özel Öğretim Kurumları Yönetmeliğinin "Kurum Açma, Devir, Nakil ve Kapatma" Ana başlıklı ikinci Bölümünün "Kurum Açma" başlıklı 5. maddesinin (2) fıkrasında; "Kurumlarda eğitim-öğretim ve yönetim, 1739 sayılı Milli Eğitim Temel Kanununda düzenlenen Türk Milli Eğitiminin genel amaç ve temel ilkelerine uygun olarak yürütülür." kuralına yer verilmiştir.

08.03.2008 gün ve 26810 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren Milli Eğitim Bakanlığı Özel Öğretim Kurumları Yönetmeliğinin 65. maddesi ile 23.06.1985 günlü ve 18790 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan Milli Eğitim Bakanlığına Bağlı Özel Öğretim Kurumları Yönetmeliği yürürlükten kaldırılmıştır.

Dosyanın incelenmesinden; 08.03.2007 gün ve 26810 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren Milli Eğitim Bakanlığı Özel Öğretim Kurumları Yönetmeliğinden önce uygulamada olan Yönetmeliğin Altıncı Bölümünün İdari Bölümler Başlıklı 78. maddesinde; okullarda Atatürk köşesi bulundurulması zorunlu tutulmuş iken, dava konusu

Yönetmelik ile bu Yönetmelik yürürlükten kaldırılmak ve yeni düzenlemede Atatürk köşesine yer verilmemek suretiyle bu zorunluluğun ortadan kaldırıldığı anlaşılmaktadır.

Bu durumda; özel öğretim kurumlarında "Atatürk köşesi" olması zorunluluğunu öngören Yönetmelik yürürlükten kaldırılarak yerine bu zorunluluğu devam ettirecek şekilde bir düzenlemeye yer verilmemek suretiyle hazırlanan dava konusu Yönetmelikte; yukarıda aktarılan Anayasa hükmüne, dayanağı olan Yasalara ve Türk Milli Eğitiminin temel ilke ve kurallarına uyarlık görülmemiştir.

Her ne kadar davalı idarece okullarda Atatürk köşesi bulundurulmasına Özel Öğretim Kurumlarına Ait Standartlar Yönergesinde yer verildiği ayrıca dava konusu Yönetmeliğin 63. maddesinde de; "Bu Yönetmelikte yer almayan hususlarda resmi benzeri kurumların ilgili mevzuat hükümleri uygulanır." düzenlemesine yer verilmek suretiyle bu uygulamanın devam ettirileceği öne sürülmüş ise de, daha önceki Yönetmelikte yer alan ve yine Yönetmelik normu olması gereken bir düzenlemenin, Yönetmelik hükmü olmaktan çıkarılarak Yönerge ile yapılmasına hukuken olanak bulunmadığı da açıktır.

Açıklanan nedenlerle; 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Yasasının 27. maddesinde öngörülen koşullar oluştuğundan yürütmenin durdurulması isteminin kabulüne 24.09.2008 gününde oybirliği ile karar verildi.

ÖĞRENCİ İŞLERİ (YÜKSEK ÖĞRETİM)

T.C. DANIŞTAY Sekizinci Daire

Esas No : 2007/4918
Karar No : 2008/6074

Özeti : Vakıf üniversitesi öğrencisi olan davacının, öğrenci katkı payını yatırmaması durumunda, kaydının silinebileceği hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan : Başkent Üniversitesi Rektörlüğü

Vekili : Av. ...-Av. ...

Karşı Taraf : ...

İstemin Özeti : Başkent Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi İktisat Bölümü öğrencisi olan davacının, okuldan kaydının silinmesine ilişkin Öğrenci İşleri Daire Başkanlığının 10.10.2006 günlü 1135 sayılı işlemi ile Başkent Üniversitesi Eğitim Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinin 8. maddesi ve 10. maddesinin son cümlesinin iptali istemiyle açılan davada; 2547 sayılı Yasanın 46/6 maddesinde mali yükümlülüklerini yerine getirmeyen öğrencilerin kayıtlarının yenilenmeyeceğinin düzenlendiği; kaydın silinmesine yönelik herhangi bir hükmün yer almadığı; Başkent Üniversitesi Eğitim Öğretim ve Sınav Yönetmeliği hükümleri uyarınca tesis edilen işlemde hukuka uyarlık bulunmadığı, gerekçesiyle dava konusu işlemi iptal eden, işlemin dayanağını teşkil eden Yönetmeliğin 10. maddesinin son cümlesinin 2547 sayılı Yasaca getirilen düzenlemeyi aşar nitelikte olduğundan iptaline, dava konusu Yönetmelik hükmünün 8. maddesinin 2547 Sayılı Yasaya uygun düzenlemeler içerdiğinden iptal isteminin reddine karar veren Ankara 15. İdare Mahkemesinin 25.4.2007 gün ve E:2006/389, K:2007/383 sayılı kararının; hukuka aykırı olduğu öne sürülerek, 2577 sayılı Yasanın 49. maddesi uyarınca temyizden incelenerek bozulması istemidir.

Savunmanın Özeti : Savunma verilmemiştir.

Danıştay Tetkik Hakimi Mevlüt BEDEL'in Düşüncesi : İstemin reddi gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı Leyla KODAKOĞLU'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 Sekizinci Dairesince işin gereği görüşüldü:

Uyumsuzluk, vakıf yükseköğretim kurumu öğrencisi olan davacının okuldan kaydının silinmesine ilişkin işlem ve işlemin dayanağı yönetmelik maddelerinden kaynaklanmaktadır.

T.C Anayasasının 130. maddesinin 2. fıkrasında, Yasada gösterilen usul ve esaslara göre, kazanç amacına yönelik olmamak şartı ile vakıflar tarafından , Devletin gözetim ve denetimine tabi yüksek öğretim kurumları kurulabileceği; aynı maddenin son fıkrasında ise, vakıflar tarafından kurulan yükseköğretim kurumlarının, mali ve idari konuları dışındaki akademik çalışmaları, öğretim elemanlarının sağlanması ve güvenlik yönlerinden, Devlet eliyle kurulan yükseköğretim kurumları için Anayasada belirtilen hükümlere tabi olduğu, öngörülmüştür.

2547 sayılı Yükseköğretim Yasasının Ek-9. maddesinde, vakıf yükseköğretim kurumlarının eğitim öğretim esasları, öğretim süreleri ve öğrenci hakları ile ilgili hususların bu Yasa hükümlerine tabi olduğu; öğrencilerden alınacak ücretlerin mütevelli heyet tarafından tespit edileceği, öngörülmüş bulunmaktadır.

Başkent Üniversitesi Eğitim Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinin 8. maddesinde; "Öğretim ücretleri, her akademik yıl başlamadan önce, Mütevelli Heyet tarafından saptanır. Öğretim ücretinin ilk taksiti akademik yılın birinci (güz), ikinci taksiti ise ikinci (bahar) yarıyılın başında, ders kaydı yaptırılmadan veya yenilenmeden önce ödenir. Burslu öğrenciler dışında öğretim ücretini ödemeyen öğrencilerin kayıtları yapılmaz veya yenilenmez. Öğretim ücreti, yaz öğretimi ve ek sınav ücretlerini kapsamaz." şeklinde düzenlenmiş, Yönetmeliğin 10. maddesinin son cümlesinde ise; kaydını yeniletmeyen öğrencilerin Üniversite ile ilişkisinin kesileceği düzenlenmiştir.

Yukarıda metni anılan yasal düzenleme hükümlerinin birlikte değerlendirilmesinden, Anayasa koyucu tarafından, vakıf üniversitelerinin mali ve idari konularda Devlet Üniversitelerinden farklı hükümlere tabi olabileceği; yasa koyucu tarafından ise, öğrencilerden alınacak ücretlerin mütevelli heyet tarafından tespit edileceği, kabul edilmiş bulunmaktadır.

Dosyanın incelenmesinden, Başkent Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi İktisat Bölümü öğrencisi olan davacının 2006-2007 akademik yılı güz döneminde tıbbi operasyon geçirmesi ve babasının ekonomik durumunun kötüye gitmesi nedeniyle öğretim ücretinin ilk taksidini yatıramaması nedeniyle dava konusu işlemler üniversiteden kaydının silindiği anlaşılmaktadır.

Her ne kadar, İdare Mahkemesince yukarıda anılan gerekçelerle dava konusu işlem iptal edilmiş ise de; Devlet yükseköğretim kurumlarıyla ilgili olarak öğrencilerin ödeyecekleri cari hizmet katkısı 2547 sayılı Yasanın 46. maddesinde düzenlenmesine karşın, vakıf yükseköğretim kurumlarında alınacak ücrete ilişkin düzenleme aynı Yasanın Ek-9 maddesinde ayrı olarak düzenlenmiş bulunmaktadır. Ayrıca, Yükseköğretim Kurulu Öğrenci Seçme ve Yerleştirme Merkezi tarafından her yıl hazırlanan ve yükseköğretime girecek öğrencilere dağıtımı yapılan Yükseköğretim Programları ve Kontenjanları Kılavuzlarında vakıf üniversiteleriyle ilgili olarak eğitimin ücretli olduğu; ne şartlarda burs verildiği tek tek

açıklanmakta olduğundan, bu durumu bilen ve borç ödeme taahhüdünde bulunan davacının, bu şartlarda üniversiteye kaydının yapıldığı, anlaşılmış; ancak, öğretim ücretini ödememesi üzerine, dava konusu işlemle davacının kaydının silindiği görülmüştür.

Bu durumda, vakıf yükseköğretim kurumu olan Başkent Üniversitesinde eğitim-öğretim hizmetinin mütevellî heyet tarafından belirlenen ücret karşılığında verildiği tartışmasız olup, davacının öğretim ücretini ödemediği açık olduğundan, anılan Yönetmelik hükümleri uyarınca kaydının silinmesine ilişkin işlemde ve işlemin dayanağı yönetmelik hükümlerinde yasal düzenlemelere aykırılık bulunmadığından, işlemi ve dayanağı Yönetmeliğin 10. maddesinin son cümlesini iptal eden İdare Mahkemesi kararında isabet görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle, Ankara 15. İdare Mahkemesinin bozulmasına, yeniden bir karar verilmek üzere dosyanın anılan Mahkemeye gönderilmesine 13.10.2008 gününde oybirliği ile karar verildi.

T.C.
DANIŞTAY
Sekizinci Daire

Esas No : 2007/4611

Karar No : 2008/7324

Özeti : Diplomada isim eksikliğinin tamamlanmasının istenilmesinin, maddi hatanın düzeltilmesi istemi olduğu, bunun ise diplomanın bir kere verileceği ilkesine aykırı olmadığı hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan : Gazi Üniversitesi Rektörlüğü

Vekili : Av. ...

Karşı Taraf : ...

Vekili : Av. ...

İstemin Özeti : Davacının Ankara Mühendislik ve Mimarlık Yüksekokulu Makine Mühendisliği Bölümünden aldığı diplomasındaki isim eksikliğinin düzeltilmesi istemiyle yaptığı başvurunun reddine ilişkin 27.3.2006 gün ve 1809 sayılı Gazi Üniversitesi Mühendislik ve Mimarlık Fakültesi Dekanlığı işleminin iptali istemiyle açılan davada; Gazi Üniversitesi Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinin 38. maddesinden söz edilerek, dosyadaki mevcut bilgi ve belgeler ile mevzuat hükümleri birlikte değerlendirildiğinde, davacının vukuatlı nüfus kayıt örneğinde, isminin ... olduğu görüldüğünden, davacının davalı idareye yaptığı başvurunun diplomasındaki ismin değiştirilmesine yönelik olmayıp davalı idarece diplomada isim yazılırken yapılan maddi hatanın düzeltilmesi olduğundan, davacının, mezuniyet belgesinde ... olarak yazılan isminin ... olarak düzeltilmesine yönelik talebinin, Gazi Üniversitesi Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğindeki diplomanın yalnızca bir kere verilebileceği hükmü gerekçe gösterilerek reddedilmesinde hukuka uyarlık görülmediği gerekçesiyle dava konusu işlemi iptal eden Ankara 4. İdare Mahkemesinin 28.2.2007 gün ve E:2006/1549, K:2007/156 sayılı kararının; davacının kendilerine ibraz ettiği tüm belgelerde ön adının bulunmadığı ileri sürülerek, 2577 sayılı Yasanın 49. maddesi uyarınca temyizden incelenerek bozulması istemidir.

Savunmanın Özeti : Savunma verilmemiştir.

Danıştay Tetkik Hakimi Mesude GÜNDÜZ'ün Düşüncesi : İstemin reddi gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı Yücel BULMUŞ'un Düşüncesi : İdare ve vergi mahkemelerince verilen kararların temyizden 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 11.11.2008 gününde oybirliği ile karar verildi.

T.C. DANIŞTAY Sekizinci Daire

Esas No : 2007/4325

Karar No : 2008/8716

Özeti : Yükseköğretim Genel Kurulu'nun, diplomalarda dekan ve rektörün imzalarının yanında mütevelli heyet başkanının da imzasının yer almamasına ilişkin kararının; Yükseköğretim Kurulu'nun sahip olduğu düzenleme yetkisine dayalı olarak, uygulamada birlik sağlanmasına dönük olarak alındığı ve 2547 sayılı Yükseköğretim Yasası'na aykırı bir hususun bulunmadığı hakkında.

Davacı : İstanbul Bilgi Üniversitesi Rektörlüğü
Vekili : Av. ...
Davalı : Yükseköğretim Kurulu Başkanlığı
Vekili : Av. ...

Davanın Özeti : Davacı tarafından, diplomalarda Dekan ve Rektörün imzaları yanında Mütevelli Heyet Başkanının da imzasının bulunması uygulamasına son verilmesi; bu şekilde düzenlenecek diplomaların geçersiz olacağı ve bundan sonra düzenlenecek diplomalarda Mütevelli Heyet Başkanının imzasının yer almamasına ilişkin Yükseköğretim Genel Kurulunun 23.2.2006 günlü kararının iptali istemidir.

Savunmanın Özeti: Dava konusu işlemin vakıf üniversiteleriyle devlet üniversitelerindeki uygulama birliğinin sağlanması amacıyla Anayasa ve yasalara uygun olarak tesis edildiği; Mütevelli Heyetin akademik konularda yetkisinin olduğuna dair bir mevzuatın bulunmadığı; sadece idari konularda yetkili kılındığı; istemin reddi gerektiği savunulmaktadır.

Danıştay Tetkik Hakimi Nilüfer SÜLKÜ'nün Düşüncesi : Davanın reddi gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı Yücel BULMUŞ'un Düşüncesi: Dava, diplomalarda Dekan ve Rektörün imzaları yanında Mütevelli Heyet Başkanının da imzasının bulunması uygulamasına

son verilmesi ve bu şekilde düzenlenecek diplomaların geçersiz olacağı şeklindeki Yükseköğretim Genel Kurulunun 23.2.2006 günlü kararının iptali istemiyle açılmıştır.

2547 sayılı Yasanın Ek 5.maddesinin 2.fıkrasında,mütevelli heyetin vakıf yükseköğretim kurumunun tüzel kişiliğini temsil edeceği,yükseköğretim kurumunda görevlendirilecek yöneticiler ve öğretim elemanları ile diğer personelin sözleşmelerini yapacağı,atamaları ve görevden alınmalarını onaylayacağı, yükseköğretim kurumunun bütçesini onaylayacağı,uygulamaları izleyeceği,ayrıca vakıfça hazırlanan yönetmelik hükümlerine göre diğer görevleri yürüteceği belirtilmiş,Ek Madde 8 de ise,vakıfça kurulacak yükseköğretim kurumundaki akademik organların,Devlet Yükseköğretim Kurumlarındaki akademik organlar gibi düzenleneceği ve onların görevlerin yerine getireceği kurala bağlanmış, Ek 14.maddede Vakıf Yükseköğretim kurumlarındaki akademik konuların Yükseköğretim Kurulunca belirleneceği kuralına yer verilmiştir.

Görüldüğü üzere,mevzuatta mütevelli heyet ve başkanının idari görevleri olduğu belirtilerek bunlar sayılmış, akademik konularda herhangi bir yetkisinden bahsedilmemiştir. Dolayısıyla akademik çalışmaların sonucu olan diplomalarda rektör ve dekan gibi akademisyenlerin dışında mütevelli heyet başkanının imzasına gerek bulunmamaktadır.Bu nedenle vakıf üniversitelerindeki akademik organların Devlet Üniversitelerindeki akademik organlarla akademik uygulamalarda aynı usule tabi olması ve bu konularda uygulama birliği sağlanması açısından Yükseköğretim Kurulunun yetkisinin bulunması karşısında tesis edilen işlemde hukuka aykırılık bulunmadığından davanın reddi gerektiği düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Sekizinci Dairesince işin gereği görüldü:

Dava; Yükseköğretim Genel Kurulu'nun, diplomalarda dekan ve rektörün imzalarının yanında mütevelli heyet başkanının da imzasının bulunması uygulanmasına son verilmesi; bu şekilde düzenlenecek diplomaların geçersiz olacağı ve bundan sonra düzenlenecek diplomalarda Mütevelli Heyet Başkanının imzasının yer almamasına ilişkin 23.02.2007 gün ve 2007/2 sayılı kararının iptali istemiyle açılmıştır.

2547 sayılı Yükseköğretim Yasasının 3. maddesinde, Üniversite; Bilimsel özerkliğe ve kamu tüzel kişiliğine sahip yüksek düzeyde eğitim - öğretim bilimsel araştırma yayın ve danışmanlık yapan; fakülte,enstitü, yüksek okul ve benzeri kuruluş ve birimlerinden oluşan bir yükseköğretim kurumu olarak tanımlanmış; yine aynı yasanın, Ek 5.maddesinin 2.fıkrasında,mütevelli heyetin vakıf yükseköğretim kurumunun tüzel kişiliğini temsil edeceği; yükseköğretim kurumunda görevlendirilecek yöneticiler ve öğretim elemanları ile diğer personelin sözleşmelerini yapacağı; atanmaları ve görevden alınmalarını onaylayacağı; yükseköğretim kurumunun bütçesini onaylayacağı; uygulamaları izleyeceği; ayrıca vakıfça hazırlanan yönetmelik hükümlerine göre diğer görevleri yürüteceği belirtilmiş; Ek Madde 8'de ise,Vakıfça kurulacak yükseköğretim kurumundaki akademik organların, Devlet Yükseköğretim Kurumlarındaki akademik organlar gibi düzenleneceği ve onların görevlerini yerine getireceği kurala bağlanmış; Ek 14.maddede Vakıf Yükseköğretim kurumlarındaki akademik konuların Yükseköğretim Kurulunca belirleneceği kuralına yer verilmiştir.

Söz konusu yasa hükümlerinin değerlendirilmesinden, mütevelli heyet ve başkanının idari görevleri belirtilmekle beraber akademik konulara ilişkin herhangi bir yetkisinden söz edilmediği ve bu konuda bir yetkinin düzenlenmediği anlaşılmaktadır.

Diğer taraftan, devlet üniversitelerinde diplomalarda dekan ve rektörün imzasının bulunması zorunluluğuna karşı, vakıf üniversitelerinde bunun yanında mütevelli heyet başkanının imzasının da aranması, iki farklı usulle düzenlenip geçerli kabul edilen iyi ayrı diploma şeklini ortaya çıkaracaktır, Vakıf Üniversitelerindeki akademik organların devlet üniversitelerindeki akademik organlarla, akademik uygulamalarda aynı usule tabi olması ve bu konularda uygulama birliği sağlanması açısından Yükseköğretim Kurulunun sahip olduğu

düzenleme yetkisine dayalı olarak aldığı kararda, 2547 sayılı Yasaya aykırı bir husus bulunmadığı açıktır.

Açıklanan nedenlerle, davanın reddine, yargılama giderlerinin davacı üzerinde bırakılmasına, artan 26.00.-YTL posta ücretinin istemi halinde davacıya iadesine 575.00.-YTL vekalet ücretinin davacıdan alınarak davalı idareye verilmesine 30.12.2008 günü oybirliğiyle karar verildi .

ÖĞRETİM İŞLERİ

T.C.
DANIŞTAY
Sekizinci Daire
Esas No : 2008/5604
Karar No : 2008/7054

Özeti : 2547 sayılı Yasa'nın 61. maddesinde belirtilen, nisaba uygun olmayan sayı ile karar alan, fakülte yönetim kurulu kararına dayalı biçimde tesis edilen rektörlük işleminde, hukuka uyarlık bulunmadığı hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan : ...

Karşı Taraf : Muğla Üniversitesi Rektörlüğü

Vekili : Av. ...

İstem Özet i : Muğla Üniversitesi, Eğitim Fakültesi, Güzel Sanatlar Bölümü Resim Anabilim Dalında yardımcı doçent olarak görev yapan davacının, 30.7.2007 tarihinde biten görev süresinin uzatılmayarak kadrosu ile ilişkisinin kesilmesine ilişkin Rektörlüğün 8.8.2007 gün ve 4832 sayılı işleminin iptali istemiyle açılan davada; 2547 Sayılı Yasanın 23. maddesi hükmünden sözedilerek; davacının 01.07.2003 tarihinde Yardımcı Doçent kadrosuna atandığı 01.07.2004 tarihinden başlamak üzere görev süresinin 3 yıl uzatıldığı, görev süresi henüz sona ermeden 09.04.2007 tarihli dilekçe ile gerekli belgeler ile müracaat ederek görev süresinin tekrar uzatılması için başvuruda bulunduğu, başvuru üzerine usulüne uygun suretle saptanan iki profesör ve bir doçentten yazılı mütalaa istendiği, bir profesörün davacının şartları taşıdığını ileri sürerek atanması yönünde görüş bildirdiği, bir profesör ve doçentin ise ciddi ve planlı bir etkinliğe rastlanmadığı, desen, renk, teknik uygulamalar, dilde tutarlılık ve süreklilik konularında önemli eksiklikleri olduğunu, dosya sunumunda da ciddiyet ve özen eksikliğinin dikkat çekici olduğunu belirterek davacının yardımcı doçentlik kadrosu için gerekli nicelikleri taşıdığı, ancak sanatsal çalışmalarının yeterli olmadığını belirttikleri, Fakülte Yönetim Kurulunun 04.07.2007 gün ve 126 sayılı toplantısına dört üyenin katıldığı, iki üyenin görev süresinin uzatılması, iki üyenin uzatılmaması yönünde görüş bildirildiği, Fakülte Dekanının, iki jüri üyesinin davacının sanatsal çalışmalarını yeterli bulmadığı, davacının bazı Fakülte etkinliklerine ısrarla katılmadığı, sorumluluğu altındaki derslerin verilmesine özen göstermediği, bölüm elemanları ile uyum içinde çalışmadığını ileri sürerek, olumsuz görüş bildirildiği bunun üzerine davaya konu Rektörlük işlemi ile davacının görev süresinin uzatılmayarak kadrosu ile ilişkisinin kesildiğinin anlaşıldığı, hizmet ölçüleri içinde ve kamu yararı gözetilerek tesis edilen işlemde mevzuata ve hukuka aykırılık bulunmadığı gerekçesiyle davayı davayı reddeden Muğla 1. İdare Mahkemesinin 9.4.2008 gün ve E:2007/1823, K:2008/709 sayılı kararının; 7 üyeli Fakülte Yönetim Kurulunun dört üyeli toplandığı, iki üyenin olumsuz görüş bildirdiği ve olumsuz görüş belirten üyelerden birinin de dekan olduğu

öne sürülerek, 2577 sayılı Yasanın 49. maddesi uyarınca temyizen incelenerek bozulması istemidir.

Savunmanın Özeti : İstem reddi gerektiği savunulmaktadır.

Danıştay Tetkik Hakimi Gülşen AKAR PEHLİVAN'ın Düşüncesi : İstem reddi gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı Hüseyin YILDIZ 'ın Düşüncesi : Muğla Üniversitesi Eğitim Fakültesi, Güzel Sanatlar Bölümü Resim Anabilim Dalında Yardımcı doçent olarak görev yapan davacının görev süresinin yenilenmeyerek ilişkisinin kesilmesine ilişkin işlemin iptali istemiyle açılan davayı reddeden Muğla 1. İdare Mahkemesinin 9.4.2008 günlü, E:2007/1823, K:2008/709 sayılı kararının, davacı tarafından temyizen incelenerek bozulması istenmektedir.

Davacı hakkında Yazılı Mütalaa vermek üzere 2547 sayılı Yüksek Öğretim Yasasının 23. maddesi uyarınca oluşturulan bilim jürisi üyelerinden birinin, ilgili hakkında olumlu görüş; diğer ikisinin ise, dosya hakkındaki görüşlerinin olumlu olmasına rağmen; sanatsal çalışmalarını yeterli bulmadıkları hususu, Fakülte Yönetim Kurulunca görüşülerek iki üyenin olumlu; iki üyeninde olumsuz görüş belirttiği, Dekanlığın ise, davacının bahar şenliklerine katılmadığı, derslerin verilmesine özen gösterip bunların bazılarını yapmadığı ve uyumsuz olduğu olumsuz görüşü ile birlikte Rektörlüğe sunulduğu Rektörlüğün dava konusu işlemiyle davacının görev süresinin uzatılmayarak ilişkisinin kesildiği anlaşılmaktadır.

Görüleceği üzere, her üç jüri üyesinde ilgilinin öğretim üyeliği niteliğine haiz olduğu görüşünde birleştiği bunlardan iki üyenin sadece ilgilinin sanatsal çalışmalarının yetersizliği yönünde ayrıca bir eleştiri getirdiği, Dekanın olumsuz görüşlerine konu olayların disiplin soruşturmasını gerektirir hallerden olduğu halde, dosyada bu konuda belge ibraz edilemediği gibi suçlandığı fiillerin somut bir şekilde de ortaya konulmamıştır.

Bu durumda, Yardımcı doçentlik niteliklerine haiz olan davacının görev süresinin uzatılmamasını gerektirecek hukuken yeterli belge bulunmaması karşısında dava konusu işlemin iptali gerekirken aksi yönde verilen mahkeme kararında hukuki isabet bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle Mahkeme kararının bozulmasının uygun olacağı düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Sekizinci Dairesince işin gereği görüşüldü:

Uyuşmazlık, Muğla Üniversitesi Eğitim Fakültesi Güzel Sanatlar Bölümü Resim Anabilim Dalında yardımcı doçent olarak görev yapan davacının, 30.7.2007 tarihinde biten görev süresinin uzatılmayarak kadrosu ile ilişkisinin kesilmesine ilişkin Rektörlüğün 8.8.2007 gün ve 4832 sayılı işleminin iptali isteminden kaynaklanmıştır.

2547 sayılı Yükseköğretim Kanununun 23. maddesinde;"Bir Üniversite biriminde açık bulunan yardımcı doçentlik, isteklilerin başvurması için rektörlükçe ilan edilir. Fakültelerde ve fakültelere bağlı kuruluşlarda dekan, rektörlüğe bağlı enstitü ve yüksekokullarda müdürler; biri o birimin yöneticisi, biri de o üniversite dışından olmak üzere üç profesör veya doçent tespit ederek bunlardan adayların her biri hakkında yazılı mütalaa isterler. Dekan veya ilgili müdür kendi yönetim kurullarının görüşünü de aldıktan sonra önerilerini rektöre sunar. Atama, rektör tarafından yapılır. Yardımcı doçentler bir üniversitede her seferinde ikişer veya üçer yıllık süreler için en çok 12 yıla kadar atanabilirler. Her atama süresi sonunda görev kendiliğinden sona erer" hükmü düzenlenmiştir.

Aynı Kanunun "Fakülte Yönetim Kurulu" başlıklı 18. maddesinde, Fakülte yönetim kurulunun, dekanının başkanlığında fakülte kurulunun üç yıl için seçeceği üç profesör, iki doçent ve bir yardımcı doçentten oluşacağı, Fakülte yönetim kurulunun dekanın çağrısı üzerine toplanacağı, Yönetim Kurulunun gerekli gördüğü hallerde geçici çalışma grupları,

eğitim öğretim koordinatörlükleri kurabileceği, hüküm altına alınmış, aynı düzenlemeye Üniversitelerde Akademik Teşkilat Yönetmeliğinin 10. maddesinde de yer verilmiştir.

Bu kanunda sözü geçen jüri ve kurullarda, her üyenin oyunu kabul veya ret yoluyla vermekle görevli olduğu, çekimser oy kullanılamayacağı, kurulların toplantı nisabının kurul üye tam sayısının yarısından fazla olduğu, bütün kurullarda kararların toplantıya katılanların salt çoğunluğu ile alınacağı ,üçüncü turda salt çoğunluğun sağlanamadığı hallerde dördüncü turda oy çokluğu esasının uygulanacağı 61. madde ile düzenlenmiştir.

Dosyanın incelenmesinden,Fakülte Yönetim Kurulunun dekan başkanlığında dört kişiyle toplandığı, iki üye tarafından davacının üç yıl süreyle görev süresinin uzatılması yönünde oy kullanılırken diğer iki üyenin de davacının görev süresinin uzatılmaması yönünde oy kullandığı anlaşılmıştır.

Fakülte yönetim kurulunun,kurul üye sayısının yarısından bir fazlası olan dört kişiyle toplandığı, toplantıdaki üyelerin salt çoğunluğu (3) ile karar alınması gerektiği yönündeki mevzuat hükmüne uyulmayarak karar verildiği açıktır

Bu durumda, yardımcı doçentliğe atamada öneri niteliği taşıyan ve kanunda belirlenen esasa uyulmaksızın alındığı açık olan kurul kararı uyarınca tesis edilen rektörlük işleminde hukuka uyarlık bulunmamıştır.

Açıklanan nedenlerle Muğla 1. İdare Mahkemesinin kararının bozulmasına, dosyanın yeniden bir karar verilmek üzere anılan Mahkemeye gönderilmesine 05.11.2008 gününde oybirliği ile karar verildi .

T.C.

DANIŞTAY
Sekizinci Daire

Esas No : 2008/5612

Karar No : 2008/7269

Özeti : Hukuk müşaviri olarak üniversitede görevli olan davacının, döner sermaye gelirlerinin elde edilmesinde doğrudan katkısı olmadığından, döner sermaye gelirlerinden faydalandırılmayacağı hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan : İstanbul Üniversitesi Rektörlüğü

Karşı Taraf : ...

İstemin Özeti : İstanbul Üniversitesi Hukuk müşavirliğinde hukuk müşaviri olarak görev yapan davacının, 1.1.2004 tarihinden itibaren ödenmeyen döner sermaye tutarının ödenmesi istemiyle yaptığı 27.11.2006 günlü başvurunun zımnen reddine ilişkin işlemin iptali ile döner sermaye katkı payının yasal faiziyle birlikte tazmini istemiyle açılan davada; mevzuat uyarınca davacının tıp fakültesinde görevli bir personel olması nedeniyle döner sermayeye katkısının bulunduğu anlaşıldığından, davalı idarece belirlenen döner sermaye katkı paylarının dağıtılmasına ilişkin usul ve esaslar doğrultusunda davacıya katkı payı ödenmesi gerekirken aksi yönde tesis edilen dava konusu işlemde hukuka uyarlılık bulunmadığı gerekçesiyle işlemi iptal eden ve ödenmeyen döner sermaye katkı paylarının dava tarihinden itibaren hesaplanacak yasal faiziyle birlikte tazminine karar veren İstanbul 8. İdare Mahkemesinin 27.2.2008 gün ve E:2007/545, K:2008/299 sayılı kararının; hukuka aykırı olduğu öne sürülerek, 2577 sayılı Yasanın 49. maddesi uyarınca temyizden incelenerek bozulması istemidir.

Savunmanın Özeti : Savunma verilmemiştir.

Danıştay Tetkik Hakimi Mevlüt BEDEL'in Düşüncesi : İstemin kabulü ile mahkeme kararının bozulması gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı Ahmet Yahya ÖZDEMİR'in Düşüncesi : Davalı üniversitede hukuk müşaviri olarak görev yapan davacıya döner sermaye payı verilmemesi yolundaki işlemi iptal eden ve 1.1.2004 tarihinden itibaren ödenmeyen döner sermaye katkı paylarının dava tarihi olan 26.3.2007 tarihinden itibaren ödenmesine karar veren İdare Mahkemesi kararının temyizen incelenerek bozulması istenilmektedir.

2547 sayılı Yüksek Öğretim Kanunu'nun 58.maddesinde "Her eğitim-öğretim, araştırma veya uygulama birimi veya bölümü ile ilgili öğretim elemanlarının katkısıyla toplanan döner sermaye gayrisafi hasılatının en az %35'i o kuruluş veya birimin araç, gereç, araştırma ve diğer ihtiyaçlarına ayrılır. Kalan kısmı ise üniversite yönetim kurulunun belirleyeceği oranlar çerçevesinde bağlı bulunduğu üniversitenin bilimsel araştırma projeleri ile döner sermaye gelirinin elde edildiği fakülte, enstitü, yüksek okul, konservatuar ile uygulama ve araştırma merkezlerinde görevli öğretim elemanları ve aynı birimlerde görevli 14.07.1965 tarihli ve 657 sayılı Devlet Memurları Kanununa tabi personel (döner sermaye işletme müdürlüğü ve döner sermaye saymanlık personeli dahil) arasında katkıları da dikkate alınmak suretiyle paylaşılır. Öğretim üyeleri ile Üniversitelerarası Kurulun önerisi üzerine Yükseköğretim Kurulunca kabul edilen sağlık, teknik ve sanatla ilgili birimlerde görevli öğretim elemanlarına döner sermayeden bir ayda ayrılacak payın tutarı, bunların bir ayda alacakları aylık (ek gösterge dahil, yan ödeme, ödenek (geliştirme ödeneği hariç) ve her türlü tazminat (makam, temsil ve görev tazminatı hariç) toplamının iki katını, diğer öğretim elemanları için bir katını, 657 sayılı Kanuna tabi personel için ise %100'ünü "1" "3" geçemez. İşin ve hizmetin özelliği dikkate alınarak yoğun bakım, doğumhane, yeni doğan, süt çocuğu, yanık, diyaliz ameliyathane, kemik iliği nakil ünitesi ve acil serviste çalışan sağlık personeli için % 100 "1" "3" oranı, ayrıca % 50 sine kadar artırılabilir.(Değişik cümle: 17.09.2004-5234 S.K./2.mad.) "2" "3" Rektörler ve rektör yardımcıları, üniversite veya ileri teknoloji enstitülerindeki döner sermaye gelirinin elde edildiği birimlerin birinden katkılarına bakılmaksızın bu maddedeki esaslara göre her ay pay alabilirler ve bunlara bir ayda ödenebilecek pay, bir ayda alacakları aylık (ek gösterge dahil) ödenek (geliştirme ödeneği hariç) ve her türlü tazminat (makam, temsil ve görev tazminatları hariç) toplamının iki katını geçemez. Öğretim üyelerine saat 14.00'den sonra döner sermayeye yaptıkları doğrudan gelir getirici katkılarından dolayı ilave olarak, almakta oldukları aylık (ek gösterge dahil), ödenek (geliştirme ödeneği hariç) ve her türlü tazminat (makam, temsi ve görev tazminatları hariç) toplamının on katına kadar pay verilebilir.

Rektör ve rektör yardımcıları ile bu kapsamdaki gelirin elde edildiği fakültelerin dekan ve dekan yardımcılığı ile başhekim ve başhekim yardımcılığına doğrudan gelir getirici katkılarına bakılmaksızın bu kapsamda elde edilen gelirlerden karşılanmak üzere, bir ayda alacakları aylık (ek gösterge dahil) ödenek (geliştirme ödeneği hariç) ve her türlü tazminat (makam, temsil ve görev tazminatları hariç) toplamının dört katına kadar ayrıca pay verilebilir." hükmü yer almıştır.

Alıntısı yapılan Yasa kuralına göre döner sermayeden katkı payı alabilmek için döner sermaye gelirlerinin elde edilmesine direkt katkıda bulunulması gerekmekte olup, bu konuya istisna olarak 5234 sayılı Yasa ile Rektör, rektör yardımcılığı ve fakültelerin dekan ve dekan yardımcılığı, üniversitelere bağlı hastanelerin başhekim ve başhekim yardımcılığına doğrudan gelir getirici katkılarına bakılmaksızın döner sermaye katkı payının ödeneceği sonucuna ulaşılmakta olup, hukuk müşaviri olan davacının görevi itibarıyla istisna hükümlerine tabi olmadığı gibi, döner sermayeye doğrudan gelir getirici katkısı da bulunmadığından döner sermaye gelirlerinden pay almasına hukuki olanak bulunmaktadır.

Belirtilen nedenlerle, davanın kabulü yönündeki Mahkeme kararının bozulmasının uygun olacağı düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Sekizinci Dairesince işin gereği görüldü:

Uyuşmazlık, İstanbul Üniversitesi Hukuk müşavirliğinde hukuk müşaviri olarak görev yapan davacının ödenmeyen döner sermaye tutarının ödenmesi istemiyle yaptığı başvurunun zımnen reddine ilişkin işlemin iptali ile döner sermaye katkı payının yasal faiziyle birlikte tazmini isteminden kaynaklanmaktadır.

2547 sayılı Yüksek Öğretim Kanunu'nun "Döner Sermaye" başlıklı 58. maddesinin 4949 sayılı Yasanın 12. maddesiyle değişik (a) bendinin 4. fıkrasında; "Her eğitim-öğretim, araştırma veya uygulama birimi veya bölümü ile ilgili öğretim elemanlarının katkısıyla toplanan döner sermaye gayrisafi hasılatının en az %35'i o kuruluş veya birimin araç, gereç, araştırma ve diğer ihtiyaçlarına ayrılır. Kalan kısmı ise üniversite yönetim kurulunun belirleyeceği oranlar çerçevesinde bağlı bulunduğu üniversitenin bilimsel araştırma projeleri ile döner sermaye gelirinin elde edildiği fakülte, enstitü, yüksek okul, konservatuvar ile uygulama ve araştırma merkezlerinde görevli öğretim elemanları ve aynı birimlerde görevli 14.07.1965 tarihli ve 657 sayılı Devlet Memurları Kanununa tabi personel (döner sermaye işletme müdürlüğü ve döner sermaye saymanlık personeli dahil) arasında katkıları da dikkate alınmak suretiyle paylaşılır. Öğretim üyeleri ile Üniversitelerarası Kurulun önerisi üzerine Yükseköğretim Kurulunca kabul edilen sağlık, teknik ve sanatla ilgili birimlerde görevli öğretim elemanlarına döner sermayeden bir ayda ayrılacak payın tutarı, bunların bir ayda alacakları aylık (ek gösterge dahil, yan ödeme, ödenek (geliştirme ödeneği hariç) ve her türlü tazminat (makam, temsil ve görev tazminatı hariç) toplamının iki katını, diğer öğretim elemanları için bir katını, 657 sayılı Kanuna tabi personel için ise %100'ünü geçemez. İşin ve hizmetin özelliği dikkate alınarak yoğun bakım, doğumhane, yeni doğan, süt çocuğu, yanık, diyaliz ameliyathane, kemik iliği nakil ünitesi ve acil serviste çalışan sağlık personeli için % 100 oranı, ayrıca % 50 sine kadar artırabilir. (Değişik cümle: 17.09.2004-5234 S.K./2.mad.) Rektörler ve rektör yardımcıları, üniversite veya ileri teknoloji enstitülerindeki döner sermaye gelirinin elde edildiği birimlerin birinden katkılarına bakılmaksızın bu maddedeki esaslara göre her ay pay alabilirler ve bunlara bir ayda ödenebilecek pay, bir ayda alacakları aylık (ek gösterge dahil) ödenek (geliştirme ödeneği hariç) ve her türlü tazminat (makam, temsil ve görev tazminatları hariç) toplamının iki katını geçemez. Öğretim üyelerine saat 14.00'den sonra döner sermayeye yaptıkları doğrudan gelir getirici katkılarından dolayı ilave olarak, almakta oldukları aylık (ek gösterge dahil), ödenek (geliştirme ödeneği hariç) ve her türlü tazminat (makam, temsi ve görev tazminatları hariç) toplamının on katına kadar pay verilebilir. Rektör ve rektör yardımcıları ile bu kapsamdaki gelirin elde edildiği fakültelerin dekan ve dekan yardımcıları ile başhekim ve başhekim yardımcılarının doğrudan gelir getirici katkılarına bakılmaksızın bu kapsamda elde edilen gelirlerden karşılanmak üzere, bir ayda alacakları aylık (ek gösterge dahil) ödenek (geliştirme ödeneği hariç) ve her türlü tazminat (makam, temsil ve görev tazminatları hariç) toplamının dört katına kadar ayrıca pay verilebilir." hükmü yer almıştır.

Yukarıda alıntısı yapılan Yasa kuralı uyarınca döner sermayeden katkı payı alabilmek için ilgilinin döner sermaye gelirlerinin elde edilmesine doğrudan katkıda bulunması gerekmektedir. Bu konuya istisna olarak 5234 sayılı Yasa ile rektör, rektör yardımcıları ve fakültelerin dekan ve dekan yardımcıları, üniversitelere bağlı hastanelerin başhekim ve başhekim yardımcılarının doğrudan gelir getirici katkılarına bakılmaksızın döner sermaye katkı payının ödeneceği kurala bağlanmıştır. Hukuk Müşaviri olan davacı, görevi itibarıyla istisna hükümleri içinde sayılmamış olup döner sermayeye doğrudan gelir getirici katkısı da bulunmadığından döner sermaye gelirlerinden pay almasına hukuki olanak bulunmamaktadır.

Bu durumda Hukuk Müşaviri olan davacının döner sermaye gelirlerinin elde edilmesine doğrudan katkısının bulunmadığı anlaşıldığından, döner sermaye katkı payından

yararlandırılmama sonucunu doğuran dava konusu işlemde hukuka aykırılık bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle İstanbul 8. İdare Mahkemesi kararının bozulmasına, dosyanın yeniden bir karar verilmek üzere anılan Mahkemeye gönderilmesine 10.11.2008 gününde oybirliği ile karar verildi.

ÖZEL İDARE İŞLERİ

T.C.
DANIŞTAY
Sekizinci Daire
Esas No : 2008/1180
Karar No : 2008/5500

Özeti : İl özel idareleri dış politika ile ilgili olarak yetkilendirilmediğinden, AB İhtisas Komisyonunun çalışmalarına devam etmesine ilişkin işlemin, açık yetki aşımı nedeniyle, hukuka aykırı olduğu hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan (Davacı) : Diyarbakır Valiliği

Karşı Taraf (Davalı) : Diyarbakır İl Özel İdaresi Genel Sekreterliği

İstemin Özeti : Diyarbakır İl Genel Meclisinin 3.2.2006 gün ve 18 sayılı işlemi ile kurulan Avrupa Birliği Müktesebatını İzleme Komisyonunun çalışmalarına devam etmesine ilişkin Diyarbakır İl Genel Meclisinin 5.7.2006 gün ve 113 sayılı işleminin iptali istemiyle açılan davada; 5302 sayılı İl Özel İdaresi Yasası uyarınca İl Genel Meclislerine ihtisas komisyonu kurma ve komisyona üye seçme yetkisinin verildiği; Avrupa Birliği Topluluğu ile başlatılmış olan müzakere süreci içinde Avrupa Birliği Müktesebatı çerçevesinde, dönem içerisinde yapılacak toplantı ve görüşmelerde toplantıyı yapan komisyonlardan görüş alabilecek ve il ile ilgili görüşmeleri yerinde izleyebilecek ve meclisi bilgilendirecek bir komisyon kurulduğu; komisyonun adının her ne kadar Avrupa Birliği Müktesebatını İzleme Komisyonu olsa da; komisyonun yapacağı çalışmaların Avrupa Birliği ve Dış İlişkiler Komisyonundan farklı olmadığı; amacının hükümetin Avrupa Birliği ile olan diyalogunu ve alınan kararları takip ile meclisi aydınlatma olan komisyonun çalışmalarına devam etmesi yönünde alınan kararda hukuka aykırılık bulunmadığı gerekçesiyle davayı reddeden Diyarbakır 2. İdare Mahkemesinin 10.10.2007 gün ve E:2006/1662, K:2007/1233 sayılı kararının; il özel idarelerinin dış politikaya ilişkin konularda görevli ve yetkili olmadığı öne sürülerek 2577 sayılı Yasanın 49. maddesi uyarınca temyizen incelenerek bozulması istemidir.

Savunmanın Özeti : Savunma verilmemiştir.

Danıştay Tetkik Hakimi Sibel KARADEMİR'in Düşüncesi : Anayasal ve yasal düzenlemeler uyarınca, dava konusu işlemin açık yetki aşımı nedeniyle hukuka aykırı olduğu, mahkeme kararının bozulması gerekeceği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı Leyla KODAKOĞLU'nun Düşüncesi : Dava, Diyarbakır İl Genel Meclisince kurulan Avrupa Birliği Müktesabını İzleme Komisyonunun çalışmalarına devam etmesi yolunda tesis edilen 5.7.2006 günlü, 113 sayılı İl Genel Meclisi kararının iptali istemiyle Diyarbakır Valiliği tarafından açılmış, İdare Mahkemesince, davanın reddine karar verilmiş, bu karar davacı tarafından temyiz edilmiştir.

Dosyanın incelenmesinden, Diyarbakır İl Genel Meclisince, ülkemizin Avrupa Birliği ile başlatmış olduğu müzakere süreci içerisinde Avrupa Birliği Müstesebatı çerçevesinde dönem içinde yapılacak toplantı ve görüşmelerde toplantıyı yapan komisyonlardan görüş alabilmek ve Diyarbakır İli ile ilgili görüşmeleri yerinde izleyerek meclisi bilgilendirmek üzere komisyon kurulmasının karar altına alındığı, bu karara Valilik tarafından yapılan itirazın kabul edilmediği ve dava konusu işlemin tesis edildiği anlaşılmıştır.

5302 sayılı İl Özel İdaresi Kanununun "İl özel idaresinin görev ve sorumlulukları" başlıklı 6. maddesi ile "İl özel idaresinin yetkileri ve imtiyazları" başlıklı 7. maddesi kuralları il özel idaresinin organı olan il genel meclisine ülkenin dış politikası ile ilgili konularda komisyon kurma ve karar alma yetkisi vermemektedir.

Hukuk Devletinde, idarelerin yasalara dayanmayan bir yetkiyi kullanması ve yasal dayanağı olmayan bir konuda kendisini görevli kılması mümkün değildir.

Belirtilen bu durum karşısında, dava konusu işlemde hukuka uyarlık görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle, idare mahkemesi kararının bozulmasının uygun olacağı düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Sekizinci Dairesince işin gereği görüşüldü:

Uyuşmazlık, Diyarbakır İl Genel Meclisinin 3.2.2006 gün ve 18 sayılı işlemi ile kurulan Avrupa Birliği Müktesebatını İzleme Komisyonunun çalışmalarına devam etmesine ilişkin Diyarbakır İl Genel Meclisinin 5.7.2006 gün ve 113 sayılı işleminin iptali isteminden kaynaklanmıştır.

1982 Anayasasının 127/1 maddesinde; mahalli idarelerin; il, belediye veya köy halkının mahalli müşterek ihtiyaçlarını karşılamak üzere kuruluş esasları kanunla belirtilen ve karar organları, gene kanunda gösterilen, seçmenler tarafından seçilerek oluşturulan kamu tüzel kişileri olduğu hükmü yer almıştır.

5302 sayılı İl Özel İdaresi Yasasının 5. maddesinde, il özel idaresinin görev alanının il sınırlarını kapsayacağı; 6. maddesinde, il özel idaresinin görev ve sorumlulukları; 7. maddesinde, il özel idaresinin yetkileri ve imtiyazları ;10. maddesinde, il genel meclisinin görev ve yetkileri belirtilerek, 10. maddesinin j bendinde, ihtisas komisyonlarına üye seçmenin il genel meclisinin görev ve yetkisinde olduğu düzenlemesine yer verilmiştir.

İl Genel Meclisi Çalışma Yönetmeliğinin "İhtisas Komisyonlarının Oluşumu" başlığını taşıyan 20. maddesinde " Meclis, bir yıl görev yapmak üzere, nisbî çoğunlukla en az üç, en çok beş üyeden oluşan ihtisas komisyonları kurabilir. Plan ve bütçe komisyonu ile imar ve bayındırlık komisyonu en çok yedi üyeden oluşur. Meclis, komisyonlara üye seçiminden önce kurulacak komisyonu ve üye sayısını belirler. Plan ve bütçe komisyonu, imar ve bayındırlık komisyonu, eğitim, kültür ve sosyal hizmetler komisyonu ile çevre ve sağlık komisyonunun kurulması zorunludur. " düzenlemesi yer almıştır.

İl Genel Meclisinin Çalışma Esas ve Usulleri Hakkında Yönetmeliğin " İhtisas Komisyonları Teşkilî" başlığını taşıyan 19. maddesinde; il genel meclisince kanunların il özel idaresine görev olarak verdiği konularda ön incelemeye ihtiyaç duyulan hallerde ihtisas komisyonları kurulabileceği, hükmü yer almaktadır.

Dosyanın incelenmesinden; Diyarbakır İl Özel İdaresinin, Avrupa Birliği Topluluğu ile başlatılmış olan müzakere süreci içinde Avrupa Birliği Müktesebatı çerçevesinde dönem içerisinde yapılacak toplantı ve görüşmelerde toplantıyı yapan komisyonlardan görüş alarak, il ile ilgili görüşmeleri yerinde izleyebilmek ve meclisi bilgilendirmek amacıyla kurulan Avrupa Birliği Müktesebatını İzleme Komisyonunun kurulmasına ilişkin Diyarbakır İl Genel Meclisi işleminin davacı Diyarbakır Valiliğince tekrar görüşülmesi istenilmesine karşın; tekrar görüşülmeksizin komisyonun çalışmalarına devam etmesine ilişkin dava konusu işlemin tesis edildiği; bu işlemin iptali istemiyle bakılan davanın açıldığı anlaşılmıştır.

Öte yandan İçişleri Bakanlığının 2.6.2006 gün ve 40252 sayılı işleminde; Avrupa Birliği ile ülkemiz arasında gerçekleştirilmekte olan çalışmaların, ilgili bakanlıklar ile Avrupa Birliği Komisyonları arasında yürütüldüğü, il genel meclislerince komisyon oluşturulmasına ihtiyaç bulunmadığı belirtilmiştir.

İdari hiyerarşi dahilinde idari karar alma yetkisi olan kamu idarelerinin hangi konularda idari işlem tesis etmeye yetkili oldukları hukuksal düzenlemelerde belirtilmiştir. Kamu idarelerinin yetkilerini, hukuksal düzenlemenin belirlemiş olduğu sınırlar dışında kullanmaları kabul edilemez.

1982 Anayasasının 127. maddesinde yer alan mahalli idareler tanımı dikkate alınarak, 5302 sayılı İl Özel İdaresi Yasasının il özel idaresinin yetki ve imtiyazlarının belirtildiği 7. maddesi ve il genel meclisinin görev ve yetkilerinin belirtildiği 10. maddesinin kapsamının belirlenmesi, uyumsuzluğun çözümü için yeterlidir.

İhtisas komisyonu kurma konusunda yetkili olan il genel meclisinin; ancak, il özel idaresine kanunla verilen görev ve yetki kapsamında ihtisas komisyonu kurabileceği; bu belirlemeler dışında, il genel meclisince görev ve yetkileri içinde bulunmayan konularda ihtisas komisyonları kurulmasının mümkün olmadığı; yukarıda aktarılan anayasal ve yasal düzenlemelerde ise il özel idarelerinin dış politikalarla ilgili olarak yetkilendirilmediği ve görevlendirilmediği açıktır.

Bu bakımdan; dava konusu işlemin, açık yetki aşımı nedeniyle hukuka aykırı olduğundan; tersi yaklaşımla alınan mahkeme kararında hukuki yerindelik bulunmamıştır.

Açıklanan nedenlerle Diyarbakır 2. İdare Mahkemesi kararının bozulmasına dosyanın yeniden bir karar verilmek üzere anılan Mahkemeye gönderilmesine 26.09.2008 gününde oybirliğiyle karar verildi.

DOKUZUNCU DAİRE KARARLARI

BELEDİYE GELİRLERİ

T.C.
DANIŞTAY
Dokuzuncu Daire
Esas No : 2007/1164
Karar No : 2008/5019

Özeti : T.C. Ziraat Bankası A. Ş. 'nin açmış olduğu şubeler için, işyeri açma ve çalışma ruhsat harcından muaf olduğu hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan : Kadıköy Belediye Başkanlığı

Vekili : Av. ...

Karşı Taraf : T.C. Ziraat Bankası A. Ş.

Vekili : Av. ...

İstemın Özeti : Davalı idarenin 6.5.2005 tarih ve 3797/2440/465661 sayılı işyeri açma ve çalışma ruhsat harcı ödenmesine ilişkin işleminin iptali istemiyle açılan davayı; 2464 sayılı Belediye Gelirleri Kanununun 81. maddesinde; belediye sınırları içinde veya mücavir alanlarda işyeri açılmasının işyeri açma izin harcına tabi olduğu, 17.6.1989 tarih ve 20198 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren 3572 sayılı İşyeri Açma ve Çalışma Ruhsatlarına Dair Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabulüne Dair Kanunun 3. maddesinde ise; belediye hudutları ile mücavir alan içinde kalan işyerleri ve işletmelere işyeri açma ve çalışma ruhsatı vermeye belediyelerin yetkili kılındığı, 4603 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Ziraat Bankası, Türkiye Halk Bankası Anonim Şirketi ve Türkiye Emlak Bankası Anonim Şirketi Hakkında Kanunun 3. maddesinin 4. fıkrasında da; Bankalar hakkında 3572 sayılı Kanunun 3. maddesi ile 2464 sayılı Kanunun 81. maddesi hükümlerinin uygulanamayacağına hükme bağlandığı, yukarıda anılan mevzuat hükümlerinden, belediye sınırları içinde veya mücavir alanlarda işyeri açılmasının işyeri açma izin harcına tabi olduğu, bu alanlarda işyerleri ve işletmelere işyeri açma ve çalışma ruhsatı vermeye belediyelerin yetkili olduğu sonucu çıkmakta ise de, 4603 sayılı Kanun ile davacı banka açmış olduğu şubeler için 3572 sayılı Kanunun 3 ve 2464 sayılı Kanunun 81. maddeleri ile işyerleri ve işletmeler için zorunlu tutulan işyeri açma ve çalışma izin harcından muaf tutulduğundan, davacı Bankanın işyeri açma ve çalışma ruhsat harcı yatırması yönünde tesis edilen dava konusu işlemde isabet görülmediği gerekçesiyle kabul eden İstanbul 4. Vergi Mahkemesi'nin 12.12.2006 tarih ve E:2005/2266, K:2006/3110 sayılı kararının; yapılan işlemin yasal olduğu, 3572 sayılı Kanun uyarınca belediye hudutları dahilindeki tüm işletmelerin işyeri açma ve izin harcı ödemesinin gerektiği ileri sürülerek bozulması istenilmektedir.

Savunmanın Özeti : Temyiz isteminin reddi gerektiği savunulmaktadır.

Danıştay Savcısı Mehmet Sağlam'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, 28.90 YTL ilam harcının temyiz isteminde bulunandan alınmasına 4.11.2008 tarihinde oybirliği ile karar verildi.

EMLAK VERGİSİ
(ARAZİ VERGİSİ)

T.C.

DANIŞTAY

Dokuzuncu Daire

Esas No : 2007/1930

Karar No : 2008/1817

Özeti : Davacının taşınmazına ilişkin olarak ileri sürdüğü kısıtlılık iddiasının, ödeme emri aşamasında "borcum yoktur" kapsamında incelenmesi gerektiği hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan : ...

Vekili : Av. ...

Karşı Taraf : Bağcılar Belediye Başkanlığı

Vekili : Av. ...

İstemin Özeti : Davacının maliki olduğu gayrimenkul için 2004 ila 2006 yıllarına ilişkin olarak tahakkuk ettirilen emlak vergisinin tahsili amacıyla düzenlenen ödeme emrinin iptali istemiyle açılan davayı; dava konusu ödeme emri içeriği emlak vergisinin ihtilafsız olarak tarh ve tahakkuk ettirildiği, hal böyle olmasına rağmen davacı tarafından ödeme emri safhasında gayrimenkulünün kısıtlı alanda olduğu belirtilerek idarenin uyguladığı gibi % 47 oranında değil, gayrimenkulün tamamına kısıtlılık uygulanması gerektiği ileri sürülerek dava açıldığının görüldüğü, ancak ödeme emri safhasında böyle bir iddiada bulunulmasının mümkün olmadığı, olay zamanında dava mevzuu edilmediği gibi belediyenin tüm hizmetlerinden yararlanan meskun mahaldeki 2138 m2'lik taşınmazın 1129 m2'lik kısmının kısıtlı alanda kaldığı, bu nedenle gayrimenkulün % 47'lik kısmının kısıtlı orana tabi olduğundan bahisle emlak vergisi tahakkuk ettirilmesinde ve tahsili amacıyla ödeme emri düzenlenmesinde hukuka aykırılık bulunmadığı gerekçesiyle reddeden İstanbul 8. Vergi Mahkemesinin 2.3.2007 tarih ve E:2006/1774, K:2007/609 sayılı kararının; dava konusu taşınmazın imara açılmadığı, üzerinde inşaat yapılmasına izin verilmediği, bu nedenle gayrimenkulün tamamının kısıtlılık hükümlerinden yararlandırılması gerektiği ileri sürülerek bozulması istenilmektedir.

Savunmanın Özeti : Yasal dayanaktan yoksun bulunan temyiz isteminin reddi gerektiği savunulmaktadır.

Danıştay Savcısı Buket Oral'ın Düşüncesi : 1319 sayılı Emlak Vergisi Kanununun 30.maddesinde yer alan kısıtlılık hükmü, tahakkuk eden emlak vergisine uygulandığından, ödeme emri aşamasında davacının; arsa üzerine inşaat yapma izni verilmediği dolayısıyla arsanın tamamına kısıtlı vergi uygulanmasına ilişkin iddialarının incelenmesi gerektiğinden,Mahkemece verilen kararda isabet görülmemiştir.

Bu nedenle temyiz isteminin kabulü ile Mahkeme kararının bozulmasının uygun olacağı düşünülmektedir.

Tetkik Hakimi Fatih Torun'un Düşüncesi : Kısıtlılık hükmü, tahakkuk eden emlak vergisine uygulanacağından, kısıtlılık hükümlerinin uygulanıp uygulanmadığı hususu, ancak tarh ve tebliğ edilen verginin tecil edilmeyerek mükelleften ödeme emri ile istenilmesi halinde, diğer bir ifade ile ancak tahsilat safhasında incelenebilecek bir iddiadır. Bu nedenle, davacının taşınmazın tamamının kısıtlı olduğuna ilişkin olarak ileri sürdüğü iddialarının 6183 sayılı Kanunun 58. maddesinde öngörülen "borcum yoktur" kapsamında değerlendirilmesi ve buna göre karar verilmesi gerektiği görüşü ile temyize konu vergi mahkemesi kararının bozulması gerektiği düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Dokuzuncu Dairesince işin gereği görüşüldü:

Davacının maliki olduğu gayrimenkul için 2004 ila 2006 yıllarına ilişkin olarak tahakkuk ettirilen emlak vergisinin tahsil amacıyla düzenlenen ödeme emrinin iptali istemiyle açılan davayı reddeden vergi mahkemesi kararının temyizen incelenerek bozulması istenilmektedir.

1319 sayılı Emlak Vergisi Kanununun 12. maddesinde, Türkiye sınırları içerisinde bulunan arazi ve arsaların bu kanun hükümlerine göre arazi vergisine tabi olduğu, aynı Kanunun 30. maddesinde, Kanunlar veya diğer kamu düzeni koyan mevzuatla tasarrufu kısıtlanan bina arsa ve arazi vergisinin, kısıtlamanın devam ettiği sürece 1/10 oranında tahsil olunacağı belirtilmiştir.

1319 sayılı Kanununun 30'uncu maddesi uyarınca çıkartılan Tasarrufu Kısıtlanan Bina, Arsa ve Arazi Hakkında Yönetmeliğin 2. maddesinde, " İmar planlarında, resmi yapılara, tesisleri ve okul, cami, yol, meydan, otopark, yeşil saha, çocuk bahçesi, pazar yeri, hal, mezbaha ve benzeri umumi hizmetlere ayrılmış olması sebebiyle üzerinde inşaat yapılmasına izin verilmeyen arsalar ile esaslı değişiklik ve ilaveler yapılmasına izin verilmeyen binaların tasarrufu kısıtlanmış sayılır" denilerek konuya açıklık getirilmiştir.

6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanunun 54. maddesinde ise, ödeme müddeti içinde ödenmeyen amme alacağının tahsil dairesince cebren tahsil olunacağı, 55. maddesinde amme alacağını vadesinde ödemeyenlere 7 gün içinde borçlarını ödemeleri veya mal bildiriminde bulunmaları lüzumunun bir ödeme emriyle tebliğ olunacağı, 58. maddesinde de kendisine ödeme emri tebliğ olunan şahsın böyle bir borcu olmadığı veya kısmen ödediği veya zaman aşımına uğradığı hakkında tebliğ tarihinden itibaren 7 gün içinde itirazda bulunabileceği öngörülmüştür.

Dosyanın incelenmesinden, davacının maliki olduğu ... İlçesi, ... Mahallesi, ... pafta, ... parselde bulunan 2138 m2'lik taşınmazın 1129 m2'lik kısmının kısıtlı alanda kaldığı gerekçesiyle taşınmazın % 47'lik kısmının kısıtlı orana tabi olduğundan bahisle emlak vergisi tahakkuk ettirilen emlak vergisinin süresinde ödenmemesi üzerine dava konusu ödeme emrinin düzenlendiği, bunun üzerine davacı tarafından, taşınmaz için inşaat izninin talep edildiği, söz konusu talebin davalı idarece taşınmazın imarlı olmadığı, ancak taşınmazın içinde bulunduğu alanın 3194 sayılı Kanunun 18. maddesine göre yapılmakta olan imar planı uygulamasının bitirilmesinden sonra inşaat izni başvurusunun değerlendirileceğinin bildirildiği, ayrıca davalı idareden taşınmazın imar durumunun sorulması üzerine verilen cevapta da, söz konusu taşınmazın imar durumunun 3194 sayılı Kanunun 18. maddesine göre yapılmakta olan imar planı uygulamasının bitirilmesinden sonra kesinleşeceğinin

belirtildiği, bu nedenle taşınmazın tamamı üzerinde inşaat yasağı bulunduğundan taşınmazın tamamının kısıtlılıktan yararlandırılması gerektiği ileri sürülerek ödeme emrinin iptali istemiyle açılan davanın vergi mahkemesince, ödeme emri safhasında böyle bir iddiada bulunulmasının mümkün olmadığı gerekçesiyle reddine karar verildiği anlaşılmaktadır.

Ancak, 1319 sayılı Kanunun 30. maddesinin değerlendirilmesinden, tahakkukun tam yapılacağı ancak tahsilat safhasında tahakkuk ettirilen verginin 1/10'unun tahsil edilerek 9/10'unun tecil edileceği anlaşılmaktadır. Bu nedenle kısıtlılık hükümlerinin uygulanıp uygulanmadığı hususu, ancak tarh ve tebliğ edilen verginin tecil edilmeyerek mükelleften ödeme emri ile istenilmesi halinde, diğer bir ifade ile ancak tahsilat safhasında incelenebilecek bir iddia olduğu sonucuna varılmaktadır.

Bu nedenle, davacının taşınmazın tamamının kısıtlı olduğuna ilişkin olarak ileri sürdüğü iddialarının Vergi Mahkemesince yukarıda anılan Kanunun 58. maddesinde öngörülen "borcum yoktur" kapsamında değerlendirilmesi ve buna göre karar verilmesi gerekirken, davanın reddinde isabet görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle temyiz isteminin kabulü ile İstanbul 8. Vergi Mahkemesinin 2.3.2007 tarih ve E:2006/1774, K:2007/609 sayılı kararının bozulmasına 8.4.2008 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

HARÇLAR

T.C.
DANIŞTAY
Dokuzuncu Daire
Esas No : 2006/2149
Karar No : 2008/4596

Özeti : 492 sayılı Harçlar Kanunu'nun 123. maddesinin, 5035 sayılı Kanun'un 31. maddesiyle değişen son fıkrası hükmü uyarınca, bankalar tarafından kullanılan kredilerin, geri ödemelerine ilişkin bütün işlemlerin, icra tahsil harcından muaf olduğu hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan : ...

Vekili : Av. ...

Karşı Taraf : 2 Eylül Vergi Dairesi Müdürlüğü

İstem Özet 2004 yılına ait icra tahsil harçlarının tahsili amacıyla düzenlenen ödeme emirlerinin iptali istemiyle açılan davayı; dosyanın incelenmesinden, davacının ... Bankası T. A. Ş.'ne olan borçları nedeniyle Eskişehir 5. İcra Müdürlüğü'nün E:2001/5966 sayılı dosyası ile hakkında icra takibi başlatıldığı, başlatılan bu takip sonucu yapılan tahsilatlardan 5020 sayılı Bankalar Kanununun 14. maddesinin 5. fıkrasının (c) bendi gereğince harç kesintisi yapılmayarak tahsilatın tamamının bankaya ödendiği, akabinde tahsil edilen paralar nedeniyle alınması gereken, ancak Bankalar Kanununun ilgili maddesi hükmü uyarınca alınmayan ve mükellefi borçlu davacı olan harçların tahsili için harç tahsil müzekkereleri düzenlenerek vergi dairesine gönderildiği, bu harçların ödenmemesi üzerine de tahsilleri amacıyla dava konusu ödeme emirlerinin düzenlendiğinin anlaşıldığı, olayda, davacının bankaya olan borçları nedeniyle hakkında icra takibinin başlatıldığı ve bu takip sonucu tahsilat yapıldığı hususunda ihtilaf bulunmadığı, icra tahsil harcının mükellefi, borçlu olduğundan, Bankalar Kanunu hükümlerine göre tahsil edilen tutarlardan kesinti yapılamayacağının açık olduğu, bu durumda, sözkonusu harçların tahsili amacıyla davacı

adına düzenlenen ödeme emirlerinde isabetsizlik görülmediği gerekçesiyle reddeden Eskişehir 1. Vergi Mahkemesinin 30.3.2006 tarih ve E:2005/914, K:2006/201 sayılı kararının; Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararlarına göre icra tahsil harcının kendilerinden tahsil edilemeyeceği düzenlenen ödeme emirlerinin iptalinin gerektiği ileri sürülerek bozulması istenilmektedir.

Savunmanın Özeti : Temyiz isteminin reddi gerektiği savunulmaktadır.

Danıştay Savcısı Buket Oral'ın Düşüncesi : Uyuşmazlıkta, davacının Bankaya olan borçları nedeniyle icra takibine başlandığı, yapılan tahsilatlardan Bankalar Kanununun 14/5-c maddesi gereği harç kesintisi yapılmayarak tamamının bankaya ödendiği, ödenmeyen tahsil harcının icra müdürlüğüne düzenlenen harç tahsil müzekkeresine dayanılarak ödeme emri ile davacıdan istenildiği anlaşılmaktadır.

Davacının ileri sürdüğü iddiaların bu aşamada incelenmesi mümkün olmayıp, icra tetkik mercine yapılacak itirazda ileri sürülmesi ve incelenmesi gerekeceğinden, Mahkemece verilen kararda isabet görülmemiştir.

Bu nedenle temyiz isteminin kabulü ile Mahkeme kararının bozulmasının uygun olacağı düşünülmektedir.

Tetkik Hakimi Güneş Kurtoğlu Karacık'ın Düşüncesi : 492 sayılı Harçlar Kanununun 123. maddesinin 5035 sayılı Kanunun 31. maddesiyle değişen son fıkrası hükmü uyarınca bankalar tarafından kullanılan kredilerin geri ödemelerine ilişkin bütün işlemler icra tahsil harcından muaf olduğundan, düzenlenen ödeme emirlerinde isabet bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle Vergi Mahkemesi kararının bozulması gerekeceği düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Dokuzuncu Dairesince işin gereği görüşüldü:

Uyuşmazlık, bankalarca kullanılan kredilerin icra yoluyla geri ödemelerini tahsillerini sağlamak amacıyla yapılan işlemlerin icra tahsil harcına tabi olup olmadığına ilişkin bulunmaktadır.

492 sayılı Harçlar Kanununun 123. maddesinin 2.1.2004 tarihli 5035 sayılı Kanunun 31. maddesiyle değişen son fıkrasında, anonim, eshamlı komandit ve limited şirketlerin kuruluş, sermaye artırımı, birleşme, devir, bölünme ve nev'i değişiklikleri nedeniyle yapılacak işlemler ile bankalar, yurt dışı kredi kuruluşları ve uluslararası kurumlarca kullanılacak kredilerin temini ve bunların teminatları ile geri ödemelerine ilişkin işlemlerin harca tabi tutulmayacağı hükme bağlanmıştır.

Yukarıda anılan Kanun maddesine dayanılarak çıkarılan Maliye Bakanlığı'nın 1.11.2005 tarih ve 2005/1 sayılı Harçlar Kanunu Sirkülerinde de; bankalar, özel finans kurumları, yurt dışı kredi kuruluşları ve uluslararası kurumlarca kullanılan kredilerin vadesinde ödenememesi sebebiyle kredi borçlusunun veya kefillerinin, borca karşılık teminat gösterilen gayrimenkullerinin krediyi kullandırılan kuruluş tarafından satın alınması halinde istisnanın, sözkonusu gayrimenkullerin kredi kuruluşunun aktifine girmesine kadar geçecek süreçte noterde, yargıda, icrada ve tapuda yapılacak işlemler nedeniyle doğacak harçlarla sınırlı olduğu, şirket aktifine kaydedilen gayrimenkullerin daha sonra satılması işlemlerinin harçtan bağımsız tutulmasına imkan bulunmadığı düzenlemesine yer verilmiştir.

Maliye Bakanlığı Gelir İdaresi Başkanlığı'nın 6.7.2007 tarih ve 060117 sayılı yazısında, Harçlar Kanununun 123. maddesinde yer alan bankalar, yurt dışı kredi kuruluşları ve uluslararası kurumlarca kullanılacak kredilerin temini ve bunların teminatları ile geri ödemelerine ilişkin işlemlere uygulanacak harç istisnasının, Kanunda öngörülen tüm harçları kapsayacak şekilde uygulamasına devam edilmesinin ve bu kapsamda mahkeme ve icra dairelerinde tahsil olunan harçların da ilgililerin talebi halinde iade edilmesinin gerektiği, 6.2.2008 tarih ve 2008/1 sayılı Harçlar Kanunu İç Genelgesinde de, Kanunda sayılan

kuruluşlar tarafından kullanılan kredilerin temin edilmesi, krediler için teminat verilmesi ve kredilerin geri ödenmesi ile ilgili olarak noterde, yargıda, icrada ve tapuda yapılacak işlemlerin her türlü harçtan istisna bulunduğu, bankalarca kullanılan kredilerin geri dönüşüne ilişkin olarak icrada yapılan işlemler sırasında tahsil olunan başvuru harcının, ilamsız takiplerde peşin harcin ve icra tahsil harçlarının da bu kapsamında değerlendirilmesinin gerektiği, bu nedenle kredinin geri dönüşüne ilişkin olmak kaydıyla, icra dairelerince tahsil edilen başvuru harcı, ilamsız takiplerde peşin harç ve icra tahsil harcının, sözkonusu harcı ödeyen kişinin başvurusu halinde, kredinin borçlusu veya alacaklısı ayrımı yapılmaksızın iade edilmesinin gerektiği belirtilmiştir.

213 sayılı Vergi Usul Kanununun 3. maddesinin (A) fıkrasının, 2. bendinde, vergi kanunlarının lafzı ve ruhu ile hüküm ifade ettiği, lafzın açık olmadığı hallerde vergi kanunlarının hükümlerinin, konuluştaki maksat, hükümlerin kanunun yapısındaki yeri ve diğer maddelerle olan bağlantısı gözönünde tutularak uygulanacağı hükme bağlanmıştır.

Bu hükümler ve düzenlemelerden bankalar tarafından müşterilerine kullanılan kredilerin rızaen geri ödenmemesi durumunda gerçekleştirilen cebren tahsil işlemlerinin de, sözkonusu kredilerin geri ödemelerine ilişkin işlemler kapsamında olduğu sonucu çıkmaktadır.

Dosyanın incelenmesinden, davacının ... Bankası T. A. Ş.'ne olan borçları nedeniyle icra takibine başlandığı, yapılan tahsilatlardan 5020 sayılı Bankalar Kanununun 14/5-c maddesi uyarınca harç kesintisi yapılmayarak tamamının Bankaya ödendiği, davacı tarafından ödenmeyen icra tahsil harcının Eskişehir 5. İcra Müdürlüğüne düzenlenen harç tahsil müzekkeresine dayanılarak dava konusu ödeme emirlerinin düzenlendiği anlaşılmış olup yukarıda belirtilen Yasa'nın açık hükmü karşısında, bankalar tarafından kullanılan kredilerin geri ödemelerine ilişkin bütün işlemler, kredinin borçlusu veya alacaklısı ayrımı yapılmaksızın harçtan muaf olduğundan, dava konusu ödeme emirlerinde isabet görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle temyiz isteminin kabulüne, Eskişehir 1. Vergi Mahkemesi'nin 30.3.2006 tarih ve E:2005/914, K:2006/201 sayılı kararının bozulmasına 15.10.2008 tarihinde oybirliği ile karar verildi.

KAMU ALACAKLARININ TAHSİLİ

T.C.
DANIŞTAY
Dokuzuncu Daire
Esas No : 2007/3195
Karar No : 2008/4481

Özeti : 213 sayılı Kanun'un 11. maddesi uyarınca, müteselsil sorumlu tutulan mükellefler hakkında, takibe ödeme emri ile başlanabileceği hakkında.

Kararın Düzeltilmesini İsteyen : Kadıköy Vergi Dairesi Müdürlüğü

Karşı Taraf : ... Yapı San. ve Taah. Tic. Ltd. Şti.

Vekili : Av. ...

İstemin Özeti : Davacının, mal aldığı ... Metal San. Ltd. Şti. tarafından hazineye intikal ettirilmeyen katma değer vergisinden müteselsilen sorumlu tutularak adına 213 sayılı Vergi Usul Kanununun 11. maddesi uyarınca düzenlenen ödeme emirlerinin iptali istemiyle açılan davayı kabul eden İstanbul 6.Vergi Mahkemesi kararını onayan Danıştay 9. Dairesinin

21.2.2007 tarih ve E:2005/2467, K:2007/504 sayılı kararının; 213 sayılı Kanunun 11. maddesi gereğince müteselsil sorumlu tutulan mükellefler hakkında takibe ödeme emri ile başlanılmasında hukuka aykırılık bulunmadığı ileri sürülerek düzeltilmesi istenilmektedir.

Savunmanın Özeti : Karar düzeltme isteminin reddi gerektiği savunulmaktadır.

Danıştay Savcısı Buket Oral'ın Düşüncesi : Kararın düzeltilmesi dilekçesinde ileri sürülen nedenler, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 54. maddesinde yazılı nedenlerden hiçbirisine uymadığından, istemin reddi gerekeceği düşünülmektedir.

Tetkik Hakimi Fatih Torun'un Düşüncesi : Karar düzeltme isteminin kabulü gerektiği düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Dokuzuncu Dairesince işin gereği görüşüldü:

Kararın düzeltilmesine ilişkin istem, 2577 Sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 54. maddesine göre yerinde görüldüğünden Danıştay Dokuzuncu Dairesinin 21.2.2007 tarih ve E:2005/2467, K:2007/504 sayılı kararı ortadan kaldırıldıktan sonra dosya yeniden incelendi;

Davacının, mal aldığı ... Metal San. Ltd. Şti. tarafından hazineye intikal ettirilmeyen katma değer vergisinden müteselsilen sorumlu tutularak adına 213 sayılı Vergi Usul Kanununun 11. maddesi uyarınca düzenlenen ödeme emrinin iptali istemiyle açılan davayı kabul eden vergi mahkemesi kararının temyizen incelenerek bozulması istenilmektedir.

Vergi Mahkemesince, davacının söz konusu verginin tarh ve tahakkuk safhalarından haberdar edilerek savunma hakkının tanınması gerekirken, doğrudan ödeme emri düzenlenmesinde isabet bulunmadığı gerekçesiyle ödeme emirlerinin iptaline karar verilmiştir.

213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun 11. maddesinin 1. fıkrasında; yaptıkları veya yapacakları ödemelerden vergi kesmeye mecbur olanların, verginin tam olarak kesilip ödemesinden ve bununla ilgili diğer ödevleri yerine getirmekten sorumlu oldukları, aynı maddeye 3239 sayılı Kanunun 2. maddesiyle eklenen 3. fıkrasında ise, mal alım ve satım ve hizmet ifası dolayısıyla vergi kesintisi yapmak ve vergi dairesine yatırmak zorunda olanların, bu yükümlülüklerini yerine getirmemeleri halinde verginin ödenmesinden, alım satım taraf olanlar, hizmetten yararlananlar ve aralarında doğrudan veya hisimlik nedeniyle ya da sermaye, organizasyon veya yönetimine katılmak veya menfaat sağlamak suretiyle dolaylı olarak ilişkide bulunduğu tespit olunanların müteselsilen sorumluluğu bulunduğu hükme bağlanmıştır.

Aynı maddenin 6. fıkrasında ise, müteselsil sorumluluğun şartları, sınırları ve bu konuya ilişkin usul ve esasların Maliye Bakanlığınca belirleneceği düzenlenmesine yer verilmiştir.

Maddenin gerekçesinde, kesilen vergiler ile tahsil edilen katma değer vergilerinin mutlaka vergi dairesine yatırılmasının amaçlandığı belirtilmiş olup, vergiyi kestiği veya tahsil ettiği halde vergi dairesine yatırmayanları zorlamak ve bu görevlerini yerine getirmelerini sağlamak için alım satım taraf olanlar ve hizmetten yararlananlar müteselsilen sorumlu tutularak gerçek yükümlünün bu görevini yapmasını ve özellikle paravan şirket kurulmasını önlemek maksadıyla sözkonusu hükmün 11.maddeye eklendiği vurgulanmıştır.

213 sayılı Vergi Usul Kanununun 11. maddesinin 6. fıkrasının verdiği yetkiye dayanarak Maliye Bakanlığınca yayımlanan 70 seri nolu Katma Değer Vergisi Genel Tebliğinin 5. Bölümünde ve bu Tebliği yürürlükten kaldıran 84 seri nolu Katma Değer Vergisi Genel Tebliğinin III. Bölümünün 2. Kısımında müteselsil sorumluluğun uygulanmasına ilişkin usul ve esaslar hakkında birbirine paralel düzenlemelere yer verilmiştir. Anılan tebliğ hükümlerinde, verginin, mükellef adına tarh ve tahakkuk ettirileceği ve öncelikle mükelleften aranacağı, mükellef dışındaki kişilerden (müteselsil sorumludan) yapılacak takibe ise ödeme emri tebliği suretiyle başlanılacağı belirtilmiş, bu esaslar dikkate alınarak mükellef tarafından

beyan edilen ancak, ödenmeyen vergi ile ilgili olarak; mükellefe, bilinen adreslerinde bulunamadığından ödeme emri tebliğ edilememiş olması, veya kendisine ödeme emri tebliğ edilen mükellefin mal beyanında bulunmamış, vergi dairesince de malı tespit olunamamış veya beyan edilen veya vergi dairesince tespit olunan malların amme alacağını karşılamayacağını anlaşılmış olması hallerinde vergi aslı, varsa gecikme faizi ve gecikme zammı için mükellef dışındaki müteselsil sorumlu nezdinde ödeme emri ile takibe başlanılacağı düzenlenmesine yer verilmiştir.

Yukarıda metni verilen kanun ve genel tebliğ hükümlerine göre müteselsil sorumlu tutulan mükellefler için öngörülen sorumluluk çerçevesinde haklarında takibata geçilebilmesi için ziyaa uğratılan vergilerin asıl mükellef açısından miktar ve mahiyet itibarıyla kesinleşmesi gerekmekte olup ziyaa uğratılan verginin, miktar ve mahiyetinin kesinleşmesinden sonra müteselsil sorumlu tutulan mükelleflerden müteselsil sorumluluk kapsamında istenmesi mümkün olacaktır.

Diğer bir ifadeyle, müteselsil sorumluluğu vergi inceleme raporu ile tespit edilen mükellefler hakkında vergi dairelerince yapılacak takibatın, vergi tahakkukunun kesinleşmesinden sonra başlatılacağı ve tahakkuku kesinleşen verginin tahsiline yönelik olduğu anlaşılmaktadır.

Bunun yanı sıra, 213 sayılı Kanunun 11/3. maddesinde yer alan "verginin ödenmesinden" ibaresinden de, müteselsil sorumlu tutulan mükellefler için öngörülen sorumluluğun tarhiyat ve tahakkuk safhasına ilişkin olmadığı, asıl mükellef adına kesinleşen verginin tahsiline ilişkin olduğu sonucuna ulaşılmaktadır.

Bu durumda, vergi mahkemesince, takibe konu vergi alacağının kesinleşip kesinleşmediği hususunun araştırılması ve kesinleşmiş olduğunun belirlenmesi halinde davacı iddialarının kendisine ödeme emri tebliğ olunan şahsın ileri süreceği iddialar kapsamında olup olmadığının incelemesi ve olayda davacının müteselsil sorumluluğuna gidilebilmesi için gerekli olan ve 213 sayılı Kanunun 11. maddesinde sayılan koşulların mevcudiyeti de irdelenmek suretiyle karar verilmesi gerekirken, yukarıda belirtilen gerekçeyle ödeme emirlerinin iptaline karar verilmesinde hukuki isabet görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle temyiz isteminin kabulü ile İstanbul 6. Vergi Mahkemesinin 6.4.2005 tarih ve E:2004/2314, K:2005/732 sayılı kararının bozulmasına 8.10.2008 tarihinde oybirliği ile karar verildi.

T.C.
DANIŞTAY
Dokuzuncu Daire

Esas No : 2008/5719

Karar No : 2008/5686

Özeti : Borçlu şirketten tahsil edilemeyen amme alacağının, şirketin ortağı olan davacıdan tahsili yoluna gidilirken, ödeme emrine takibin hangi kanun maddesi hükmü uyarınca yapıldığının, açıkca yazılması gerektiği hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan: Bursa Vergi Dairesi Başkanlığı

Karşı Taraf : ...

Vekili : Av. ...

İstemin Özeti : ... Gıda İnşaat Pazarlama San. ve Tic. Ltd. Şti. 'nden tahsil edilemeyen 2002/Mart dönemine ait katma değer vergisi, vergi ziyası cezası ve gecikme faizinin, bu şirketin 15.7.2002 tarihine kadar %50, bu tarihten sonra da %10 hisseli ortağı

olan davacıdan belirtilen hisseleri oranında tahsili amacıyla 213 sayılı Vergi Usul Kanununun 10 ve 6183 sayılı Kanunun mükerrer 35. maddeleri uyarınca düzenlenen ödeme emrinin iptali istemiyle açılan davayı; 213 sayılı Vergi Usul Kanununun 10. maddesinin 1. 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, tüzel kişiliği olmayan teşekkülleri idare edenler ve varsa bunların temsilcileri tarafından yerine getirileceği, ikinci fıkrasında ise, yukarıda yazılı olanların bu ödevleri yerine getirmemeleri yüzünden mükelleflerin veya vergi sorumlularının varlığından tamamen veya kısmen alınamayan vergi ve buna bağlı alacakların, kanuni ödevlerini yerine getirmeyenlerin varlıklarından alınacaklarının, 213 sayılı Kanunun anılan 10. maddesi ile paralel bir hüküm arz eden 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanunun mükerrer 35. maddesinde de; tüzel kişilerle küçüklerin ve kısıtlıların, vakıflar ve cemaatler gibi tüzel kişiliği olmayan teşekküllerin mal varlığından tamamen veya kısmen tahsil edilemeyen veya tahsil edilemeyeceği anlaşılan amme alacaklarının, kanuni temsilcilerin ve tüzel kişiliği olmayan teşekkülü idare edenlerin şahsi mal varlıklarından, bu Kanun hükümlerine göre tahsil edileceğinin, 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanunun 35. maddesinde de; yukarıda belirtilen 213 sayılı Kanunun 10. ve 6183 sayılı Kanunun mükerrer 35. maddelerinden tamamen farklı olarak, limited şirket ortaklarının şirketten tahsil imkanı bulunmayan amme alacağından sermaye hisseleri oranında doğrudan doğruya sorumlu olduğu ve ayrıca bu Kanun hükümleri gereğince takibe tabi tutulacaklarının hükme bağlandığı, 213 sayılı Kanunun 10. maddesi ile 6183 sayılı Kanunun mükerrer 35. maddesi paralel nitelikte hükümler olmakla birlikte aralarında uygulanma alanları ve sorumluluk koşulları başta olmak üzere çeşitli farklılıkların mevcut olduğu, ilkinin vergi ve buna bağlı borçlardan dolayı kanuni temsilcilerin kusura dayalı sorumluluğunu, ikincisinin de diğer amme alacakları için aynı sorumluluğu kusur şartı aranmaksızın düzenlediği ve kanuni temsilcileri sorumlu tuttuğu, buna mukabil 6183 sayılı Yasa'nın 35. maddesinin ise, bu iki hükümden bütünüyle farklı olarak limited şirket ortaklarının sermaye hisseleri oranında doğrudan sorumluluklarına ilişkin özel bir hüküm olduğu, diğer taraftan, 6183 sayılı Kanunun "Ödeme Emri" başlıklı 55/2. maddesi uyarınca ödeme emrinde; borcun asıl ve ferilerinin mahiyet ve miktarının, nereye ödeneceğinin, müddetinde ödenmediği takdirde nasıl bir usul takip edileceği hususunda muhatabı bilgilendirici ifadelerin bulunmasının kanun gereği olduğu, bu hususları belirtmenin borçlunun buna karşı ileri sürebileceği savunma sebeplerinden, ödemek ya da kanuni yollara başvurmak gibi alternatiflerden hangisine yöneleceğine karar verebilmesi noktasında belirleyici olacağı, buna ek olarak borçlu tarafından dava açma yoluna gidilmesi halinde yargı merciileri önünde savunma hakkının sağlıklı bir biçimde kullanılabilmesi adına düzenlenen ödeme emrine kanuni dayanağın (takibin hangi kanun hükmü uyarınca yapıldığının) tereddüte yer bırakmayacak şekilde yazılmasının gerektiği, olayda, davacı adına düzenlenen ödeme emrinde borcun kaynağı olan vergilerin türü, dönemi, vadesi belirtilerek ve ödeme emrinin davacının ortak olduğu dönemler dikkate alınarak hissesi oranında düzenlendiği anlaşılmakta ise de; şirket ortağı olan ve yukarıda yer verilen 6183 sayılı Yasa'nın 35. maddesi hükmü uyarınca sorumluluğu sermaye hissesi ile sınırlı olan davacı adına düzenlenen ödeme emrinde, ancak kanuni temsilcilerin sorumlu tutulabileceği 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun 10. ve 6183 sayılı Yasa'nın mükerrer 35. maddesine istinaden düzenlendiğinin belirtildiği, ayrıca savunma dilekçesinde verginin doğduğu dönemde şirket ortağı olan davacı adına 213 sayılı Yasa'nın 10. ve 6183 sayılı Yasa'nın mükerrer 35. maddeleri uyarınca düzenlenen ödeme emrinde isabetsizlik bulunmadığının savunulduğunun görüldüğü, bu durumda, farklı kanuni takipleri öngören, sonuçları itibarıyla birbirinden tamamen farklı hukuki durumlar oluşturan yukarıda yer verilen hükümlerin bir arada uygulanmaya çalışıldığı, öyle ki davacının kanuni temsilci olarak sorumlu tutulduğunda farklı, ortak olarak sorumlu tutulduğunda farklı miktarlarda sorumlu olacağı, daha da önemlisi davacının dava açma ve savunma hakkını kullanırken öne

süreçeği iddiaları ortaya koyabilmesi için adına düzenlenen ödeme emrinin çelişkili bilgiler içermemesi gerektiği hususları gözönüne alındığında, dava konusu ödeme emrinde bu yönüyle hukuka uyarlık bulunmadığı gerekçesiyle kabul eden Bursa 2. Vergi Mahkemesinin 26.5.2008 tarih ve E:2007/1300, K:2008/975 sayılı kararının; düzenlenen ödeme emrinin yasal olduğu 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 : 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 1.12.2008 tarihinde oybirliği ile karar verildi.

VERGİ USULÜ

T.C.

DANIŞTAY

Dokuzuncu Daire

Esas No : 2007/87

Karar No : 2008/2306

Özeti : Uzlaşma sonrası davalı idarece hata yapıldığından bahisle, uzlaşma tutanağının iptali ile uzlaşma talebinin reddine dair işlem tebliğ edilen davacıya, bu işlem sonrası uzlaşmaya konu cezalı tarhiyat için yeniden ihbarname, beyana dayalı vergiler içinde tahakkuk fişi düzenlenerek tebliğ edilmesi gerekirken, davalı idarece verginin yeniden tarh ve tahakkuku yoluna gidilmeyerek, doğrudan düzenlenmesinde isabet bulunmadığı hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan : ... Tekstil San. Tic. Ltd. Şti.

Vekili : Av. ...

Karşı Taraf : Kocasinan Vergi Dairesi Müdürlüğü

İstem Özet : Davacı adına, 2002 ila 2006 yıllarının muhtelif dönemlerine ilişkin vergi borçlarının tahsili amacıyla düzenlenip tebliğ edilen ödeme emirlerinin iptali istemiyle açılan davayı; 6183 sayılı Kanunun 54.ve 55.maddelerinde, kesinleşen ve

vadesinde ödenmeyen amme alacaklarının ödeme emri ile tahsili yoluna gidileceğinin hüküm altına alındığı, olayda, inceleme raporlarına dayalı olarak re'sen tarh edilen cezalı katma değer vergileri ile beyana göre tahakkuka bağlanan ve vadesinde ödenmeyen eğitime katkı payı, özel işlem vergisi ve damga vergilerine ilişkin uzlaşma başvurusunun reddedildiği, dava konusu yapılmayan ve vadesinde de ödenmeyen söz konusu vergilerin takip ve tahsili amacıyla dava konusu ödeme emirlerinin tanzim ve tebliği yolunda tesis edilen işlemde ve ödeme emirlerinde isabetsizlik bulunmadığı gerekçesiyle reddeden İstanbul 4. Vergi Mahkemesinin 13.9.2006 tarih ve E.2006/1369, K.2006/1858 sayılı kararının; ödeme emirlerine konu cezalı tarhiyatın nedeni olan ve düzenlediği faturalardaki katma değer vergisi indirimi reddedilen ... İplik ve Tekstil San. ve Tic. Ltd. Şti. hakkında yapılan tarhiyatlara karşı açılan davanın kabul edilmesi ile alacaklı duruma geçecekleri ve herhangi bir vergi borcunun kalmayacağı, anılan tarhiyatlar nedeniyle 29.7.2005 tarihinde uzlaşma tutanağını imzalayan idarece 24.10.2005 tarihinde uzlaşmanın yasaya aykırı olduğundan bahisle uzlaşma talebinin reddedilmesinin hukuka aykırı olduğu ve suç teşkil ettiği, idarenin yanıltması ile önceki işlemler için yasal sürelerin kaçırıldığı ileri sürülerek bozulması istenilmektedir.

Savunmanın Özeti : İhtilafsız olarak kesinleşen tarhiyatlar tahakkuka bağlanmak suretiyle dava konusu ödeme emirleri düzenlenerek cebri tahsilata gidilmesinin yasal olduğu, davacı 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 Seran Karatari'nin Düşüncesi : Davalı idarece hata yapıldığından bahisle uzlaşma işleminin geri alınması neticesinde uzlaşma konusu ihbarnamelere karşı dava açma hakkı yitiren davacıya uzlaşmaya konu cezalı tarhiyat için yeniden ihbarname düzenlenilerek tebliğ edilmesi gerekirken uzlaşma komisyonu kararının iptali ile ödeme emri gönderilmek suretiyle doğrudan cebri icra yoluna gidilmesinde isabet bulunmadığından temyiz isteminin kabulü gerekeceği düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Dokuzuncu Dairesince işin gereği görüşüldü:

Uyuşmazlıkta, davacı adına 2002 ila 2006 yıllarının muhtelif dönemlerine ilişkin vergi borçlarının tahsili amacıyla düzenlenip tebliğ edilen ödeme emirlerinin iptali istemiyle açılan davayı reddeden Vergi Mahkemesi kararının temyizen incelenerek bozulması istenilmektedir.

Dosyanın incelenmesinden, davacı adına düzenlenen vergi inceleme raporlarına istinaden tarh edilen vergi ve cezaların davacıya 12.5.2005 tarihinde tebliğ edildiği, davacının 1.6.2005 tarihli uzlaşma talebi üzerine 29.7.2005 tarihinde uzlaşmaya varıldığı, bu durumu saptayan tutanaktan sonra davalı idarece 213 sayılı Yasanın Ek 1.maddesi uyarınca, 344/3.maddesine göre vergi ziyai cezası kesilen tarhiyata ilişkin vergi ve cezaların uzlaşma kapsamına girmediğinden bahisle 29.7.2005 tarih ve 2005/246 sayılı uzlaşma tutanağının iptali ile 1.6.2005 tarihli uzlaşma talebinin reddine dair işlemin 24.10.2005 tarihinde davacıya tebliğ edildiği, ihtilafsız olarak kesinleşen cezalı tarhiyatların tahsili için düzenlenen dava konusu ödeme emirlerinin ise 17.4.2006 tarihinde davacıya tebliğ edildiği anlaşılmaktadır.

Bir idari işlem geri alınmakla tesis edilen ilk işlem bütün sonuçlarıyla ortadan kalkar. Mükellefin, uzlaşma talebi kabul edilerek uzlaşmaya varıldıktan ve uzlaşmaya dair tutanak düzenlendikten sonra bu işlemin geri alınması halinde, vergi dairesince mükellef adına yeni baştan ihbarname düzenlenmesi ve mükellefin bu ihbarname üzerine yargı yerine başvurma hakkının devam ettiğinin kabul edilmesi, başvurusunun geri çevrilmemesi gerekir. Zira

vergilendirme işlemi şekle bağlı bir işlem olduğundan, olayda olduğu gibi istemin önce kabul edilip, sonra reddedilmesi ve mükellefin bu nedenle yanıltılarak dava açma hakkının engellenmesi gibi durumlarda idarece mutlaka şekil şartına uyularak yeni bir işlem tesis edilerek verginin yeniden tahakkuk veya ilk tahakkuk işlemi aleyhine dava açma hakkının varlığını kabul etmek gerekir. Aksi halde mükellefin yargı yolunu kapayan ve hukuk güvenliğini kaldıran bir sonuç doğurmuş olacaktır.

Olayda, uzlaşma talebi üzerine 29.7.2005 tarihli tutanak ile varılan uzlaşma sonrası davalı idarece hata yapıldığından bahisle uzlaşma tutanağının iptali ile uzlaşma talebinin reddine dair işlem 24.10.2005 tarihinde tebliğ edilen davacıya, bu işlem sonrası uzlaşmaya konu cezalı tarhiyat için yeniden ihbarname, beyana dayalı vergiler içinde tahakkuk fişi düzenlenerek tebliğ edilmesi gerekirken davalı idarece verginin yeniden tarh ve tahakkuku yoluna gidilmeyerek, mükellefin ilk tarh ve tahakkuk üzerine var olan dava hakkını kullanmasına imkan tanınmayarak uzlaşma komisyonu kararının iptali ile ödeme emri gönderilmek suretiyle doğrudan cebri icra yoluna gidilmesinde isabet bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle, temyiz isteminin kabulü ile İstanbul 4. Vergi Mahkemesinin 13.6.2006 tarih ve E.2006/1369, K.2006/1858 sayılı kararının bozulmasına 7.5.2008 tarihinde oybirliği ile karar verildi.

T.C.
DANIŞTAY
Dokuzuncu Daire
Esas No : 2007/3816
Karar No : 2008/2766

Özeti : Adalet müfettişinin yazısına istinaden, katma değer vergisi tarhiyatı yapılamayacağı hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan : Kadıköy 3. İcra Müdürlüğü adına, Müdür ...

Karşı Taraf : Kadıköy Vergi Dairesi Müdürlüğü

İstemin Özeti : Kadıköy 3. İcra Müdürlüğünce açık artırma suretiyle satılan dairenin satış bedeli üzerinden %18 katma değer vergisi tahsil edilmesi gerekirken eksik olarak %1 katma değer vergisi tahsil edildiğinin tespit edildiğinden bahisle adına salınan vergi ziyai cezalı katma değer vergisinin kaldırılması istemiyle açılan davayı; 213 sayılı Kanunun "vergi hatalarının ortaya çıkarılması" başlıklı 119/3 maddesinde, hatanın teftiş sırasında ortaya çıkması durumunun düzenlendiği, 2002/4480 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile düzenlenen listede, 150 m²'ye kadar konut teslimlerinde katma değer vergisi oranının % 1 olarak belirlendiği, dosyanın incelenmesinden Kadıköy 3. İcra iflas Müdürlüğünce satışı yapılan taşınmaz üzerinde yaptırılan bilirkişi incelemesi sonucunda, taşınmazın alanının 149 m² olarak bildirilmesi üzerine taşınmazın satış bedeli üzerinden % 1 oranında katma değer vergisi kesintisi yapılarak davalı vergi dairesine yatırıldığı, daha sonra adalet müfettişi tarafından yapılan incelemede Kadıköy Belediyesi İmar İşleri Genel Müdürlüğünden taşınmazın alanının brüt 193 m², net 174 m² olarak bildirildiği, bu tespit üzerine % 17 fark matrah oranı üzerinden dava konusu cezalı tarhiyatın yapıldığının anlaşıldığı, bu durumda, taşınmazın gerçek alanının tespiti sırasında taşınmazın bulunduğu belediyeden geniş kapsamlı bir inceleme yapılmadan % 1 oranında kesinti yapılması üzerine % 17 fark matrah üzerinden yapılan cezalı tarhiyatta hukuka aykırılık bulunmadığı gerekçesiyle reddeden İstanbul 9. Vergi Mahkemesinin 16.2.2007 tarih ve E:2004/1686, K:2007/270 sayılı kararının; taşınmazın net alanının bilirkişi incelemesi sonucu belirlendiği, bu konuda icra dairelerinin bir sorumluluğu bulunmadığı, sadece verginin tahsil edilip vergi dairesine yatırılmasından sorumlu oldukları ileri sürülerek bozulması istenilmektedir.

Savunmanın Özeti : Yasal dayanaktan yoksun bulunan temyiz isteminin reddi gerektiği savunulmaktadır.

Danıştay Savcısı Mehmet Sağlam'ın Düşüncesi : Vergi Usul Kanununun 134. maddesinin değerlendirilmesinden, vergi incelemesinin, vergilerin doğruluğunu araştırmak, tespit etmek ve sağlamaya yönelik olduğu anlaşılmış, 135'nci maddesinde ise, söz konusu vergi incelemesini yapmaya yetkili olanlar açık bir şekilde gösterilmiş olup adalet müfettişleri, bu maddede vergi incelemesi yapmaya yetkili olan kişiler arasında sayılmadığından olayda, Kadıköy 3. İcra Müdürlüğü işlemleri üzerinde adalet müfettişinin yaptığı inceleme sonucu vergi dairesine gönderdiği yazı dikkate alınarak yapılan vergi ziyai cezalı katma değer vergisi tarhiyatında hukuka uyarlık bulunmadığı anlaşılmaktadır.

Açıklanan nedenlerle, vergi mahkemesince davanın reddi yolunda verilen temyize konu kararın bozulması gerektiği düşünülmektedir.

Tetkik Hakimi Fatih Torun'un Düşüncesi : Vergi Usul Kanununun 135'nci maddesinde vergi incelemesi yapmaya yetkili olanlar açık bir şekilde gösterilmiş, ancak, adalet müfettişleri, bu maddede sayılan vergi incelemesi yapmaya yetkili olan kişiler arasında sayılmamıştır.

Bu nedenle vergi dairesince 213 sayılı Kanunun sözü edilen madde hükmüne göre vergi incelemesi yapmaya yetkili olanlar tarafından bir inceleme yapılmadan adalet müfettişinin Kadıköy 3. İcra Müdürlüğü işlemleri üzerinde yaptığı inceleme sonucu yazdığı yazı esas alınarak yapılan dava konusu cezalı tarhiyata karşı açılan davayı reddeden vergi mahkemesi kararının bozulması gerektiği düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Dokuzuncu Dairesince işin gereği görüşüldü:

Kadıköy 3. İcra Müdürlüğüne açık artırma suretiyle satılan dairenin satış bedeli üzerinden %18 katma değer vergisi tahsil edilmesi gerekirken eksik olarak %1 katma değer vergisi tahsil edildiğinin tespit edildiğinden bahisle adına salınan vergi ziyai cezalı katma değer vergisinin kaldırılması istemiyle açılan davayı reddeden vergi mahkemesi kararının temyizen incelenerek bozulması istenilmektedir.

213 sayılı Vergi Usul Kanununun 134 maddesinde, vergi incelemesinden maksadın, ödenmesi gereken vergilerin doğruluğunu araştırmak, tespit etmek ve sağlamak olduğu hükme bağlanmış, aynı Kanunun "incelemeye yetkililer" başlıklı 135. maddesinde vergi incelemesinin; hesap uzmanları, hesap uzman yardımcıları, ilin en büyük malmemuru, vergi denetmenleri, vergi denetmen yardımcıları veya vergi dairesi müdürleri tarafından yapılacağı, Maliye Müfettişleri, Maliye Müfettiş Muavinleri, Gelirler Kontrolörleri ve Stajyer Gelirler Kontrolörlerinin her hal ve takdirde vergi incelemesine yetkili olduğu belirtilmiştir.

Dosyanın incelenmesinden, Kadıköy İlçesi, Tuğlacıbaşı Mahallesi, ... pafta, ... ada, ... parselde kayıtlı taşınmazın imar durumunun ve satışa esas alınacak değerinin tespiti amacı ile görevlendirilen bilirkişi tarafından düzenlenen raporda, taşınmazın net kullanım alanının 149 m2, değerinin 240.000.000.000 TL olarak bildirildiği, bunun üzerine Kadıköy 3. İcra Dairesince ihaleye ilişkin olarak hazırlanan ihale şartnamesinin sözü edilen bilirkişi raporu esas alınarak hazırlandığı, 27.9.2002 tarihli gayrimenkul satış ilanında taşınmazın 149 m2 olarak ve 240.000.000.000 TL değer üzerinden satışa çıkarıldığının ilan edildiği, 29.11.2002 tarihinde yapılan ikinci ihale ile taşınmazın 146.000.000.000 TL bedelle satıldığı, ihalenin kesinleşmesi üzerine ihale bedeli üzerinden % 1 oranında hesaplanan katma değer vergisinin alıcıdan tahsil edilerek 21.1.2004 tarihinde vergi dairesine yatırıldığı, daha sonra icra daireleri nezdinde adalet müfettişlerince yapılan 2004 yılı olağan teftiş sırasında adalet müfettişi tarafından, ihalesi yapılan söz konusu taşınmazın Kadıköy Belediyesi İmar Müdürlüğünden net alanının sorulması üzerine gelen cevabi yazıda taşınmazın net alanının 174 m2 olarak bildirildiği, bu durumun adalet müfettişi tarafından 28.5.2004 tarihli yazı ile vergi dairesine

bildirilmesi üzerine 23.6.2004 tarihli ihbarname ile dava konusu vergi ziyaı cezalı katma değer vergisi tarhiyatının yapıldığı anlaşılmaktadır.

Vergi Usul Kanununun 134. maddesinin değerlendirilmesinden, vergi incelemesinin, vergilerin doğruluğunu araştırmak, tespit etmek ve sağlamaya yönelik olduğu anlaşılmış, 135'nci maddesinde ise, söz konusu vergi incelemesini yapmaya yetkili olanlar açık bir şekilde gösterilmiş, ancak, adalet müfettişleri, bu maddede sayılan vergi incelemesi yapmaya yetkili olan kişiler arasında sayılmamıştır.

Olayda, icra dairelerinin 2004 yılı olağan teftişi sırasında Kadıköy 3. İcra Müdürlüğü işlemleri üzerinde adalet müfettişinin yaptığı inceleme sonucu vergi dairesine gönderdiği yazı dikkate alınarak tarhiyat yapıldığı anlaşılmakta olup, 213 sayılı Kanunun sözü edilen madde hükmüne göre vergi incelemesi yapmaya yetkili olanlar tarafından bir inceleme yapılmadan adalet müfettişinin Kadıköy 3. İcra Müdürlüğü işlemleri üzerinde yaptığı inceleme sonucu yazdığı yazı esas alınarak yapılan dava konusu vergi ziyaı cezalı katma değer vergisi tarhiyatında hukuka uyarlık bulunmadığı anlaşıldığından vergi mahkemesince bu husus dikkate alınmadan yazılı gerekçe ile davanın reddi yolunda karar verilmesinde yasal isabet görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle temyiz isteminin kabulü ile İstanbul 9. Vergi Mahkemesinin 16.2.2007 tarih ve E:2004/1686, K:2007/270 sayılı kararının bozulmasına 3.6.2008 tarihinde oybirliği ile karar verildi.

YARGILAMA USULÜ

T.C.
DANIŞTAY
Dokuzuncu Daire
Esas No : 2007/906
Karar No : 2008/2530

Özeti : Dava açma süresinin hastalık veya sair mücbir sebepler halinde durmayacağı, rahatsızlığı nedeniyle davasını bizzat açamayan davacının, davasını her zaman için tayin edeceği bir vekil vasıtasıyla süresinde açmasının mümkün olduğu hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan : ... Yapı İnş. Nakl. Elk. Tekstil San. Tic. Ltd. Şti.

Karşı Taraf : Topçumeydanı Vergi Dairesi Müdürlüğü

İstemin Özeti : Davacı adına 2000/Mart-Temmuz, Eylül, Aralık dönemlerine ilişkin olarak re'sen tarh edilen vergi ziyaı cezalı katma değer vergisi ile kesilen özel usulsüzlük cezasının kaldırılması istemiyle açılan davayı; dosyanın incelenmesinden, dava konusu vergi ziyaı cezalı katma değer vergisi ile özel usulsüzlük cezasına ilişkin ihbarnamelerin davacıya 24.11.2005 tarihinde tebliğ edildiği, uzlaşma talebi üzerine uzlaşma komisyonunca teklif edilen miktarların davacı tarafından kabul edilmemesi nedeniyle uzlaşmaya varılamadığı, davacının ihbarnamelere karşı 30.1.2006 tarihinde Şanlıurfa Asliye Hukuk Hakimliği havalesiyle 8.2.2006 tarihinde kayda giren dilekçe ile dava açtığı, olayda, dava açma süresinin 2577 sayılı Yasanın 7. maddesi uyarınca uzlaşmanın vaki olmadığına dair tutanağın davacıya tebliğinden itibaren 15 gün olduğu, uzlaşmanın sağlanmadığı 28.12.2006 tarihini izleyen günden itibaren işlemeye başlayan dava açma süresinin 12.1.2006 tarihinde sona erdiği, bu tarihin kurban bayramına denk gelmesinden dolayı, tatili izleyen ilk iş günü olan 16.1.2006 tarihinde dava açılması gerekirken bu süre

geçirildikten sonra 30.1.2006 tarihinde açılan davanın esasının incelenme olanağının bulunmadığı gerekçesiyle süre aşımı yönünden reddeden Gaziantep Vergi Mahkemesinin 14.4.2006 tarih ve E:2006/149, K:2006/300 sayılı kararının; dava açmakla yetkili şirket müdürü ...'ın 16.1.2006 tarihinde hastalanması nedeniyle 16.1.2006 ila 31.1.2006 tarihleri arasında raporlu bulunduğu, bu sebeple söz konusu sürede dava ikame edilemediği 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 Seran Karatari'nin 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 görüldü:

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 bulunmamaktadır. Her ne kadar davacı tarafından yetkili şirket müdürünün 16.1.2006 tarihinde hastalanması nedeniyle 16.1.2006 ila 31.1.2006 tarihleri arasında raporlu bulunduğu, bu sebeple söz konusu sürede dava ikame edilemediği ileri sürülmekte ise de; 213 sayılı Vergi Usul Kanununun mücbir sebepler başlığı altında yer alan 13. maddesinin 1. fıkrasında, vergi ödevlerinden birinin yerine getirilmesine engel olabilecek derecede ağır kaza ve ağır hastalık hallerinin mücbir sebep olarak kabulünün gerektiği belirtilmiş olup, anılan Yasanın 13. maddesinde sayılan mücbir sebepler vergi ödevlerinin yerine getirilmesine ilişkin süreleri keseceğinden, vergi ve ceza muhataplarının adlarına tarh olunan vergi ve kesilen cezalara karşı açacakları dava; dava açma sürelerini kesmeyip, dava açma mükellefin ödevlerinden sayılamayacağından ve 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu ile bu Kanunun 31.maddesiyle yollamada bulunan Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun, İdari Yargılama Usulünde tatbik edilmesi gereken maddeleri arasında, dava açma süresinin hastalık veya sair mücbir sebepler halinde duracağına dair bir hüküm de yer almadığından ileri sürülen iddiada isabet bulunmamaktadır. Kaldı ki, rahatsızlığı nedeniyle davasını bizzat açamayan davacının davasını her zaman için tayin edeceği bir vekil vasıtasıyla süresinde açması da mümkündür.

Açıklanan nedenlerle temyiz isteminin reddine ve kararın onanmasına, 28,90 YTL ilam harcının temyiz isteminde bulunandan alınmasına 20.5.2008 tarihinde oybirliği ile karar verildi.

T.C.
DANIŞTAY
Dokuzuncu Daire
Esas No : 2006/2431
Karar No : 2008/4472

Özeti : Vergi mahkemesince merciine tevdi kararı verilebilmesi için, öncelikle davacı tarafından yapılmış bir düzeltme başvurusunun bulunması gerektiği hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan : Sosyal Güvenlik Kurumu Başkanlığı
(T.C. Emekli Sandığı Genel Müdürlüğü)

Vekili : Av. ...

Karşı Taraf : Odunpazarı Belediye Başkanlığı

İstemin Özeti : Davacı kuruma ait taşınmaz nedeniyle 2005 yılı için tahakkuk ettirilen ve 28.11.2005 tarihinde ödenen emlak vergisinin ikinci taksidinin ret ve yasal faizi ile birlikte iadesi istemiyle açılan davada; dosyanın incelenmesinden, mülkiyeti davacı kuruma ait olan ve davalı belediye sınırları içerisinde bulunan eski otogar binası için 2005 yılına ilişkin olarak emlak vergisi tahakkuk ettirildiğinin anlaşıldığı, bu durumda, Emlak Vergisi Kanununun 11/c maddesi gereğince Ocak ayında tahakkuku yapılan ve dava açma süresi geçen emlak vergisinin düzeltilmesi istemiyle önce davalı Belediye Gelir Müdürlüğüne, buradan alınacak cevaba göre de davalı Belediye Başkanlığına karşı şikayet yoluna gidilmesi, bu başvuru yolları tüketildikten sonra dava açılması gerektiği, düzeltme şikayet yolu tüketilmeden doğrudan açılan iş bu davada idari mercii tecavüzünün bulunduğu, bu durumda, dosyanın incelenmesinin merciine tevдинin icap ettiği gerekçesiyle dava dilekçesi ve eklerinin 2577 sayılı Kanunun 15/1-e maddesi uyarınca görevli idari merci olan Odunpazarı Belediye Gelir Müdürlüğüne gönderilmesine karar veren Eskişehir 1. Vergi Mahkemesi'nin 28.12.2005 tarih ve E:2005/1164, K:2005/909 sayılı kararının; davanın süresi içinde açıldığı ve esasının incelenmesinin gerektiği 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 Fatih Torun'un Düşüncesi : 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun "Dilekçeler üzerine ilk inceleme" başlıklı 14. maddesinin 3/b bendinde, dilekçelerin idari merci tecavüzü yönünden inceleneceği, 15. maddesinin (e) bendinde ise, idari merci tecavüzü bulunduğu tespit halinde dilekçelerin görevli idare merciine tevdiine karar verileceği belirtilmiş, 213 Sayılı Kanunun " Vergi Hatalarını Düzeltme ve Reddiyat " başlığını taşıyan Altıncı kısım Üçüncü Bölümünde vergi hatalarının düzeltilmesine ilişkin hükümlere yer verilmiştir.

Yukarıda yer verilen Kanun hükümlerinin değerlendirilmesinden, vergi mahkemesi tarafından merciine tevdi kararı verilebilmesi için, davacı tarafından dava konusu edilen işleme karşı vergi mahkemesinde dava açma süresi geçtikten sonra yaptıkları düzeltme taleplerinin reddolunması ve bu red işlemine karşı süresinde dava açmış olmaları gerekmektedir.

Dosyanın incelenmesinden: davacı kurum tarafından, dava açma süresi içinde veya geçtikten sonra 213 sayılı Yasanın yukarıda sözü edilen maddeleri uyarınca düzeltme yoluna gidilmediği anlaşıldığından , olayda idari merci tecavüzünden sözedilmesi mümkün değildir.

Bunun yanısıra, davacı kurum adına 2005 yılı başından itibaren o yıl için tahakkuk etmiş sayılan emlak vergisine karşı bu tarihten itibaren otuz gün içinde dava açılması gerekmekte olup davacı kurum tarafından bu süre geçirildikten sonra emlak vergisi ikinci taksidinin ödendiği 28.11.2005 tarihinden itibaren otuz gün içinde açıldığı görülmektedir.

Bu durum karşısında, mahkemece bakılan dava hakkında öncelikle ilk inceleme konuları üzerinde bir inceleme yapılması, bir sorun bulunmaması durumunda esası hakkında karar verilmek üzere temyize konu kararın bozulması gerektiği düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Dokuzuncu Dairesince işin gereği görüşüldü:

Davacı kuruma ait taşınmaz nedeniyle 2005 yılı için tahakkuk ettirilen ve 28.11.2005 tarihinde ödenen emlak vergisinin ikinci taksidinin ret ve yasal faizi ile birlikte iadesi istemiyle açılan davada dava dilekçesi ve eklerinin 2577 sayılı Kanunun 15/1-e maddesi uyarınca görevli idari merci olan Odunpazarı Belediye Gelir Müdürlüğüne gönderilmesine karar veren vergi mahkemesi kararının temyizen incelenerek bozulması istenilmektedir.

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 7. maddesinin 1. fıkrasında, vergi mahkemelerinde dava açma süresinin özel kanunlarında ayrı süre gösterilmeyen hallerde 30 gün olduğu, 2. fıkrasının (b) bendinde bu sürenin vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümler ve bunların zam ve cezalarından doğan uyumsuzluklarda, tahakkuku tahsile bağlı olan vergilerde tahsilatın, tebliğ yapılan hallerde veya tebliğ yerine geçen işlemlerde tebliğin, tevkif yoluyla alınan vergilerde istihkak sahiplerine ödemenin, tescile bağlı vergilerde tescilin yapıldığı ve idarenin dava açması gereken konularda ise ilgili merci veya komisyon kararının idareye geldiği tarihi izleyen günden başlayacağı, 14. maddesinin 3622 sayılı Kanunla değişik 3. fıkrasının (b) bendinde, dava dilekçelerinin idari merci tecavüzü yönünden de inceleneceği, 15. maddesinin 1. fıkrasının (e) bendinde ise idari merci tecavüzü halinde dilekçelerin görevli idare merciine tevdiine karar verileceği hükme bağlanmıştır.

Diğer taraftan, 213 sayılı Vergi Usul Kanununun 116 ncı maddesinde vergi hatası, vergiye müteallik hesaplarda veya vergilendirmede yapılan hatalar yüzünden haksız yere fazla veya eksik vergi istenmesi veya alınması olarak tanımlanmış ve bu hatalar, hesap hataları ve vergilendirme hataları başlığı altında 117 ve 118 inci maddelerde iki ayrı grup halinde düzenlenmiş, aynı Kanunun 124 üncü maddesinde de belediye vergileri hakkında vergi mahkemesinde dava açma süresi geçtikten sonra yaptıkları düzeltme talebi reddolunanların şikayet yolu ile Belediye Başkanlığına müracaat edebilecekleri kurala bağlanmıştır.

Yukarıda yer verilen Kanun hükümlerinin değerlendirilmesinden, vergi mahkemesi tarafından merciine tevdi kararı verilebilmesi için, davacı tarafından yasal dava açma süresini herhangi bir nedenle geçirildikten sonra vergi hatasının düzeltilmesi istemiyle düzeltme yoluna başvurulmuş olması, yapılan bu başvurunun davalı idare tarafından reddedilmesi ve söz konusu düzeltme isteminin reddi üzerine davacı tarafından Belediye Başkanlığına şikayet yolu ile müracaat edilmeden doğrudan vergi mahkemesinde dava açılmış olması gerekmektedir.

Dosyanın incelenmesinden: eski otogar binası nedeniyle ödenen 2005 yılı emlak vergisi ikinci taksidi tutarının 28.11.2005 tarihinde ihtirazi kayıtla ödendiği ve bu tarihten itibaren otuz gün içinde emlak vergisinin terkinin ve yasal faiziyle birlikte iadesine karar verilmesi istemiyle dava açıldığı, dava dilekçesinde düzeltme hükümlerinden söz edilmediği gibi, davacı tarafından davalı idareye yapılmış olan herhangi bir düzeltme başvurusunun da bulunmadığı görülmektedir. Bunun yanısıra, davacı kurumun dava dilekçesinin ekinde yer

alan 28.11.2005 tarih ve 2005/1270 sayılı davalı idare yazının ise davacı kurumun emlak vergisi borcunun ödendiğine ilişkin olduğu ve düzeltme başvurusu cevabı olarak değerlendirilemeyeceği anlaşılmaktadır.

Bir başka anlatımla, davacı kurum tarafından, dava açma süresi içinde veya geçtikten sonra 213 sayılı Kanunun yukarıda sözü edilen maddeleri uyarınca düzeltme yoluna gidilmediği anlaşıldığından, olayda idari merci tecavüzünden sözedilmesi mümkün değildir.

Bu durum karşısında, vergi mahkemesince bakılan dava hakkında öncelikle diğer ilk inceleme konuları üzerinde bir inceleme yapılması, ilk inceleme konularında bir sorun bulunmaması durumunda davanın esası hakkında karar verilmesi gerekmektedir.

Açıklanan nedenlerle temyiz isteminin kabulüne, Eskişehir 1. Vergi Mahkemesinin 28.12.2005 tarih ve E:2005/1164, K:2005/909 sayılı kararının bozulmasına 8.10.2008 tarihinde oybirliği ile karar verildi.

T.C.

DANIŞTAY

Dokuzuncu Daire

Esas No : 2006/286

Karar No : 2008/4478

Özeti : Emlak vergisinde, dava açma süresinin başlayacağı tarih hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan :Altındağ Belediye Başkanlığı

Vekili : Av. ...

Karşı Taraf : Sosyal Güvenlik Kurumu Başkanlığı
(T.C. Emekli Sandığı Genel Müdürlüğü)

Vekili : Av. ...

İstemin Özeti : Davacı kurumun ihtirazi kayıtla ödediği 2005 yılı emlak vergisi birinci taksidinin yasal faizi ile birlikte red ve iadesi istemiyle açılan davayı; dava dosyasının incelenmesinden, 5434 sayılı T.C. Emekli Sandığı Kanunu'nun 20. maddesinde; Sandığın her çeşit menkul ve gayrimenkul mallarının Devlet mallarının hak ve rüchanlığını haiz olduğu, bunlara karşı suç işleyenler hakkında Devlet mallarına karşı suç işleyenler gibi kovuşturma yapılacağı hükmünün yer aldığı, 21. maddesinde ise; Sandığın her çeşit menkul ve gayrimenkul malları ile hak, gelir ve alacakları ve muameleleri ve bunların tahakkuk, tahsil ve ödemelerine ait kağıt, makbuz ve ilanların her çeşit vergi, resim ve harçtan muaf olduğu hükmüne yer verildiği; dosyanın incelenmesinden, davacı kurumun 2005 yılı emlak vergisi 1. taksit tutarını ihtirazi kayıtla ödedikten sonra, faiziyle birlikte iadesi istemiyle dava açtığının anlaşıldığı, bu durumda her ne kadar 1319 sayılı Emlak Vergisi Kanununda davacı kurumun taşınmazlarının emlak vergisinden muaf olduğu hususunda açık bir düzenleme bulunmamakta ise de, 5434 sayılı Emekli Sandığı Kanunu'nun 21. maddesinde kurumun her çeşit vergi, resim ve harçtan muaf olduğu hükmüne yer verilmesi ve bu düzenlemenin özel kanun ile yapılması karşısında kurumun taşınmaz mallarının emlak vergisinden muaf olduğu sonucuna varıldığı, bu itibarla ihtirazi kayıtla ödenen 2005 yılı emlak vergisi birinci taksidinin tahsil edildiği tarihten itibaren yasal faiziyle birlikte davacı kuruma red ve iadesi icabettiği gerekçesi ile kabul eden Ankara 4. Vergi Mahkemesinin 27.10.2005 tarih ve E:2005/803, K:2005/1412 sayılı kararının; davacı kurumun emlak vergisi muafiyetinin bulunmadığı ileri sürülerek bozulması istenilmektedir.

Savunmanın Özeti : Yasal dayanaktan yoksun bulunan temyiz isteminin reddi gerektiği savunulmaktadır.

Danıştay Savcısı Buket Oral'ın Düşüncesi : Davacı Kurumun ihtirazi kayıtlı ödediği 2005 yılı emlak vergisi 1. taksidinin faizi ile birlikte iadesi istemiyle açtığı davayı kabul eden vergi mahkemesi kararının temyizen incelenerek bozulması istenilmektedir.

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 7.maddesinde,dava açma süresinin özel kanunlarında ayrı süre gösterilmeyen hallerde vergi mahkemelerinde otuz gün olduğu,bu sürenin vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümler ve bunların zam ve cezalarından doğan uyumsuzluklarda, tahakkuku tahsile bağlı olan vergilerde tahsilatın, tebliğ yapılan hallerde veya tebliğ yerine geçen işlemlerde tebliğin, tevkif yoluyla alınan vergilerde istihkak sahiplerine ödemenin, tescile bağlı vergilerde tescilin yapıldığı ve idarenin dava açması gereken konularda ise ilgili merci veya komisyon kararının idareye geldiği tarihi izleyen günden başlayacağı hüküm altına alınmıştır.Aynı Kanunun 14/3-e maddesinde ise dava dilekçelerinin süreaşımı yönünden ilk incelemeye tabi tutulacağı, 15/1-b maddesinde de süreaşımı bulunan hallerde davanın reddedileceği kurala bağlanmıştır.

Olayda davacı Kurumun 2005 yılı emlak vergisi 1.taksidini 26.5.2005 tarihinde ihtirazi kayıtlı ödediği ve faiziyle birlikte iadesi istemiyle dava açtığı anlaşılmaktadır.

1319 sayılı Emlak Vergisi Kanununa göre emlak vergisi her bütçe yılının başından itibaren o yıl için tahakkuk etmiş sayıldığından, 2005 yılı emlak vergisi tahakkukuna karşı dava açılması gerekirken, ödeme üzerine açılan davanın süreaşımı nedeniyle incelenmesi mümkün değildir.

Buna nedenle, davanın süre yönünden reddi gerekirken, mahkemece esastan incelenmesinde usul hükümlerine uyarlık görülmediğinden,temyiz isteminin kabulü ile mahkeme kararının bozulmasının uygun olacağı düşünülmektedir.

Tetkik Hakimi Fatih Torun'un Düşüncesi : Emlak vergisi tahakkukuna karşı açılan davalarda dava açma süresinin, takdir komisyonlarınca takdir edilen asgari birim değerleri esas alınarak belediyelerce dört yılda bir olmak üzere belediyelerce genel dönemlerde ve Emlak Vergisi Kanununun 33 üncü maddesinin (1) ilâ (7) numaralı fıkralarında yazılı sebeplerin doğması halinde mükelleflerce bildirim verilen hallerde belediyelerce yapılan tarhiyatın bir yazı ile mükellefe bildirilmesi gerektiğinden bu yazının tebliğ edilip edilmediğine bağlı olarak belirlenmesi, dört yılda bir takdir komisyonlarınca takdir edilen asgari birim değerleri esas alınarak belediyelerce yapılan tarh ve tahakkuku takip eden yıllarda ise, emlak vergisi, her bütçe yılının başından itibaren o yıl için tahakkuk etmiş sayılacağından, dava açma süresinin bu tarihten itibaren hesaplanması gerekmektedir.

Bu durum karşısında, olayda, davacı kurum adına 2005 yılı başından itibaren o yıl için tahakkuk etmiş sayılan emlak vergisine karşı bu tarihten itibaren otuz gün içinde dava açılması gerekirken davacı kurum tarafından bu süre geçirildikten sonra emlak vergisi birinci taksidinin ödendiği 26.5.2005 tarihinden itibaren otuz gün içinde açıldığı görülmekte olup davanın usul yönünden süreaşımı nedeniyle reddi gerektiğinden temyiz isteminin kabulü ile vergi mahkemesi kararının bozulması gerektiği düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Dokuzuncu Dairesince işin gereği görüşüldü:

Duruşma istemi, 2577 sayılı Kanunun 17. maddesi uyarınca yerinde görülmeyle işin esasına geçildi;

Davacı kurumun ihtirazi kayıtlı ödediği 2005 yılı emlak vergisi birinci taksidinin yasal faizi ile birlikte iadesi istemiyle açtığı davayı kabul eden vergi mahkemesi kararının temyizen incelenerek bozulması istenilmektedir.

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 7.maddesinde,dava açma süresinin özel kanunlarında ayrı süre gösterilmeyen hallerde vergi mahkemelerinde otuz gün olduğu, bu sürenin tahakkuku tahsile bağlı olan vergilerde tahsilatın, tebliğ yapılan hallerde veya tebliğ yerine geçen işlemlerde tebliğin, tevkif yoluyla alınan vergilerde istihkak sahiplerine ödemenin,tescile bağlı vergilerde tescilin yapıldığı ve idarenin dava açması gereken

konularda ise ilgili merci veya komisyon kararının idareye geldiği tarihi izleyen günden başlayacağı, aynı Kanunun 14/3-e maddesinde ise dava dilekçelerinin süreaşımı yönünden ilk incelemeye tabi tutulacağı, 15/1-b maddesinde de süreaşımı bulunan hallerde davanın reddedileceği hükme bağlanmıştır.

Emlak vergisinin tarh ve tahakkukuna ilişkin esaslar, bina vergisi için 1319 sayılı Emlak Vergisi Kanununun 11. maddesinde, arazi vergisi için ise 21. maddesinde düzenlenmiştir. Her iki madde de, "Verginin Tarh ve Tahakkuku" başlığını taşımakta ve birbirine paralel hükümler içermektedir.

Buna göre 1319 sayılı Emlak Vergisi Kanununun 11. ve 21 maddelerinde, "emlak vergisi, ilgili belediye tarafından;

a) Dört yılda bir defa olmak üzere takdir işlemlerinin yapıldığı yılı takip eden bütçe yılının Ocak ve Şubat aylarında,

b) 33 üncü maddenin (1) ila (7) numaralı fıkralarında yazılı vergi değerini tadil eden sebeplerle bildirim verilmesi icabeden hallerde, vergi değerini tadil eden sebeplerin meydana geldiği bütçe yılını takip eden yılı Ocak ayı içinde, vergi değerini tadil eden sebep yılın son üç ayı içinde vuku bulmuş ve bildirim, vergi değerini tadil eden sebebin meydana geldiği bütçe yılını takip eden yılda verilmiş ise bildirim verilmediği tarihte,

c) 33 üncü maddenin (8) numaralı fıkrasında yazılı hallerde, takdir işlemlerinin yapıldığı bütçe yılını takip eden yılın Ocak ve Şubat aylarında,

29 uncu maddeye göre hesaplanan vergi değeri esas alınarak yıllık olarak tarh olunur. Bildirim posta ile gönderilmiş ise vergi, bildirim verme süresinin son gününü takip eden yedi gün içinde tarh olunur. Bu suretle tarh olunan vergiler, tarh edilen tarihte tahakkuk etmiş sayılır ve mükellefe bir yazı ile bildirilir.

Yapılan tarh ve tahakkuk takip eden yıllarda, 29 uncu maddeye göre tespit edilen vergi değeri üzerinden hesaplanan emlak vergisi, her bütçe yılının başından itibaren o yıl için tahakkuk etmiş sayılır.

Bir il veya ilçe hududu içerisinde birden fazla belediye olması halinde, belediye ve mücavir alan sınırları dışında bulunan binaya ait bina vergisini tarha yetkili olacak belediye, ilgili valiler tarafından belirlenir." düzenlemesine yer verilmiştir.

Söz konusu maddelerin değerlendirilmesinden, emlak vergisinin tarh ve tahakkukuna ilişkin olarak üç farklı durumun bulunduğu görüldüğünden emlak vergisinde dava açma süresinin de bu durumlara göre ayrı ayrı değerlendirilmesi gerekmektedir.

Emlak vergisinin tarh ve tahakkukunu düzenleyen söz konusu maddeler 9.4.2002 tarihli Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren 4751 sayılı Kanun ile değiştirilmiş ve yapılan değişiklikle tarh ve tahakkuka ilişkin yeni esaslar getirilmiştir. 4751 sayılı Kanun ile emlak vergisi uygulaması sonucunda görülen olumsuzlukları ortadan kaldırmak ve vergilemede kolaylığın ve basitliğin sağlanması amacıyla dört yılda bir alınmakta olan beyan esasının kaldırılması ve sadece vergi değerini tadil eden nedenlerin bulunması halinde mükelleflerden bildirim alınmasını sağlamaya yönelik değişiklikler yapılmıştır.

Yapılan bu değişiklikle emlak vergisinde genel beyan esası kaldırıldığından, Kanun metninden genel beyana ilişkin olarak yer alan hükümler çıkarılmış, diğer taraftan, emlak vergisinin tarh ve tahakkukuna esas olacak arsa ve arazi birim metrekaresi değerlerinin dört yılda bir belirlenmesi esası getirilmiştir.

Buna göre, arsa ve araziler için, 213 sayılı Vergi Usul Kanununun mükerrer 49 uncu maddesine göre, takdir komisyonlarınca dört yılda bir olmak üzere, arsalar ve araziye ilişkin asgari ölçüde birim değerlerinin takdir edilmesi, binalar için Maliye ve Bayındırlık ve İskân Bakanlıklarınca bina metrekaresi normal inşaat maliyet bedellerinin müştereken tespit edilmesi gerekmektedir. Bu suretle takdir ve tespit edilecek birim değerler ile bina metrekaresi normal inşaat maliyet bedelleri esas alınarak belediyelerce hesaplanan emlak vergi değeri üzerinden emlak vergisi tarh olunacaktır. Bu değişiklik doğrultusunda, genel beyan dönemi olan 2002 ve 2006 yıllarında mükelleflerden emlak vergisi beyannamesi alınmamış, takdir

komisyonlarınca belirlenen asgari ölçüde birim değerleri esas alınarak emlak vergisinin belediyelerce tarhı yoluna gidilmiştir.

Bunun yanısıra, 4751 sayılı Kanunla yapılan değişiklikle emlak vergisinde genel beyan esasının kaldırılması öngörüldüğünden emlak vergisi mükellefleri için sadece Emlak Vergisi Kanununun 33 üncü maddesinin (1) ilâ (7) numaralı fıkralarında yazılı sebeplerin doğması halinde bildirim verme zorunluluğu getirilmiştir.

Bu iki durumda, yani takdirin yapıldığı genel dönemde (2002 ve 2006 yılları) ve 33. maddenin (1) ilâ (7) numaralı fıkraları gereğince mükelleflerçe bildirimde bulunulması gereken hallerde, emlak vergisi, 29 uncu maddeye göre hesaplanan vergi değeri esas alınarak yıllık olarak tarh edilecek olup, bu suretle tarh olunan vergiler, tarh edilen tarihte tahakkuk etmiş sayılacak ve bu husus mükelleflere bir yazı ile bildirilecektir.

Emlak vergisinin tarh ve tahakkuku ile ilgili 11. ve 21. maddelerde yer alan "Bu suretle tarh olunan vergiler, tarh edilen tarihte tahakkuk etmiş sayılır ve mükellefe bir yazı ile bildirilir." kuralı, mükellef adına tarh edilen emlak vergisinin ödenmesinden önce mükellef tarafından öğrenilmesinin sağlanması amacıyla getirilmiş bir düzenleme olup bunun yanısıra mükellef tarafından mükellefe emlak vergisi tarhiyatına karşı açılan davada, dava açma süresinin de söz konusu yazının mükellefe tebliğ edilip edilmemiş olmasına göre belirlenmesi gerekmektedir. Zira, takdir komisyonlarınca dört yılda bir olmak üzere takdir edilen asgari birim değerleri esas alınarak belediyelerce hesaplanarak tarh olunan emlak vergisi mükelleflere bildirilmemekte, mükellefler haklarında yapılan emlak vergisi tarhiyatını ancak ödeme sırasında öğrenebilmektedirler.

Bu durumda takdirin yapıldığı genel dönemlerde (2002 ve 2006 yılları) ve 1319 sayılı Emlak Vergisi Kanununun 33 üncü maddesinin (1) ilâ (7) numaralı fıkralarında yazılı sebeplerin doğması halinde mükelleflerçe bildirim verme zorunluluğu getirilen hallerde yapılan emlak vergisi tarhiyatına karşı açılacak davalarda dava açma süresinin, davalı belediye tarafından mükellefe emlak vergisi tarhiyatına ilişkin herhangi bir yazı tebliğ edilmiş ise bu yazının tebliğ tarihi dikkate alınarak hesaplanması, eğer belediye tarafından yazı tebliğ edilmemiş ise emlak vergisinin mükellef tarafından ödendiği tarih, yapılan tarhiyatı öğrenme tarihi kabul edilerek dava açma süresinin ödeme tarihinden itibaren başlatılması gerekmektedir.

Bunun yanısıra, dört yılda bir belediyelerce yapılan tarh ve tahakkuku takip eden yıllarda, 29 uncu maddeye göre tespit edilen vergi değeri üzerinden hesaplanan emlak vergisi, her bütçe yılının başından itibaren o yıl için tahakkuk etmiş sayılmaktadır.

1319 sayılı Emlak Vergisi Kanununa göre emlak vergisi her bütçe yılının başından itibaren o yıl için tahakkuk etmiş sayıldığından, bu suretle tarh olunan vergiler mükellefe ayrıca tebliğ edilmeyecektir. Sözü edilen hükme göre, kanunen bütçe yılı başında tahakkuk etmiş olan emlak vergisinin, mükellefine ayrıca bir yazı ile duyurulmasına gerek bulunmadığından, tahakkuk işlemine karşı açılacak davanın verginin tahakkuk etmiş sayıldığı bütçe yılı başından itibaren işlemeye başlayan otuz günlük idari dava açma süresi içerisinde açılması gerekmektedir.

Dosyanın incelenmesinden, davacı kurumun sahibi olduğu taşınmazlar nedeniyle 2005 yılı emlak vergisi birinci taksidinin 26.5.2005 tarihinde ihtirazi kayıtla ödendiği ve bu tarihten itibaren 30 gün içinde faiziyle birlikte iadesi istemiyle dava açıldığı anlaşılmaktadır.

Dava konusu olayda, dava açma süresini yukarıda yapılan açıklamalar çerçevesinde değerlendirdiğimizde, takdirin yapıldığı 2002 yılında tarh edildiği tarihte tahakkuk etmiş sayılan emlak vergisinin bildirilmesine ilişkin bir yazının davacı kuruma tebliğ edilip edilmediğinin araştırılması gerektiği düşünülebilirse de, davacı kurum tarafından 2003 ve 2004 yıllarına ilişkin emlak vergilerinin ödenmiş olması nedeniyle tahakkukun ödeme sırasında öğrenildiği açık olduğundan böyle bir araştırmaya gerek bulunmamaktadır.

Bu durum karşısında, davacı kurum adına 2005 yılı başından itibaren o yıl için tahakkuk etmiş sayılan emlak vergisine karşı bu tarihten itibaren otuz gün içinde dava

açılması gerekirken davacı kurum tarafından bu süre geçirildikten sonra emlak vergisi birinci taksidinin ödendiği 26.5.2005 tarihinden itibaren otuz gün içinde açıldığı görülmekte olup davanın usul yönünden süreaşımı nedeniyle reddi gerekirken, uyuşmazlığın esas yönünden incelenmesinde hukuka uyarlık bulunmadığından, temyiz isteminin kabulü ile vergi mahkemesi kararının bozulması gerekmektedir.

Diğer taraftan, 213 sayılı Vergi Usul Kanununun 116 ncı maddesinde vergi hatası, vergiye müteallik hesaplarda veya vergilendirmede yapılan hatalar yüzünden haksız yere fazla veya eksik vergi istenmesi veya alınması olarak tanımlanmış ve bu hatalar, hesap hataları ve vergilendirme hataları başlığı altında 117 ve 118 inci maddelerde iki ayrı grup halinde düzenlenmiş, aynı Kanunun 124 üncü maddesinde de belediye vergileri hakkında vergi mahkemesinde dava açma süresi geçtikten sonra yaptıkları düzeltme talebi reddolunanların şikayet yolu ile Belediye Başkanlığına müracaat edebilecekleri kurala bağlanmıştır.

Görüldüğü üzere, bir vergilendirme muamelesine karşı, vergi mahkemesinde dava açma süresi geçtikten sonra davacının 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun 116. ila 126. maddeleri kapsamında, davalı idareye başvuruda bulunabileceği ve bu başvuru üzerine tesis edilecek işleme karşı vergi mahkemesinde dava açabileceği tabiidir.

Açıklanan nedenlerle temyiz isteminin kabulüne, Ankara 4. Vergi Mahkemesinin 27.10.2005 tarih ve E:2005/803, K:2005/1412 sayılı kararının bozulmasına 8.10.2008 tarihinde oybirliği ile karar verildi.

T.C.
DANIŞTAY
Dokuzuncu Daire
Esas No : 2008/278
Karar No : 2008/4607

Özeti : İcra tahsil harcına ilişkin uyuşmazlıkların, vergi mahkemesince çözümleneceği hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan : Türkiye İş Bankası A. Ş.

Vekilleri : Av. Dr. ..., Av. ...

Karşı Taraf : Çukurova Vergi Dairesi Müdürlüğü

İstemnin Özeti : Davacı banka tarafından kullanılan kredilerin geri ödenmemesi nedeniyle teminata alınan taşınmazın icra yoluyla satılması üzerine icra dairesi aracılığıyla ödenen tahsil harcının iadesi istemiyle açılan davayı; 2004 sayılı İcra ve İflas Kanununun 17.7.2003 tarih ve 4949 sayılı Kanunla değişik 4. maddesinin 1. fıkrasında, icra ve iflas dairelerinin muamelelerine karşı yapılan şikayetlerle itirazların incelenmesinin icra mahkemesi hakimiyetinde yahut Kanun gereğince bu görev kendisine verilmiş olan hakim tarafından yapılacağı, aynı Kanunun 16. maddesinin 1. fıkrasında da, Kanunun hallini mahkemeye bıraktığı hususlar müstesna olmak üzere icra ve iflas dairelerinin yaptığı muameleler hakkında Kanuna muhalif olmasından veya hadiseye uygun bulunmamasından dolayı icra mahkemesine şikayet olunabileceğinin hükme bağlandığı, dosyanın incelenmesinden; davacı banka tarafından kullanılan kredilerin vadesinde ödenmemesi nedeniyle kredinin teminatını oluşturan taşınmazın başlatılan icra takibi sonucu satılması sırasında tahsil edilen bedel üzerinden İcra Müdürlüğü aracılığıyla ödenen tahsil harcının kaldırılması ve iadesi istemiyle davanın açıldığının anlaşıldığı, olayda, davacı bankadan tahsil harcının alınmasına ilişkin işlem, İcra Müdürlüğü tarafından tesis edildiğinden, sözkonusu harcın hukuka uygun olmadığı iddiasıyla iadesinin, yukarıda açıklanan Kanun hükümleri gereğince İcra Mahkemesine yapılacak şikayet başvurusuyla talep edilebileceği, İcra Mahkemesinden

olumsuz karar çıkması durumunda ise, bu karara karşı İcra ve İflas Kanununun ilgili hükümleri gereğince istinaf ve temyiz yollarına başvurulabileceğinin açık olduğu, bu sebeple adli yargı düzeni içerisinde çözümlenmesi gereken ve adli yargılamanın bir parçasını oluşturan uyuşmazlığın çözümünün Vergi Mahkemesinin görevine girmediği, aksi takdirde, yargılamanın bir unsuru olan başvurma harcı ve karar harcı gibi yargılama sırasında alınan harçlara ilişkin olarak adli mahkemelerce verilen kararların da usule ve yasaya uygun olup olmadığının denetiminin, ilgili itiraz/temyiz mercii yerine, vergi mahkemesince yapılacağı gibi bir durumun ortaya çıkacağı gerekçesiyle görev yönünden reddeden Adana 1. Vergi Mahkemesi'nin 31.10.2007 tarih ve E:2007/778, K:2007/1258 sayılı kararının; ihtilafı çözmekle vergi mahkemesinin görevli olduğu ve 492 sayılı Harçlar Kanununun 123. maddesinin son fıkrası uyarınca tahsil harcının iadesinin icap ettiği 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 : Olayda, davacı banka tarafından kullandırılan kredilerin geri ödenmemesi nedeniyle teminata alınan taşınmazın icra yoluyla satılması üzerine icra dairesi aracılığıyla ödenen tahsil harcının iadesi istemiyle dava açılmış olup, dava konusu tahsil harcı idarenin tek yanlı olarak ve kamu gücü kullanarak kamu-icra hizmetinden yararlanma karşılığı, bu hizmetten yararlanan davacı banka tarafından ödendiğinden ve icra dairesinde sözkonusu harç, 492 sayılı Harçlar Kanununun ilgili maddelerinde belirtilen hükümler uyarınca, hazine adına ilgili vergi daireleri, muhasebe müdürlükleri, mal müdürlükleri hesabına yatırılmak üzere sorumlu sıfatıyla tahsil edildiğinden, ödenen tahsil harcının iadesi istemli olarak açılan davanın da 2576 sayılı Kanunun 6. maddesi uyarınca idari yargı sistemi içerisinde vergi mahkemesince görülüp çözümlenmesi icap ettiğinden, Vergi Mahkemesi kararının bozulması gerekeceği düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Dokuzuncu Dairesince işin gereği görüldü:

Olayda, icra dairesi aracılığıyla ödenen tahsil harcının iadesi istemiyle açılan davayı görev yönünden reddeden Vergi Mahkemesi kararı temyiz edilmektedir.

2576 sayılı Bölge İdare Mahkemeleri, İdare Mahkemeleri ve Vergi Mahkemelerinin Kuruluşu ve Görevleri Hakkında Kanunun "Vergi Mahkemelerinin Görevleri" başlıklı 6. maddesinde, Vergi Mahkemelerinin 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 davalarla, bu konularla ilgili olarak 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanunun uygulanmasına ilişkin davaları ve diğer kanunlarla verilen işleri çözümleyeceği hükme bağlanmıştır.

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun "İdari Dava Türleri ve İdari Yargı Yetkisinin Sınırı" başlıklı 2. maddesinin 1/a bendinde, idari işlemler hakkında yetki, şekil, sebep, konu ve maksat yönlerinden biri ile hukuka aykırı olduklarından dolayı iptalleri için menfaatleri ihlal edilenler tarafından açılan davaların iptal davaları oldukları belirtilmiş bulunmaktadır.

İdari işlem ise, idari makamların ve mercilerin kamu gücü ve kudreti ile hareket ederek, idari usulleri uygulayarak idare işlevine ilişkin olarak yaptıkları ve çeşitli hak ve

yükümlülükleri doğuran, doğrudan uygulanabilen, kesin ve yürütülmesi zorunlu, tek yanlı irade açıklamalarıdır.

Harçlar da, kamu hizmetlerinden yararlananların bu hizmetler dolayısıyla hizmetin maliyetine bir ölçüde katılmak üzere ödedikleri meblağlardır. Yani, idarece yapılan belirlenmiş bir hizmet sonucu, kamu hizmetinden yararlanma karşılığı olarak, bu hizmetten yararlananlar tarafından ödenmesi gereken kamu geliri niteliği taşımaktadır. Bir kamu hizmetinden dolayı harç alınabilmesi, bu hizmetin kanunla harç konusu edilmesi ve bu hususla ilgili düzenlemelerin de Kanunda yer almasına bağlıdır. 492 sayılı Harçlar Kanununa bağlı 1 sayılı Tarifenin (B) icra ve iflas harçları bölümünün 1-3/c maddesinde ve aynı Kanunun 28/b maddesinde de tahsil harcının hangi değer üzerinden, yüzde kaç oranında alınacağı ve ödeme zamanı düzenlenmiş bulunmaktadır.

Anayasa'nın 73. maddesi kapsamında mali yükümlülük teşkil eden harçların tahsiline ilişkin davalarla birlikte gereksiz olarak ödendiği ya da kanuna ve usule aykırı olarak tahsil edildiği iddiasıyla idareye karşı açılacak davaların görülüp çözümlenmeleri de niteliği gereği idari yargı yerlerine ait olmaktadır.

Olayda, davacı banka tarafından kullanılan kredilerin geri ödenmemesi nedeniyle teminata alınan taşınmazın icra yoluyla satılması üzerine icra dairesi aracılığıyla ödenen tahsil harcının iadesi istemiyle dava açılmış olup, dava konusu tahsil harcı idarenin tek yanlı olarak ve kamu gücü kullanarak kamu-icra hizmetinden yararlanma karşılığı, bu hizmetten yararlanan davacı banka tarafından ödendiğinden ve icra dairesinde sözkonusu harç, 492 sayılı Harçlar Kanununun ilgili maddelerinde belirtilen hükümler uyarınca, hazine adına ilgili vergi daireleri, muhasebe müdürlükleri, mal müdürlükleri hesabına yatırılmak üzere sorumlu sıfatıyla tahsil edildiğinden, ödenen tahsil harcının iadesi istemli olarak açılan davanın da 2576 sayılı Kanunun 6. maddesi uyarınca idari yargı sistemi içerisinde vergi mahkemesince görülüp çözümlenmesi icap etmektedir.

Bu durumda, Vergi Mahkemesince işin esasının incelenmesi gerektiği halde icra dairelerince tesis edilen işlemlere karşı yapılan itiraz ve şikayetlerin incelenmesinin icra mahkemesi hakimî tarafından yapılacağından bahisle görev yönünden reddinde isabet bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle temyiz isteminin kabulüne, Adana 1. Vergi Mahkemesi'nin 31.10.2007 tarih ve E:2007/778, K:2007/1258 sayılı kararının bozulmasına 15.10.2008 tarihinde oybirliği ile karar verildi.

T.C.
DANIŞTAY
Dokuzuncu Daire
Esas No : 2007/3434
Karar No : 2008/5174

Özeti : İşyeri açma izin harcına ilişkin tespit tutanağının, idari davaya konu edilebilecek kesin ve yürütülmesi zorunlu işlem niteliğinde bulunmadığı gerekçesiyle, davanın reddi halinde, vekalet ücretine hükmedilmesi gerekeceği hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan : Altındağ Belediye Başkanlığı
Vekili : Av. ...
Karşı Taraf : Şekerbank T. A. Ş.
Vekili : Av. ...

İstemin Özeti : İşyeri açma izin harcına ilişkin 5.6.2006 tarihli tespit tutanağının iptali istemiyle açılan davayı; davacı tarafından davalı belediye müfettişlerince düzenlenen ve işyeri açma harcı yatırılmadığına ilişkin tespit tutanağının iptali istenilmiş ise de, ortada dava konusu edilebilecek vergi, resim, harç, ve benzeri mali yükümlerle ilgili yapılmış ve yürütülmesi zorunlu herhangi bir işlem bulunmadığı gerekçesiyle 2577 sayılı Yasanın 15/1-b maddesi uyarınca reddeden Ankara 5. Vergi Mahkemesinin 25.4.2007 tarih ve E:2007/261, K:2007/579 sayılı kararının; davanın vekil vasıtasıyla takibine rağmen mahkemece vekalet ücretine hükmedilmediği ileri sürerek bozulması istenilmektedir.

Savunmanın Özeti : Cevap verilmemiştir.

Danıştay Savcısı Buket Oral'ın Düşüncesi :Dava vekille takip edildiği ve ret ile sonuçlandığı halde Mahkeme kararında vekalet ücretine hükmedilmediği görüldüğünden, kararın vekalet ücreti yönünden hüküm tesis edilmek üzere bozulmasının uygun olacağı düşünülmektedir.

Tetkik Hakimi Seran Karatari Köstü'nün Düşüncesi : Davalı idare temyiz isteminin kabulü ile kararın vekalet ücreti yönünden bozulması gerektiği düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Dokuzuncu Dairesince gereği düşünüldü:

Uyuşmazlıkta, İşyeri açma izin harcına ilişkin 5.6.2006 tarihli tespit tutanağının iptali istemiyle açılan davayı, dava konusu edilen tespit tutanağının idari davaya konu olabilecek kesin ve yürütülmesi gereken bir işlem niteliğinde bulunmadığı gerekçesiyle reddeden Vergi Mahkemesi kararının, davalı idarece, davanın vekil vasıtasıyla takibine rağmen mahkemece vekalet ücretine hükmedilmediği ileri sürerek Vergi Mahkemesi kararının bu yönden temyizen incelenerek bozulması istenilmektedir.

1136 sayılı Avukatlık Yasasının 168/3.maddesi uyarınca avukatlık ücretinin takdirinde, hukukî yardımın tamamlandığı veya dava sonunda hüküm verildiği tarihte yürürlükte olan tarifenin esas alınacağı hükmüne bağlanmış olup,13 Aralık 2006 günlü 26375 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren Avukatlık Asgari Ücreti Tarifesinin 14. maddesinde de; Danıştay'da ilk derecede veya duruşmalı olarak temyiz yoluyla görülen dava ve işlerde, idari ve vergi dava daireleri genel kurulları ile dava dairelerinde, bölge idare, idare ve vergi mahkemelerinde davaya cevap verme sürelerinin bitimine kadar anlaşmazlığın feragat ya da kabul nedenleriyle ortadan kalkması veya bu nedenlerle davanın reddine karar verilmesi durumunda tarifede yazılı ücretin yarısına, diğer durumlarda tamamına hükmedileceği öngörülmüştür.

Olayda, mahkemece açılan davanın reddedildiği ve dava davalı idare tarafından vekil vasıtasıyla takip edildiği halde vekili lehine avukatlık ücretine hükmolunmadığı anlaşılmış olup, Vergi Mahkemesince Avukatlık Asgari Ücret Tarifesinin 14. maddesi uyarınca davalı idare vekili lehine avukatlık ücretine hükmolunmamasında isabet görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle davalı idare temyiz isteminin kabulüne, Ankara 5. Vergi Mahkemesinin 25.4.2007 tarih ve E:2007/261, K:2007/579 sayılı kararının avukatlık ücreti yönünden bozulmasına 10.11.2008 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

ONUNCU DAİRE KARARLARI

DIŞ EKONOMİK İLİŞKİLER

T.C. DANIŞTAY Onuncu Daire

Esas No : 2006/4785

Karar No : 2008/6642

Özeti : Dahilde işleme izin belgesi sahibi firmaların taahhüt hesaplarının kapatılmasının, imalatla kullanılmak üzere ithal edilen malların, ihraç edilen malların bünyesinde kullanılması şartına bağlı olduğu, böyle araştırma ve tespit yapılmadan, sadece "kg" üzerinden beyanda bulunulmadığı gerekçesiyle, taahhüt kapatma hesaplarının iptal edilemeyeceği hakkında.

Temyiz Eden (Davacı) : ... Tic. Ltd. Şti.

Vekili : Av. ...

Karşı Taraf (Davalı) : Başbakanlık Dış Ticaret Müsteşarlığı

İstemin Özeti : Ankara 4. İdare Mahkemesinin 30.12.2005 tarih ve E:2005/923, K:2005/2542 sayılı kararının, temyizen incelenerek bozulması istenilmektedir.

Savunmanın Özeti : Yerinde olmadığı ileri sürülen temyiz isteminin reddi gerektiği savunulmaktadır.

Danıştay Tetkik Hakimi : Yunus Çetin

Düşüncesi : Eksik incelemeye dayalı mahkeme kararının bozulması gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı : Yakup Bal

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 Onuncu Dairesince gereği görüldü:

Dava; davacı şirkete ait dört adet dahilde işleme izin belgesine ilişkin taahhüt kapatma hesaplarının iptaline yönelik 11.2.2005 tarih ve 2380 sayılı işlemin iptali istemiyle açılmıştır.

Ankara 4. İdare Mahkemesince; 31.12.2003 tarih ve 2533 mükerrer sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 6 Nolu Gümrük Genel Tebliği uyarınca dahilde işleme izin belgelerine istinaden yapılan ihracat ve ithalat işlemlerinde kilogram üzerinden de beyan edilme zorunluluğunun bulunduğu, davacı şirket tarafından bu işlemlerde sadece metre ve adet gibi ölçüler kullanıldığından tesis edilen işlemde hukuka aykırılık bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir.

Davacı tarafından, hukuka aykırı olduğu iddiasıyla İdare Mahkemesi kararının temyizen incelenerek bozulması istenilmektedir.

4458 sayılı Gümrük Kanununun Şartlı Muafiyet Düzenlemeleri ve Ekonomik Etkili Gümrük Rejimleri başlıklı Üçüncü Ayırımının (D) kısmında Dahilde İşleme Rejimi düzenlenmiş, anılan kısımda yer alan 108. maddede, serbest dolaşımda olmayan eşyanın, işlem görmüş ürünlerin üretiminde kullanılmasından sonra Türkiye Gümrük Bölgesinden yeniden ihraç edilmesi amacıyla, gümrük vergileri ve ticaret politikası önlemlerine tabi tutulmaksızın ve vergileri teminata bağlanmak suretiyle, dahilde işleme rejimi kapsamında geçici olarak ithal edilebileceği, eşyanın işlem görmüş ürünler şeklinde ihracı halinde, teminatın iade olunacağı, eşyanın bu şekilde dahilde işleme rejiminden yararlanmasına şartlı muafiyet sistemi denileceği belirtilmiş, devam eden maddelerde de Dahilde İşleme Rejiminin işleyişi ile ilgili ayrıntılı düzenlemelere yer verilmiştir.

Dünya piyasa fiyatlarından hammadde temin etmek suretiyle ihracatı arttırmak, ihraç ürünlerine uluslararası piyasalarda rekabet gücü kazandırmak, ihraç pazarlarını geliştirmek ve ihraç ürünlerini çeşitlendirmek amacıyla hazırlanan Dahilde İşleme Rejimi Kararları ve bunun uygulamasını gösteren tebliğlerde Dahilde İşleme Rejiminin işleyişi ve bu konudaki uygulamalara ilişkin hususlar yer almaktadır.

Uyuşmazlık tarihinde yürürlükte bulunan Dahilde İşleme Rejimi Kararının 18. maddesinde; "Dahilde İşleme İzin Belgesi sahibi firmaların belge süresi sonundan itibaren 3 (üç) ay içerisinde gerekli bilgi ve belgelerle birlikte, belge ihracat taahhüdünü kapatmak için müracaat etmeleri zorunludur.

Dahilde İşleme İzin Belgesi ihracat taahhüdü, bu Karara istinaden yayımlanacak tebliğde belirtilen bilgi ve belgelere istinaden, belgede belirtilen şartlara uygun olarak Müsteşarlık ve/veya Müsteşarlığın belirleyeceği İhracatçı Birlikleri Genel Sekreterlikleri tarafından kapatılır. Kapatma bildirim yazısına istinaden, teminatlar veya geri ödeme sistemine ilişkin ithalatla ödenen vergiler ilgili firmaya geri verilir." kuralı yer almıştır.

27.9.2002 tarih ve 24889 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 2002/6 sayılı Dahilde İşleme Rejimi Tebliğinin 30. maddesinde; Dahilde İşleme İzin Belgesi sahibi firmaların belge süresi sonundan itibaren 3 (üç) ay içerisinde Tebliğin 5 Numaralı ekinde belirtilen bilgi ve belgelerle birlikte, belge ihracat taahhüdünü kapatmak için İhracatçı Birlikleri Genel Sekreterliklerine müracaat etmeleri gerektiği, yapılan kapatma müracaatının geri alınamayacağı, bu süre içerisinde kapatma müracaatında bulunmayan firmalara, 10 (on) iş günü içerisinde İhracatçı Birlikleri Genel Sekreterliklerince 1 (bir) ay içerisinde ihracat taahhüdünü kapatma müracaatında bulunmalarının bildirileceği, bu süre (3 (üç) ay+10 (on) iş günü+1 (bir) ay) dışında yapılan kapatma müracaatlarının değerlendirmeye alınmayacağı, belirtilen süre içerisinde kapatma müracaatında bulunmayan firmalar adına düzenlenen Dahilde İşleme İzin Belgelerinin İhracatçı Birlikleri Genel Sekreterliklerince müeyyide uygulanarak resen kapatılacağı, resen kapatma işleminin ilgili mercilere ve ilgili vergi dairesine bildirileceği, ayrıca, resen kapatılan belgelerin aylık listeler halinde Resmi Gazete'de yayımlanacağı belirtilmiş; Dahilde İşleme İzin Belgesi ihracat taahhüdünün, belgede belirtilen şartlar esas alınmak suretiyle eşdeğer ve/veya ithal eşyasının işlem görmüş ürünün üretiminde kullanıldığının tespiti kaydıyla kapatılacağı, aksine bir durumun tespiti halinde 34 üncü madde hükümlerine göre işlem yapılacağı açıklanmıştır.

Ayrıca, gümrük beyannamesinin Dahilde İşleme İzin Belgesinin ihracat taahhüdüne sayılabilmesi için; ilgili gümrük beyannamesi aslı üzerinde belge sayısının yer alması zorunlu olduğu ancak, Müsteşarlıkça (İhracat Genel Müdürlüğü) uygun görülmesi halinde, belge sahibi firmanın unvanının yer alması kaydıyla üzerinde belge sayısı kayıtlı olmayan gümrük beyannamelerinin, belge ihracat taahhüdüne sayılabileceği ve belge ihracat taahhüdüne sayılan ihracata ilişkin gümrük beyannamesi aslına, İhracatçı Birlikleri Genel Sekreterliklerince taahhüde sayıldığına dair mesruhat düşüleceği belirtilerek ihracat taahhüt hesaplarının kapatılması konusunda ayrıntılı düzenlemelere yer verilmiştir.

Dosyanın incelenmesinden, polyester boyalı dokuma kumaş, rami boyalı dokuma kumaş, yün/polyester karışımı dokuma kumaş gibi çeşitli kumaş ithal ederek bunlardan imal

ettiği gömlek, pantolon, eşofman takımı, takım elbise, elbise, dokuma bluz, dokuma eşarp ve ceket gibi hazır giyim ürünleri ihraç eden davacı şirkete ait 30.4.2004, 3.6.2004, 15.7.2004 ve 11.8.2004 tarihli dört adet Dahilde İşleme İzin Belgesi kapsamında gümrük muafiyetli olarak ithal edilen malların ihraç edilen mamul bünyesinde kullanıldığının tespit edilmesi üzerine taahhüt hesabının 2002/6 sayılı Dahilde İşleme Rejimi Tebliğinin 30. maddesine istinaden sırasıyla 8.7.2004, 16.8.2004, 15.9.2004 ve 15.9.2004 tarihlerinde kapatılarak davacıdan ithalat sırasında alınan teminatların iadesine karar verildiği; davalı idarenin savunmasında belirttiği üzere, ihracatçı birliklerine yazılan 26.3.2004 tarih ve 1970 sayılı talimat ile Dahilde İşleme İzin Belgesi başvurularında ithalata ve ihracata konu olacak malların miktarlarının söz konusu malın gümrük tarife istatistik pozisyonu karşısındaki birim/birimlerin yanı sıra her halükârda "kg" üzerinden beyan edilmesi gerektiğinin bildirildiği, ... Tekstil ve Konfeksiyon İhracatçı Birlikleri Genel Sekreterliğince dahilde işleme izin belgesi taahhüt hesabının kapama işlemlerinde "kg" üzerinden kontrolü yapılmaksızın işlem yapıldığı anlaşılan, aralarında davacı firmanın da bulunduğu 38 şirketin taahhüt hesabı kapama işlemlerinin yeniden incelenmesinin istenildiği, daha sonra Başbakanlık Dış Ticaret Müsteşarlığının 3.2.2005 tarihli yazısına istinaden İstanbul Tekstil ve Konfeksiyon İhracatçı Birlikleri Genel Sekreterliği'nin dava konusu 11.2.2005 tarihli işleminin tesis edildiği, bunun üzerine davacı tarafından 18.3.2005 tarihli dilekçeyle davalı idareye başvurularak kapatma işleminin iptal sebeplerinin sorulduğu, davalı idarenin 24.3.2005 tarihli işlemiyle ithal ve ihraç edilen malların "kg" bazında kontrolünün yapılmaması nedeniyle kapatma hesabının iptal edildiğinin bildirildiği, davacının 6.4.2005 tarihli başvurusuna davalı idarenin 29.4.2005 tarihli işlemiyle cevap verilmesinden sonra bakılmakta olan davanın açıldığı anlaşılmaktadır.

Yukarıda aktarılan mevzuat hükümleri uyarınca, Dahilde İşleme İzin Belgesi sahibi firmaların taahhüt hesaplarının kapatılması, imalatla kullanılmak üzere ithal edilen malların ihraç edilen malların bünyesinde kullanılması şartına bağlıdır. Anılan şartın yerine getirildiğinin hangi hallerde kabul edileceği konusu da davalı idarece çıkarılan tebliğlerle düzenlenmiştir.

İdare mahkemesi kararında belirtilenin aksine, 31.12.2003 tarih ve 25333 2. mükerrer sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 6 Seri Nolu Gümrük Genel Tebliğinde, uygulamada sadece listelerdeki "Pozisyon No", "Eşyanın Tanımı" ve "Ölçü Birimi" sütunlarının esas alınacağı belirtilmekle yetinilmiş, kilogram üzerinden beyan edilme zorunluluğu getirilmemiştir. Nitekim anılan zorunluluğun davalı idarece ihracatçı birliklerine yazılan 26.3.2004 tarih ve 1970 sayılı talimat ile getirildiği idarece verilen savunmada ifade edilmektedir.

Dahilde İşleme İzin Belgesi ihracat taahhüdü hesaplarının kapatılması için yapılan başvurularda, ithalata ve ihracata konu olacak malların miktarlarının söz konusu malın gümrük tarife istatistik pozisyonu karşısındaki birim/birimlerin yanı sıra "kg" üzerinden beyan edilmemesi tek başına ihracat taahhüt hesaplarının kapatılmamasının bir nedeni olarak kabul edilemez. Ancak, ithal edilen malların imal edilerek ihraç edilen malların bünyesinde kullanılmadığı hususunun tespiti halinde ihracat taahhüt hesaplarının kapatılmayarak yaptırım uygulanması söz konusudur.

Olayda, davacı şirketin, 30.4.2004, 3.6.2004, 15.7.2004 ve 11.8.2004 tarihli dört adet Dahilde İşleme İzin Belgesi kapsamında ihracat taahhüt hesaplarının, ... Tekstil ve Konfeksiyon İhracatçı Birlikleri Genel Sekreterliği'nce 2002/6 sayılı Dahilde İşleme Rejimi Tebliğinin 30. maddesine istinaden sırasıyla 8.7.2004, 16.8.2004, 15.9.2004 ve 15.9.2004 tarihlerinde kapatılarak davacıdan ithalat sırasında alınan teminatların iadesine karar verildiği, bu kapatma işlemi gerçekleştirilirken malların kilogram üzerinden de beyan edilmesinin zorunlu olduğunu bildiren ve davalı idarece ihracatçı birliklerine yazılan 26.3.2004 tarih ve 1970 sayılı talimatın yürürlükte olduğu, buna rağmen, davacı şirkete ait dört adet Dahilde İşleme İzin Belgesi kapsamında çeşitli gümrük giriş beyannameleriyle gümrük muafiyetli olarak ithal edilen ve anılan Talimat kapsamında "kg" üzerinden beyanı

yapılmayan malların, ihrac edilen mamul bünyesinde kullanıldığının tespit edilmesi üzerine ihracat taahhüt hesaplarının kapatıldığı, daha sonra "kg" üzerinden kontrolü yapılmaksızın işlem yapıldığı anlaşılan, aralarında davacı firmanın da bulunduğu 38 şirketin taahhüt hesabı kapama işlemlerinin yeniden incelenmesi sonucunda, davacı şirketin kapatılan taahhüt hesaplarının iptal edildiği ve iptal gerekçesi olarak ta malların "kg" bazında kontrolünün yapılmamasının gösterildiği anlaşılmaktadır.

Dahilde İşleme İzin Belgesi ihracat taahhüdünün, belgede belirtilen şartlar esas alınmak suretiyle eşdeğer ve/veya ithal eşyasının işlem görmüş ürünün üretiminde kullanıldığının tespiti kaydıyla kapatılacağı, aksine bir durumun tespiti halinde, başka bir deyişle, belgede belirtilen miktar, değer ve oranlarda fiilen ihracı gerçekleştirilmeyen eşyanın belirlenmesi durumunda bu eşyaya ilişkin daha önceden alınmayan vergilerin tahsi edilerek yaptırım uygulanması söz konusu olacağından, ihracat taahhüt hesabının kapatılmasında ilgilinin, idareyi yanıltıp yanıltmadığı hususu da önem taşımaktadır.

Uyuşmazlıkta ise, davalı idarece, davacı şirket tarafından, ithalata ve ihracata konu olacak malların miktarlarının söz konusu malın gümrük tarife istatistik pozisyonu karşısındaki birim/birimlerin yanı sıra "kg" üzerinden beyan edilmemesi dava konusu işleme gerekçe olarak gösterilmiş, ancak, ikinci savunma dilekçesinde 9.9.2005 tarih ve 2 sayılı soruşturma raporundan bahsedilmek suretiyle davacı şirket tarafından ithal edilen malların ihrac malı bünyesinde kullanılmadığı konusunda birtakım ifadeler yer verilmiştir.

Bu durumda, yukarıda aktarılan mevzuat hükümleri uyarınca, taahhüt hesaplarının usulüne uygun kapatılıp kapatılmadığı hususu açıkça tespit edilmeden, eksik incelemeye dayalı olarak verilen mahkeme kararında hukuka uyarlık bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle, davacının temyiz isteminin kabulüne, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 49. maddesi uyarınca Ankara 4. İdare Mahkemesinin 30.12.2005 tarih ve E:2005/923, K:2005/2542 sayılı kararının BOZULMASINA, dava dosyasının yeniden bir karar verilmek üzere anılan İdare Mahkemesine gönderilmesine 15.10.2008 tarihinde oybirliği ile karar verildi.

ESKİ ESERLER
(KORUNMASI GEREKLİ KÜLTÜR VE TABİAT VARLIKLARI)
(MEZARLIKLAR)

**T.C.
DANIŞTAY
Onuncu Daire**

Esas No : 2006/4375
Karar No : 2008/7143

Özeti : Cenazelerin mezarlık olarak belirlenen yerlere gömülmesinin asıl olduğu, bu nedenle mezarlık dışına gömülen bir cenazenin, mezarlığa nakline izin verilmemesinde, hukuka uyarlık görülmediği hakkında.

Temyiz Eden (Davalı) : Araç Kaymakamlığı

Karşı Taraf (Davacı) : ...

İstemin Özeti : Davacının, 17.1.2005 tarihinde ölen ve Kastamonu İli, Araç İlçesi, ...Köyündeki tarla kenarına defnedilen babasının mezarının nakline izin verilmemesine ilişkin Araç Kaymakamlığı'nın 31.1.2005 tarih ve 65 sayılı işleminin iptali istemiyle açılan dava sonucunda; Kastamonu İdare Mahkemesince, ... Köyüne ait tescilli

mezar bulunmadığı, 3-4 ayrı mezarlık yeri olduğu, davacının babasının mezarının naklini istediği köy camisinin yanında bulunan mezarlığın da bunlardan birisi olduğu, 1593 sayılı Umumi Hıfzısıhha Kanununun 211. maddesine aykırı olarak mezarlık yeri olarak belirlenmediği halde tarla kenarına defnedilen mezarın köy caminin kenarında bulunan mezarlığa naklinde sıhhi açıdan da bir sakınca olmadığına anlaşılmaması karşısında, mezarın nakline izin verilmemesine ilişkin işlemde hukuka uyarlık bulunmadığı gerekçesiyle dava konusu işlemin iptali yolunda verilen kararın, hukuka aykırı olduğu öne sürülerek temyizen incelenerek bozulması istenilmektedir.

Savunmanın Özeti : Yerinde olmadığı ileri sürülen temyiz isteminin reddi gerektiği savunulmaktadır.

Danıştay Tetkik Hakimi : Yunus Çetin

Düşüncesi : Temyiz isteminin reddi ile usul ve hukuka uygun bulunan mahkeme kararının onanması gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı : Ergün Özcan

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 Onuncu Dairesince gereği görüldü:

3998 sayılı Mezarlıkların Korunması Hakkında Kanunda, Devlet mezarlığı, Vakıflar Genel Müdürlüğü yönetimindeki tarihi mezarlıklar ile şehitlikler ve cemaatlara ait özel statüsü bulunan mezarlıklar hariç, umumi mezarlıkların mülkiyeti belediye bulunan yerlerde belediyelere, köylerde köy tüzelkişiliklerine ait olduğu, bu yerlerin satılamayacağı ve kazandırıcı zamanaşımı zilyedliği yolu ile iktisap edilemeyeceği, belediyeler ile köy muhtarlıklarının, mezarlıkların etrafını duvarla çevirmek, ağaçlandırıp çiçeklendirmek ve gerekli her türlü bakım ve onarımı yaparak korumak zorunda oldukları belirtilmiştir.

1593 sayılı Umumi Hıfzısıhha Kanununun 211. maddesinde, mezarlık itihaz olunan yerlerden başka yerlere ölü defininin yasak olduğu, fevkalade hallerde ve sıhhi mahzur mevcut olmadığı takdirde Bakanlar Kurulu kararıyla muayyen ve malum mezarlıklar haricinde ölü definine müsaade edileceği belirtilmiştir; 212. maddesinde; "Her şehir ve kasaba belediyesi şehir ve kasabanın haricinde ve meskenlerden kafi miktar uzakta olmak üzere şehir ve kasabanın nüfusuna ve senelik vefiyatı umumiyesine nisbetle lazım gelen bir veya müteaddit mezarlık mahalli tesisine mecburdur. Mezarlık olmak üzere intihap edilecek mahallerin toprağı, vasıfları ve civarındaki meskenler veya su menbaları için sıhhi bir mahzur bulunup bulunmadığı ve mesahai sathiyesinin kifayeti sıhhiye memurlarınca tayin olunur. Bu mezarlıkların tanzim ve iyi bir halde muhafazası mahalli belediyelerine aittir. Mezarlıkların etrafı behemehal duvarlarla tahdit edilir." kuralı; 213. maddesinde ise, "Köyler için tesis edilecek mezarlık mahalleri bu köylerin merbut olduğu kaza kaymakamlarınca Hükümet tabiilerinin mutalaası alınarak tayin olunur. Mütaaddit ve yekdiğerine mücavir köyler için bir mezarlık mahalli tesis olunabilir. Köy mezarlıklarının iyi halde muhafazaları ihtiyar heyetlerine aittir." düzenlemesi yer almıştır.

Aynı Yasanın 214. maddesinde, fenni şartları ve vasıfları haiz olmayan ve sıhhi mahzurları görülen mevcut mezarlıkların hali üzerine terk olunarak yeni mezarlıklar ihdas ve tesis edileceği, 215. maddesinde de, bu kanunun tarifi dahilinde defin ruhsatıyesi alınmadıkça ve ibraz olunmadıkça hiç bir cenazenin defininin caiz olmadığı belirtilmiştir.

Yukarıda aktarılan mevzuat hükümlerinden, ölü definlerinin mezarlık olarak belirlenen yerlere yapılacağı, mezarlık harici yerlere defin yasak olduğu, köyler için mezarlık

yeri belirleme görevinin kaymakamlıklara ait bulunduğu, ancak olağanüstü hallerde ve sağlık açısından sakınca bulunmadığı durumlarda belirli şartlarda mezarlıklar harici yerlere Bakanlar Kurulunca defne izin verilebileceği anlaşılmaktadır.

Uyuşmazlıkta da, davacının 17.1.2005 tarihinde ölen ve Kastamonu İli, Araç İlçesi, ... Köyünde mezarlık yeri olarak belirlenmemiş tarla kenarına defnedilen babasının mezarını köy camiiinin kenarında bulunan ve köy mezarlığı olarak bilinen yere nakletmek istediği, sağlık açısından mezarın naklinde sakınca olmadığı konusunda 27.1.2005 tarihli rapor düzenlendiği, Araç Kaymakamlığınca, önce 28.1.2005 tarihli işlemle defne izin verilmişken sonra 31.1.2005 tarihli dava konusu izin vermeme işleminin tesis edildiği anlaşılmıştır.

Bu durumda, köyler için mezarlık yeri belirleme görevinin yasalarla kaymakamlıklara verilmiş olması ve mezarlık olarak belirlenmiş yerler haricindeki yerlere ölü definlerinin yasak olması karşısında, daha önceden defnedilmiş mezarların bulunduğu ve köy mezarlığı olarak bilinen yere mezarın nakli gerekirken, mezarlık olarak belirlenmemiş bir alanda bulunan davacının babasına ait mezarın nakline izin verilmemesinde hukuka uyarlık bulunmamaktadır.

İdare ve Vergi Mahkemelerinin nihai kararlarının temyizen bozulması, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 49 uncu 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 Kastamonu İdare Mahkemesi'nin 16.11.2005 tarih ve E:2005/424, K:2005/764 sayılı kararının onanmasına, 27.10.2008 tarihinde oybirliği ile karar verildi.

İTHAL İZNİ

T.C.
DANIŞTAY
Onuncu Daire

Esas No : 2005/8054
Karar No : 2008/1419

Özeti : Davacı şirket tarafından, pirinç ithalatı için kontrol belgesi verilmesi istemiyle yapılan başvurunun, cevap verilmemek suretiyle reddine ilişkin işlemin iptali istemiyle açılan davada; Tarım ve Köyşleri Bakanlığının, ithalatın tarife ve kota dışı yollarla sınırlandırılmasına yönelik bir yetkisinin bulunmadığı; yetkisinin, ithal edilmek istenen eşyanın insan ve hayvan sağlığı yönünden uygunluğunun denetlenmesiyle sınırlı olduğu hakkında.

Temyiz Eden (Davacı) : ... Pazarlama A. Ş.

Vekilleri : Av. ... - Av. ...

Karşı Taraf (Davalı) : Tarım ve Köyşleri Bakanlığı

İstemin Özeti : Ankara 6. idare Mahkemesince verilen 16.5.2005 tarih ve E:2004/2761, K:2005/726 sayılı kararın temyizen incelenerek bozulması istenilmektedir.

Savunmanın Özeti : Yerinde olmadığı ileri sürülen temyiz isteminin reddi gerektiği savunulmaktadır.

Danıştay Tetkik Hakimi : Mustafa Şişaneci

Düşüncesi : Uyuşmazlığa ilişkin mevzuat hükümlerinden, ithalat ve ihracat konusunda yükümlülük getirme, kısıtlama ve uygulama esaslarını belirleme yetkisinin Bakanlar Kuruluna verildiği, bu çerçevede uygulanacak esasların ve teknik düzenlemelerin Dış Ticaret Müsteşarlığı tarafından hazırlanan Dış Ticarete Standardizasyon Tebliği ile sağlandığı, Tarım ve Köyişleri Bakanlığı'nın yetkisinin, anılan Tebliğ ile ekli listede yer alan ithal edilecek eşyanın insan sağlığı ve güvenliği, hayvan ve bitki varlığı yönünden uygunluğunun denetlenmesi olmasına karşın, davalı idarece Toprak Mahsulleri Ofisi Genel Müdürlüğü yazıları doğrultusunda mevsim kontrol belgesi verilmesi uygulamasının durdurulduğu, bir başka ifade ile yetkisiz idarece ithalatın tarife ve kota dışı yollarla sınırlandırıldığı anlaşıldığından, idare mahkemesince dava konusu işlemin iptaline karar verilmesi gerekirken aksi yönde verilen kararda hukuki isabet bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle kararın bozulması gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı : Yakup Bal

Düşüncesi : Davacı şirket tarafından, pirinç ithalatı için kontrol belgesi verilmesi istemiyle yapılan başvurunun cevap verilmemek suretiyle reddine ilişkin işlemin iptali istemiyle açılan davada, Ankara 6.İdare Mahkemesince verilen ve davanın reddine ilişkin bulunan kararı, davacı temyiz etmekte ve bozulmasına karar verilmesini istemektedir.

441 sayılı Tarım ve Köyişleri Bakanlığının Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname, 2976 sayılı Dış Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanun, Dış Ticarete Teknik Düzenlemeler ve Standardizasyon Rejimi Kararı ve Dış Ticaret Müsteşarlığınca hazırlanan ithal edilecek malların kalite ve sağlık yönünden kontrolüne ilişkin 2005/5 sayılı Dış Ticarete Standardizasyon Tebliği hükümlerinin incelenmesinden; ithalat ve ihracat konusunda yükümlülük getirme, kısıtlama ve uygulama esaslarını belirleme yetkisinin Bakanlar Kuruluna verildiği, bu çerçevede uygulanacak esasların ve teknik düzenlemelerin Dış Ticaret Müsteşarlığı tarafından hazırlanan Dış Ticarete Standardizasyon Tebliği ile sağlandığı, Tarım ve Köyişleri Bakanlığının yetkisinin, anılan Tebliği ile ekli listede yer alan ithal edilecek metallerin insan sağlığı ve güvenliği, hayvan ve bitki varlığı yönünden uygunluğunun denetlenmesi olduğu sonucuna ulaşılmıştır.

Dolayısıyla, pirinç ithalatı için kontrol belgesi verilmesi istemiyle yapılan başvurunun zımnen reddine ilişkin işlemde hukuka uyarlık görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle temyiz isteminin kabul edilerek mahkeme kararının bozulması gerektiği düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Onuncu Dairesince gereği görüldü:

Dava, davacı şirket tarafından, pirinç ithalatı için kontrol belgesi verilmesi istemiyle yapılan başvurunun cevap verilmemek suretiyle reddine ilişkin işlemin iptali istemiyle açılmıştır.

Ankara 6. İdare Mahkemesince, ülkemizde tarım ürünlerinin üretimini sağlamak ve hasat dönemlerinde yerli üreticileri haksız rekabete karşı korumak amacıyla, ülkemiz üretiminde önemli yeri olan pirinç için, üreticileri korumaya yönelik kısıtlama getirilmesi yönündeki Toprak Mahsulleri Ofisi Genel Müdürlüğü'nün yazıları doğrultusunda kontrol belgesi verilecek dönemlerin değiştirildiği; bu sebeple davacıya kontrol belgesi verilmediği; bu durumda, yerli üreticileri teşvik ve haksız rekabete karşı korumak amacıyla tesis edilen işlemde hukuka aykırılık bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir.

Davacı tarafından, anılan kararın hukuka aykırı olduğu ileri sürülerek temyizden incelenip bozulması istenilmektedir.

441 sayılı Tarım ve Köyişleri Bakanlığının Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin 2. maddesinde, ithal ve ihraç olunacak bitkisel ürünlerin hastalık ve zararlılar yönünden kontrolü görevi Tarım ve Köyişleri Bakanlığı'nın görevleri arasında sayılmıştır.

2976 sayılı Dış Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanun'un 1. maddesinde, dış ticaretin, ülke ekonomisi yararına düzenlenmesini sağlamak amacıyla ithalat, ihracat ve diğer dış ticaret işlemleri üzerine vergi ve benzeri yükümlülükler dışında ek mali yükümlülükler konulması ve kaldırılması, bu yükümlülüklerle ilişkin esasların tespit edilmesi ve oluşan fonların kullanılmasının bu Kanun hükümlerine göre yürütüleceği; 2. maddesinde ise bu konuda yetkinin Bakanlar Kurulu tarafından kullanılacağı hükmüne yer verilmiştir..

01.02.1996 günlü Mükerrer sayılı Resmi Gazetede yayımlanan 96/7794 sayılı "Dış Ticarete Teknik Düzenlemeler ve Standardizasyon Rejimi Kararı" nın 2/g maddesinde; mevzuatın dış ticaret sistemine uygulanmasına, ithalat ve ihracatta uygulama esaslarının belirlenmesine Dış Ticaret Müsteşarlığının yetkili olduğu hükme bağlanmıştır.

Bu çerçevede, Dış Ticaret Müsteşarlığınca hazırlanan, ithal edilecek malların kalite ve sağlık yönünden kontrolüne ilişkin 2005/5 sayılı Dış Ticarete Standardizasyon Tebliğinin 1. maddesinde; bu tebliğ eki listelerde yer alan Serbest Dolaşıma Giriş Rejimi, Dahilde İşleme Rejimi, Gümrük Kontrolü Altında İşleme Rejimi ve Geçici İthalat Rejimi'ne tabi tutulan maddelerin insan sağlığı ve güvenliği, hayvan ve bitki varlığı ve sağlığı yönünden uygunluğunun Tarım ve Köyşleri Bakanlığı'nca tespit edileceği düzenlemesine yer verilmiştir.

Yukarıya anılan mevzuat hükümlerinin birlikte değerlendirilmesinden, ithalat ve ihracat konusunda yükümlülük getirme, kısıtlama ve uygulama esaslarını belirleme yetkisinin Bakanlar Kuruluna verildiği, bu çerçevede uygulanacak esasların ve teknik düzenlemelerin Dış Ticaret Müsteşarlığı tarafından hazırlanan Dış Ticarete Standardizasyon Tebliği ile sağlandığı; dolayısıyla Tarım ve Köyşleri Bakanlığı'nın yetkisinin yalnızca anılan Tebliğ ile ekli listede yer alan, ithal edilecek ürünlerin insan sağlığı ve güvenliği, hayvan ve bitki varlığı ve sağlığı yönünden uygunluğunun denetlenmesi ile sınırlı olduğu sonucuna varılmıştır.

Dosyadaki bilgi ve belgelerden; dünya piyasalarında pirinç fiyatları çok düşük olduğundan, ülkemizde tarım ürünlerinin üretimini sağlamak ve hasat dönemlerinde yerli üreticileri haksız rekabete karşı korumak amacıyla, pirinç ve çeltik için Toprak Mahsulleri Ofisi Genel Müdürlüğü yazıları doğrultusunda, Tarım ve Köyşleri Bakanlığınca mevsim kontrol belgesi verilmesi uygulamasının durdurulması suretiyle, yetkisi dahilinde bulunmamasına karşın Tarım ve Köyşleri Bakanlığınca, ithalatın, tarife ve kota dışı yollarla sınırlandırıldığı anlaşılmaktadır.

Bu durumda, İdare Mahkemesince, dava konusu işlemin yetki yönünden iptali gerekirken, davanın reddi yolunda verilen kararda hukuki isabet bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 49. maddesi uyarınca temyiz isteminin kabulüne, Ankara 6. İdare İdare Mahkemesinin 16.5.2005 tarih ve E:2004/2761, K:2005/726 sayılı kararının BOZULMASINA, dava dosyasının yeniden bir karar verilmek üzere anılan İdare Mahkemesine gönderilmesine, 25.3.2008 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

MUAYENEHANE AÇILMASI

T.C.
DANIŞTAY
Onuncu Daire
Esas No : 2006/678
Karar No : 2008/6146

Özeti : Dış hekimlerinin, ikamet ettikleri konutlarının bir bölümünü, muayenehane olarak kullanmalarının mümkün olmadığı hakkında.

Temyiz Eden (Davalı) : İstanbul Valiliği
Karşı Taraf (Davacı) : ...
İstemin Özeti : İstanbul 2. İdare Mahkemesinin 31.5.2005 tarih ve E:2004/2001, K:2005/1432 sayılı kararının temyizen incelenerek bozulması istenilmektedir.
Savunmanın Özeti : Cevap verilmemiştir.
Danıştay Tetkik Hakimi : Erkan Yılmaz
Düşüncesi : 1219 sayılı Yasanın tabiplerle ilgili düzenleme getiren 5. maddesinde, tabiplerin özel muayenehane açmak veya evinde muayenehane tesis eylemek suretiyle sanatını icra edebilmelerine olanak tanınmıştır. Oysa Yasanın dış tabipleri ilgili düzenleme getiren 36. maddesinde, dış hekimleri ile dişçilerin, sadece muayenehane olarak kullanacakları bir mahalde sanatlarını icra edebilecekleri açıkça belirtilmiştir.
Bu durumda, 1219 sayılı Yasaya göre, dış tabiplerinin evlerinin bir bölümünü muayenehane olarak kullanmaları mümkün olmadığından, evinin bir bölümünü muayenehane olarak kullanmak isteyen davacıya uygunluk belgesi verilmemesi yolunda tesis edilen işlemde hukuka aykırılık görülmemiştir.
Açıklanan nedenlerle, davalı idare temyiz isteminin kabulü ile mahkeme kararının bozulması gerektiği düşünülmektedir.
Danıştay Savcısı : Ergün Özcan
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 Onuncu Dairesince gereği görüldü:

Dava, dış tabibi olan davacının uygunluk belgesi verilmesi istemiyle yaptığı başvurunun reddine ilişkin işlemin iptali istemiyle açılmıştır.

İstanbul 2. İdare Mahkemesince 1219 sayılı Yasada ve Ağız ve Diş Sağlığı Hizmeti Sunulan Özel Sağlık Kuruluşları Hakkındaki Yönetmelikte, dış tabiplerinin evlerinin bir bölümünü muayenehane olarak kullanmalarına engel bir düzenleme bulunmadığı, davacının evinin aynı zamanda bir bölümünü muayenehane olarak kullanabilmesi için gerekli tıbbi, teknik ve fiziki şartlara uygunluğu yönünden bir inceleme ve araştırma yapılmadan, sadece evin bir bölümünün muayenehane olarak kullanmasının uygun olmadığı nedenine dayanılarak davacının açmak istediği muayenehaneye uygunluk belgesi verilmemesine ilişkin işlemde hukuka aykırılık bulunmadığı gerekçesiyle iptaline karar verilmiştir.

Davalı idarece hukuka aykırı olduğu ileri sürülen mahkeme kararının temyizen incelenerek bozulması istenilmektedir.

1219 sayılı Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanunda, Türkiye Cumhuriyeti dahilinde tababet icra edecek tabipler ile sadece dişlerin ve diş etleri ile esnanın tedavisi ve dişlerin ikmal ve ıslahına ait ameliyeleri icra edecek dış tabiplerinin görev, yetki ve sorumlulukları dikkate alınarak tabi olacakları kurallar ayrı ayrı düzenlenmiştir. Dolayısıyla Yasada tabipler için öngörülen kuralların, kıyas yoluyla dış tabiplerine de uygulanması mümkün değildir.

Yasanın, tabiplerle ilgili düzenleme getiren 5. maddesinde, tabiplerin özel muayenehane açmak veya evinde muayenehane tesis eylemek suretiyle sanatını icra edebilmelerine olanak tanınmıştır. Oysa, Yasanın dış tabipleri ilgili düzenleme getiren 36. maddesinde, dış hekimleri ile dişçilerin, sadece muayenehane olarak kullanacakları bir mahalde sanatlarını icra edebilecekleri açıkça belirtilmiştir.

1219 sayılı Yasa ve ilgili mevzuata dayanılarak çıkarılan Ağız ve Diş Sağlığı Hizmeti Sunulan Özel Sağlık Kuruluşları Hakkındaki Yönetmelikte; diş tabiplerinin ikamet ettikleri evin bir bölümünü, muayenehane olarak kullanmalarını engelleyen bir kural bulunmamaktadır.

Ancak, normlar hiyerarşisinin bir gereği olarak yönetmeliğin dayanağı olan Yasaya aykırı olamayacağı, aykırı olması halinde 2577 sayılı Yasanın 7. maddesinin son cümlesindeki, düzenleyici işlemin iptal edilmemiş olmasının, bu düzenlemeye dayalı işlemin iptaline engel oluşturmayacağına ilişkin kural uyarınca, sözü edilen yönetmeliğin ihmal edilmesi gerekmektedir.

Dava konusu olayda; diş tabibi olan davacının uygunluk belgesi verilmesi istemiyle yaptığı başvuru üzerine idarece yerinde yapılan incelemede, muayenehane olarak kullanılmak istenilen taşınmazın aynı zamanda ev olarak kullanıldığının tespit edildiği belirtilerek uygunluk belgesi verilemeyeceği, muayenehane ve evin ayrılması halinde yeniden yapılacak başvurunun değerlendirilebileceği yönünde tesis edilen işlemin iptali istemiyle görülmekte olan davanın açıldığı anlaşılmaktadır.

Bu durumda, 1219 sayılı Yasaya göre, diş tabiplerinin ikamet ettikleri evlerinin bir bölümünü muayenehane olarak kullanmaları mümkün olmadığından, evinin bir bölümünü muayenehane olarak kullanmak isteyen davacıya uygunluk belgesi verilmemesi yolunda tesis edilen işlemde hukuka aykırılık görülmemiştir.

İdare Mahkemesince; yukarıda yapılan açıklama ve değinilen Yasal düzenleme uyarınca davanın reddine karar verilmesi gerekirken, dava konusu işlemin iptali yolunda verilen kararda hukuki isabet bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle, davalı idare temyiz isteminin kabulü ile İstanbul 2. İdare Mahkemesinin 31.5.2005 tarih ve E:2004/2001, K:2005/1432 sayılı kararının BOZULMASINA, yeniden bir karar verilmek üzere dosyanın adı geçen mahkemeye gönderilmesine 16.9.2008 tarihinde oybirliği ile karar verildi.

ÖZEL İDARE İŞLERİ

T.C.
DANIŞTAY
Onuncu Daire

Esas No : 2006/2925
Karar No : 2008/6632

Özeti : İl Genel Meclisinin, sosyal yardımlaşma ve dayanışma vakıfları mütevelli heyetine seçeceği üyelerin, hayırsever vatandaş olma şartına sahip olması gerektiği hakkında.

Temyiz Eden (Davalı) : Eskişehir İl Özel İdaresi Adına Eskişehir Valiliği

Vekili : Av. ...

Karşı Taraf (Davacı) : Günyüzü Belediye Başkanlığı

Vekilleri : Av. ..., Av. ...

İstemin Özeti : Eskişehir İdare Mahkemesince, dava konusu işlemin iptali yolunda verilen 30.12.2005 tarih ve E:2005/1455, K:2005/2448 sayılı kararın temyizen incelenerek bozulması istenilmektedir.

Savunmanın Özeti : Cevap verilmemiştir.

Danıştay Tetkik Hakimi : Erkan Yılmaz

Düşüncesi : Sonucu itibariyle hukuka uygun bulunan mahkeme kararının onanmasına karar verilmesi gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı : Nevzat Özgür

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 Onuncu Dairesince işin gereği görüşüldü

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 45. maddesinde, 3294 sayılı Sosyal Yardımlaşmayı ve Dayanışmayı Teşvik Kanunu gereğince kamu kurum ve kuruluşları tarafından sosyal yardım amacıyla bağlanan aylık ve yapılan sosyal yardımlara ilişkin uygulamalardan kaynaklanan uyuşmazlıklarla ilgili olarak verilen kararların, itiraz yoluyla Bölge İdare Mahkemesinde inceleneceği kurala bağlanmıştır. Dava konusu olayda uyuşmazlık ise, 3294 sayılı Sosyal Yardımlaşmayı ve Dayanışmayı Teşvik Kanunu hükümlerine göre Eskişehir İl Genel Meclisince, Eskişehir İli Merkez ve İlçelerinde bulunan sosyal yardımlaşma ve dayanışma vakıflarının mütevelli heyetlerine yapılan seçimin, ... İlçesine ilişkin kısmının iptali istemine ilişkindir. Dolayısıyla 2577 sayılı Yasanın 45. maddesi kapsamında bulunmayan uyuşmazlıkla ilgili olarak verilen karar, aynı Yasanın 46. maddesi uyarınca Danıştay'ın temyiz incelemesine tabi bulunmaktadır.

Eskişehir İl Genel Meclisince, Eskişehir İli Merkez ve İlçelerinde bulunan sosyal yardımlaşma ve dayanışma vakıflarının mütevelli heyetlerine yapılan seçimin, ... İlçesine ilişkin kısmının iptali istemiyle açılan dava sonucunda, Eskişehir İdare Mahkemesince, Eskişehir İl Özel İdaresinin 11.4.2005 tarihli yazısı ile, ... İlçesinde bulunan sosyal yardımlaşma ve dayanışma vakfının mütevelli heyetine seçilmesini önerdiği hayırsever vatandaşların ad ve soyadlarının bildirilmesinin ... Kaymakamlığından istenildiği, bu yazı üzerine adı geçen Kaymakamlıkça önerilen üç ismin 22.4.2005 tarihli yazı ile özel idareye bildirildiği, İl Genel Meclisince diğer ilçelerin bildirdiği isimlerin tamamının veya bir kısmının mütevelli heyetine seçilmesine karşın, sadece ... İlçesi için bildirilen isimlerin mütevelli heyetine seçilmediği, dolayısıyla İl Genel Meclisince yapılan seçimin ... İlçesine ilişkin kısmının nesnel ölçütlere göre yapılmadığı anlaşıldığından, yapılan seçimin adı geçen ilçeye ilişkin kısmında hukuka uyarlık bulunmadığı gerekçesiyle iptaline karar verilmiştir.

Davalı idare tarafından, hukuka aykırı olduğu ileri sürülen mahkeme kararının temyizen incelenerek bozulması istenilmektedir

3294 sayılı Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışmayı Teşvik Kanununun 7. maddesinde, bu Yasanın amacına uygun faaliyet ve çalışmalar yapmak ve ihtiyaç sahibi vatandaşlara nakdî ve aynî yardımda bulunmak üzere her il ve ilçede sosyal yardımlaşma ve dayanışma vakıflarının kurulacağı, Mülkî idare amirlerinin vakfın tabii başkanı olduğu, illerde belediye başkanı, defterdar, il millî eğitim müdürü, il sağlık müdürü, il tarım müdürü, il sosyal hizmetler ve çocuk esirgeme kurumu müdürü ve il müftüsü; ilçelerde belediye başkanı, mal müdürü, ilçe millî eğitim müdürü, Sağlık Bakanlığının ilçe üst görevlisi, varsa ilçe tarım müdürü ve ilçe müftüsü vakfın mütevelli heyetini oluşturacağı, ayrıca her faaliyet dönemi için, il dahilindeki köy ve mahalle muhtarlarının valinin çağrısı üzerine yapacağı toplantıya katılanların salt çoğunluğuyla kendi aralarından seçecekleri birer muhtar üye ile ilde kurulan ve bu Kanunda belirtilen amaçlara yönelik faaliyette bulunan sivil toplum kuruluşlarının yöneticilerinin kendi aralarından seçecekleri iki temsilci ve hayırsever vatandaşlar arasından il genel meclisinin seçeceği iki kişi; ilçe dahilindeki köy ve mahalle muhtarlarının kaymakamın çağrısı üzerine yapacağı toplantıya katılanların salt çoğunluğu ile kendi aralarından

seçecekleri birer üye ile ilçede kurulu ve bu Kanunda belirtilen amaçlara yönelik faaliyette bulunan sivil toplum kuruluşlarının yöneticilerinin kendi aralarından seçecekleri bir temsilci ve hayırsever vatandaşlar arasından il genel meclisinin seçeceği iki kişinin müteveli heyetinde görev alacağı, il veya ilçede bu Yasada belirtilen amaçlara yönelik faaliyette bulunan sivil toplum kuruluşunun olmaması halinde, hayırsever vatandaşlar arasından il genel meclisinin seçeceği üçüncü bir kişinin de müteveli heyetinde görev yapacağı kurala bağlanmıştır.

Görüldüğü üzere Yasada, il veya ilçe sosyal yardımlaşma ve dayanışma vakıflarının müteveli heyetinde görev yapacak hayırsever vatandaşların seçiminde, İl Genel Meclisine takdir yetkisi tanınmıştır. Ancak bu takdir yetkisinin, Yasanın 1. maddesinde yer alan, fakru zaruret içinde ve muhtaç durumda bulunan vatandaşlar ile gerektiğinde her ne suretle olursa olsun Türkiye'ye kabul edilmiş veya gelmiş olan kişilere yardım etmek, sosyal adaleti pekiştirici tedbirler olarak gelir dağılımının adilane bir şekilde tevzi edilmesini sağlamak, sosyal yardımlaşma ve dayanışmayı teşvik etmek amacına uygun olarak kullanılması zorunludur.

Dosyanın incelenmesinden, ... İlçesinde kurulan sosyal yardımlaşma ve dayanışma vakfı müteveli heyetine seçilmesi önerilen üç hayırsever vatandaşın hiçbirinin, İl Genel Meclisince müteveli heyetine seçilmediği, bu üç kişi yerine dava konusu İl Genel Meclisinin 2.5.2005 tarih ve 2 sayılı kararı ile ..., ... ve ... adlı kişilerin müteveli heyetine seçilmesine karar verildiği, müteveli heyetine seçilen ... adlı kişinin hakaret suçundan mahkumiyeti bulunduğu ve hakkında zimmet suçundan kamu davası açıldığı, müteveli heyetine seçilen diğer iki kişinin ise, Yasada öngörülen hayırsever vatandaş olma şartına sahip oldukları yönünde idarece yapılmış bir tesbit veya bu hususa ilişkin bir bilgi ve belgenin bulunmadığı anlaşılmaktadır.

Bu durumda, müteveli heyetine seçilen kişilerden biri hakkında zimmet suçundan kamu davası açıldığı, diğer iki kişinin hayırsever vatandaş olduklarına ilişkin herhangi bir bilgi ve belge bulunmadığı dikkate alındığında, bu üç kişinin müteveli heyetine seçilmeleri yolundaki kararın, Yasada öngörülen amacın gerçekleştirilmesini sağlayacak nitelikte olmadığı, dolayısıyla kamu yararına, hizmetin gereklerine ve hukuka uygun olmadığına kabulü gerekmektedir.

İdare Mahkemesince, belirtilen nedenlerle dava konusu işlemin iptaline karar verilmesi gerekirken, yukarıda özetlenen gerekçeyle işlemin iptali yolunda verilen kararda sonucu itibarıyla hukuki isabetsizlik görülmemektedir.

Açıklanan nedenlerle, davalı idare temyiz isteminin reddi ile Eskişehir İdare Mahkemesinin 30.12.2005 tarih ve E:2005/1455, K:2005/2448 sayılı kararının, yukarıda belirtilen gerekçe ile onanmasına, dosyanın adı geçen mahkemeye gönderilmesine, 15.10.2008 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

TAM YARGI DAVALARI

T.C.
DANIŞTAY
Onuncu Daire

Esas No : 2006/6131
Karar No : 2008/4559

Özeti : Savcıların yargılama görevi kapsamında yürüttükleri hizmetler dışında, idari görevleri de bulunduğundan, yaptıkları idari görevlerine ilişkin işlemlerden dolayı Adalet Bakanlığının sorumlu tutulabileceği ve bu

işlemlere karşı açılacak davalarda idari yargı yerinin görevli olduğu; hakkında verilen gıyabi tutukluluk kararının mahkemece kaldırılmasına rağmen, davacının şikayetçi olarak gittiği karakolda, kaldırılmış olan gıyabi tutuklama kararı uygulanıp gözaltına alınmasında, temel hak ve özgürlükleri doğrudan etkileyen bir konuda gerekli koordinasyonu sağlamayan, gıyabi tutukluluk kararının kaldırıldığını kayıtlarına işleyemeyen ve davacının gözaltına alınmasına neden olan idarelerin ağır hizmet kusuru bulunduğu, bu nedenle idarelerce davacının maddi ve manevi zararlarının tazmini gerektiği hakkında.

Temyiz Eden (Davacı) :...

Vekili : Av. ...

**Karşı Taraf (Davalılar) : 1- Adalet Bakanlığı
2- İçişleri Bakanlığı**

İstem'in Özeti : İzmir 4. İdare Mahkemesinin 28.11.2005 tarih ve E:2005/236, K:2005/1271 sayılı kararının, hukuka aykırı olduğu ileri sürülerek temyiz incelenip bozulması istenilmektedir.

Davalı İdarelerin Savunmalarının Özeti: Yerinde olmadığı ileri sürülen temyiz isteminin reddi gerektiği savunulmuştur.

Danıştay Tetkik Hakimi : Tarık Armağan

Düşüncesi : Uyuşmazlıkta, davacının Bankacılık Kanununa muhalefet suçu iddiasıyla yapılan yargılaması sırasında verilen gıyabi tutuklama kararının Mahkemece 11.10.2001 tarihinde kaldırılmasına rağmen, aralarında gerekli koordinasyonun sağlanarak, gıyabi tutukluluk kararının kaldırıldığına sisteme geçmesini sağlayamayan davalı idarelerin ikisinin de hizmet kusurunun bulunduğu açıktır.

Ayrıca, yargı kararı ile kaldırılan gıyabi tutuklama kararının kayıtlardan silinmesinin temininin sağlanması, emniyet birimleri yönünden idari bir görev olduğu gibi, Cumhuriyet Savcıları yönünden de yargılama fonksiyonu dışındaki idari bir göreve ilişkin olduğundan, Adalet Bakanlığı'na karşı açılan davanın da idari yargıda görülmesi gerekmektedir.

Bu nedenle, olayda hizmet kusuru bulunan davalı idarelerce, davacının zararlarının tazmin edilmesi gerektiğinden; davanın Adalet Bakanlığı'na ilişkin olarak görev yönünden, İçişleri Bakanlığı'na ilişkin olarak ise esastan reddi yolunda verilen temyize konu mahkeme kararının bozulması gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı : Ergün 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 Onuncu Dairesince 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 17. maddesi uyarınca, davacının duruşma istemi yerinde görülmeyerek gereği görüldü:

Dava; avukat olan davacının, Bankalar Kanununa muhalefet suçu iddiasıyla yapılan yargılamasında, 11.10.2001 günü kaldırılan gıyabi tutuklama kararının, Genel Bilgi Tarama (GBT) kayıtlarından silinmemesi nedeniyle, duruşma için gittiği İzmir'de 26.12.2003 tarihinde

Bostanlı Polis Karakolunda gözaltına alınmasında ve bu süreçte maruz kaldığı muamelelerde davalı idarelerin hizmet kusuru bulunduğunu ileri sürerek, uğradığını belirttiği 10.000-YTL maddi ve 20.000-YTL manevi zararın olay tarihinden itibaren işletilecek yasal faiziyle birlikte tazminine karar verilmesi istemiyle açılmıştır.

İdare Mahkemesince; davacı tarafından, gıyabi tevkif kararının yargı kararı ile kalkmış olmasına karşın, bunu emniyet yetkililerine bildirerek kayıtlardan silinmesini sağlamayan adliye personelinin ve İzmir'de görevli infaz savcısının verdiği emirler nedeniyle Polis Karakolunda gözaltında tutulduğu ileri sürülerek Adalet Bakanlığına karşı dava açılmış ise de; bağımsız bir organ olan yargının, yargılama süreci ile ilgili işlemlerinin Anayasa'nın 125. maddesinde öngörülen idari işlemler kapsamına girmediği; yargılama sürecine katkıda bulunan işlemler nedeniyle devletin sorumluluğunun kabul edildiği durumlarda, bu sorumluluğun denetiminin de aynı yargı düzeni içinde yapılması gerektiği; buna göre zarara neden olduğu ileri sürülen işlemi, Mahkemenin (Savcılığın) yapmış olması nedeniyle, bu işlemlere karşı açılacak davaların adli yargı yerlerinde açılması gerektiği gerekçesiyle, davanın Adalet Bakanlığı'na karşı açılan kısmının görev yönünden reddine; davanın İçişleri Bakanlığı'na karşı açılan kısmının ise; Bostanlı Polis Karakolunda görevli polis memurları hakkındaki şikayet dilekçeleri üzerine suçu teşkil eden bir fiile rastlanılmamış olması nedeniyle kovuşturma açılmasına gerek olmadığı yönünde verilen takipsizlik kararları karşısında, idarenin yürüttüğü hizmetler ya da tesis ettiği işlemler nedeniyle doğduğu ileri sürülen zararların, davalı idarenin hizmet kusurundan kaynaklandığını ispat edici kanıtlar bulunmadığından, anılan idarenin maddi ve manevi tazminat sorumluluğundan söz edilemeyeceği gerekçesiyle, davanın İçişleri Bakanlığı'na karşı açılan kısmının da esastan reddine karar verilmiştir.

Davacı tarafından, hukuka aykırı olduğu ileri sürülerek anılan mahkeme kararının temyizen incelenip bozulması istenilmektedir.

Anayasa'nın "Genel Esaslar" başlıklı Birinci Bölümünde, egemenliğin kayıtsız şartsız Millet'in olduğu ve Türk Milletinin egemenliğini, Anayasa'nın koyduğu esaslara göre yasama, yürütme ve yargı organları eliyle kullanacağı öngörülmüş, 9. maddesinde; yargı yetkisinin Türk Milleti adına bağımsız mahkemeler tarafından kullanılacağı; 125. maddesinin 1. fıkrasında ise, idarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolunun açık olduğu; aynı maddenin son fıkrasında da; idarenin, kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlü olduğu, 140/6. maddesinde de, hâkim ve savcılarının idari yönden Adalet Bakanlığına bağlı olduğu hükümlerine yer verilmiştir.

Fonksiyonel bakımdan, yasama ve yürütmeden ayrı olup, bağımsız bir organ olan yargının, yargılama süreci ile ilgili işlemleri Anayasa'nın 125. maddesinde öngörülen "idari işlemler" kapsamına girmemektedir.

İdari yönden Adalet Bakanlığına bağlı olan; ancak, yargılama görevi kapsamında yürüttükleri hizmet nedeniyle Adalet Bakanlığı'nın ajanı konumunda olmayan savcılarının verdiği kararlardan dolayı, yürütme fonksiyonu içinde yer alan Adalet Bakanlığı'nın sorumlu tutulmasına olanak bulunmamakta ise de, savcılarının, yargılama fonksiyonu dışında, yasalarla verilmiş idari görevleri de bulunduğundan, yaptıkları idari görevler nedeniyle ve bu kapsamda tesis edilen işlemlerden dolayı Adalet Bakanlığının sorumlu tutulabileceği açıktır.

Dava dosyasının incelenmesinden; İstanbul'da serbest avukat olarak çalışan davacının, bir dava nedeniyle İzmir'de bulunduğu 26.12.2003 günü, sabah saatlerinde İstanbul'a gitmek için arabasına bindiğinde, arabasından bazı eşyalarının çalındığını anlaması üzerine, şikayetçi olmak için saat 10:00 sıralarında Bostanlı Polis Karakoluna gittiği; bilgisayarda yapılan kimlik sorgulaması sırasında, hakkında İstanbul Şişli 2. Asliye Ceza Mahkemesince verilmiş gıyabi tutuklama kararı bulunduğu görülerek, saat 11.30'da şüpheli şahıs ve sanık hakları formu düzenlenerek göz altına alındığı; devamında üst araması yapılarak nezarethaneye konulduğu; davacının, hakkındaki gıyabi tutuklama kararının kaldırıldığını, kararın İstanbul'daki bürosunda bulunduğunu belirtmesi üzerine, görevlilerce

infaz savcısının arandığı, savcı tarafından Şişli Asliye Ceza Mahkemesinden faks gelinceye kadar davacının karakolda muhafaza edilmesi emrinin verildiği; bu arada davacının, sağlık raporu alınması için hastaneye götürüldüğü, giyabi tevkif kararının kaldırıldığına ilişkin karar örneğinin saat 16:23'te Karşıyaka Cumhuriyet Savcılığı'na bildirilmesine kadar nezarethanede kaldığı, saat 17:30'da istemi üzerine Baro'dan kendisine bir avukat atandığı, yine aynı saatte nöbetçi infaz savcısı ile görüşülerek salıverme tutanağının düzenlendiği; tekrar polis memurları gözetiminde Devlet Hastanesine götürülerek sağlık raporu alındığı; davacının, hastane dönüşünde, aracının bulunduğu karakol bahçesine getirilmeyerek hastane kapısında bırakıldığını ve yürüyerek karakola dönmek zorunda kaldığını; hakkında verilen giyabi tutuklama kararının kalktığını ve kararın bir örneğinin İstanbul'daki bürosunda bulunan arkadaşları tarafından gönderilebileceğini belirtmesine rağmen CMUK 108 ve 109. maddeleri uyarınca hemen Sulh Ceza hakimi önüne çıkarılmadığını, 8 saat göz altında tutulduğunu, bu süreç içerisinde kendisine kötü davranıldığını, bayan polis tarafından yapılan üst aramasında taciz edildiğini; 5 saat nezarethanede tutulduğunu, yaşadığı olaylar nedeniyle psikolojik tedavi gördüğünü öne sürerek, davalı idarelerin hizmet kusuru işlediği iddiasıyla, 10.000-YTL maddi ve 20.000-YTL manevi zararın tazminini istediği anlaşılmaktadır.

Davacı tarafından, gözüaltına alındığı süreçte kötü muameleye maruz kalındığı ileri sürülmüş ise de; dosyadaki bilgi ve belgelerin incelenmesinden, davalı İçişleri Bakanlığının, anılan süreçte yürüttüğü hizmet ve tesis etmiş olduğu işlemlerde hizmet kusuru bulunduğu kanıtlanamadığı görülmektedir.

Bununla birlikte, uyuşmazlıkta, davacının Bankacılık Kanununa muhalefet suçlamasıyla yapılan yargılaması sırasında verilen giyabi tutuklama kararının, Mahkemeye 11.10.2001 tarihinde kaldırıldığı, daha sonra da söz konusu davanın 28.12.2001 tarihinde zamanasımı nedeniyle ortadan kaldırıldığı tartışmasız olduğundan; davacının, giyabi tutuklama kararının kaldırılmasından iki yıldan fazla bir süre geçtikten sonra 26.12.2003 tarihinde, arabasına hırsız girmesi nedeniyle şikayetçi olarak gittiği bir karakolda, kaldırılmış olan giyabi tutuklama kararı uygulanıp gözüaltına alınmasında, temel hak ve özgürlükleri doğrudan etkileyen bir konuda aralarında gerekli koordinasyonu sağlamayan, giyabi tutukluluk kararının kaldırıldığını kayıtlarına işleyemeyen ve davacının gözüaltına alınmasına neden olan davalı idarelerin her ikisinin de ağır hizmet kusurunun bulunduğu açıktır.

Ayrıca, yargı kararı ile kaldırılan giyabi tutuklama kararının kayıtlardan silinmesinin sağlanması, emniyet birimleri yönünden idari bir görev olduğu gibi, Cumhuriyet Savcıları yönünden de yargılama fonksiyonu dışındaki idari bir göreve ilişkin olduğundan, Adalet Bakanlığı'na karşı açılan davanın da idari yargıda görülmesi gerekmektedir.

Bu durumda, olayda hizmet kusuru bulunan davalı idarelerce, davacının zararlarının tazmin edilmesi gerekmekte olup, idare mahkemesince yapılacak araştırma sonucunda, davacının maddi bir zararı olduğu tespit edilirse, taleple bağlı kalınarak maddi tazminata hükmedilmesi; manevi tazminata ilişkin olarak ise; iki yıldan daha fazla bir süre önce kaldırılan giyabi tutuklama kararının, aralarındaki koordinasyon eksikliği yüzünden kayıtlardan silinmesini sağlayamayan idarelerin bu davranışlarının ağır hizmet kusuru teşkil etmesi nedeniyle; davacının haksız olarak gözüaltına alındığı, böylece bir süre özgürlüğünden mahrum kaldığı dikkate alınarak, uğranılan zararlar orantılı olarak manevi tazminata hükmedilmesi gerekirken, bu hususlar gözardı edilerek, davanın Adalet Bakanlığı'na ilişkin olarak görev yönünden, İçişleri Bakanlığı'na ilişkin olarak ise esastan reddi yolunda verilen kararda hukuki isabet bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle, davacının temyiz isteminin kabulüyle, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 49. maddesi uyarınca, İzmir 4. İdare Mahkemesinin 28.11.2005 tarih ve E:2005/236, K:2005/1271 sayılı kararının bozulmasına, dosyanın yeniden bir karar verilmek üzere anılan Mahkemeye gönderilmesine, 18.6.2008 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

T.C.
DANIŞTAY
Onuncu Daire
Esas No : 2007/2965
Karar No : 2008/4831

Özeti : Tıbbi operasyonların sonuç ve etkilerinin ortak hayat deneyimleri veya hayatın olağan akışı göz önüne alınarak yargı yerlerince saptanamayacağı, adalet işlerinde bilirkişilik yapmak üzere kurulan Adli Tıp Kurumuna başvurulması gerektiği hakkında.

Temyiz Eden (Davalı) : Sağlık Bakanlığı
Temyiz Eden (Davalı İdare Yanında Müdahiller) : 1-...
Vekili : Av. ...

2-...

Vekili : Av. ...

Diğer Müdahil : 3-...

Vekili : Av. ...

Karşı Taraf (Davacı) : ...

Vekili : Av. ...

İstemin Özeti : Ankara 10. İdare Mahkemesinin davanın kabulü yolunda verdiği 20.12.2006 tarih ve E:2006/302, K:2006/3776 sayılı kararın temyizen incelenerek bozulması istenilmektedir.

Savunmanın Özeti : Temyiz istemlerinin reddi gerektiği savunulmaktadır

Danıştay Tetkik Hakimi : Erkan Yılmaz

Düşüncesi : İdarenin yürütmekle yükümlü olduğu bir hizmetin kuruluşunda, düzenlenişinde veya işleyişindeki nesnel nitelikli bozukluk, aksaklık veya boşluk olarak tanımlanabilen hizmet kusuru; hizmetin kötü işlemesi, geç işlemesi veya hiç işlememesi hallerinde gerçekleşmekte ve idarenin tazmin yükümlülüğünün doğmasına yol açmaktadır. Hizmet kusuru belirli bir ajan veya memurun şahsına atf ve izafe edilebilen bir kusur olmayıp, kamu hizmetini görmekle yükümlü olan idareye ait bir kusurdur. Bu nedenle hizmet kusuru ilkesi gereğince idarenin sorumluluğuna hükmedilebilmesi için, hizmeti kusurlu yürüten ajan veya memurun yargı yerince belirlenmesi zorunlu değildir. Kusurun somut faili olan ajanın açık ve tereddüte yer bırakmayacak şekilde idarece veya mahkemece belirlenmiş olması halinde ancak idarenin hukuki sorumluluğunu gerektiren işlem veya eylemde bulunan ajan veya memura kararda yer verilebilir. Dava konusu olayda, davacının karnında unutulmuş spanjın, herhangi bir tıbbi tespit olmamasına karşın, 9.9.2003 tarihinde SSK Etlik Ankara Doğumevi ve Kadın Hastalıkları Eğitim Hastanesinde yapılan sezaryen ameliyatı sırasında unutulduğunun hayatın olağan akışına uygun olduğundan bahisle bu ameliyatı gerçekleştiren kamu personelinin hizmet kusurdan dolayı manevi tazminata hükmeden mahkeme kararı sonucu itibarıyla hukuka uygun görülmüştür.

Açıklanan nedenlerle, mahkeme kararının onanmasına karar verilmesi gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı : Yakup Bal

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 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 Onuncu Dairesince gereği görüldü:

Dava, SSK Etlik Ankara Doğumevi ve Kadın Hastalıkları Eğitim Hastanesinde 9.9.2003 tarihinde sezaryenle doğum yapan davacının karnında gazlı bez unutulduğunun 25.11.2004 tarihinde yapılan ameliyat sırasında ortaya çıkması üzerine uğranıldığı ileri sürülen 30.000 YTL manevi zararın yasal faiziyle birlikte tazmini istemiyle açılmıştır.

Ankara 10. İdare Mahkemesince, ilk çocuğunu normal yolla dünyaya getiren davacının 1999 yılında geçirmiş olduğu sfinkter onarımına ilişkin operasyon nedeniyle ikinci çocuğunun doğumunun SSK Etlik Ankara Doğumevi ve Kadın Hastalıkları Eğitim Hastanesinde 9.9.2003 tarihinde yapılan sezaryenle gerçekleştirildiği, davacının karın ağrısı ve bulantı şikayetinin sezaryenle yapılan doğumdan sonra başladığı ve bu ameliyattan yaklaşık bir yıl sonra 25.11.2004 tarihinde Ankara Dışkapı Eğitim ve Araştırma Hastanesine başvurduğu ve aynı gün ameliyata alındığı, adı geçen hastanece düzenlenen patoloji raporunda çıkarılan cismin 9x4 büyüklüğünde bir spanç olduğunun tespit edildiği, bu spançın sezaryenle doğum yaptığı tarihten yaklaşık olarak dört yıl önce gerçekleştirilen sfinkter onarımı sırasında unutulmuş olduğunun ve bu kadar süreyle batında herhangi bir komplikasyona neden olmadan taşınmış olabileceğinin hayatın olağan akışına aykırı olduğu, bu itibarla spançın SSK Etlik Ankara Doğumevi ve Kadın Hastalıkları Eğitim Hastanesinde 9.9.2003 tarihinde yapılan sezaryen ameliyatı sırasında unutulduğu, bu ameliyat sırasında spançın unutulmuş olmasında idarenin sağlık hizmetini yürütürken ağır hizmet kusurunun bulunduğu gerekçesiyle olay nedeniyle uğranılan 30.000 YTL manevi zararın yasal faiziyle birlikte davacıya ödenmesine karar verilmiştir.

Davalı idare ve yanında davaya katılan ... ile ... tarafından, hukuka aykırı olduğundan mahkeme kararının temyizen incelenerek bozulması istenilmektedir.

Dosyanın incelenmesinden, ilk çocuğunu normal yolla dünyaya getiren davacının 1999 yılında geçirmiş olduğu sfinkter onarımına ilişkin operasyon nedeniyle ikinci çocuğunun doğumunun SSK Etlik Ankara Doğumevi ve Kadın Hastalıkları Eğitim Hastanesinde 9.9.2003 tarihinde yapılan sezaryenle gerçekleştirildiği, davacının karın ağrısı ve bulantı şikayetiyle 25.11.2004 tarihinde Ankara Dışkapı Eğitim ve Araştırma Hastanesine başvurduğu ve aynı gün ameliyata alındığı, adı geçen hastanece düzenlenen patoloji raporunda çıkarılan cismin 9x4 büyüklüğünde bir spanç olduğunu öğrenen davacının uğradığını ileri sürdüğü 30.000 YTL manevi zararın tazmini istemiyle görülmekte olan bu davayı açtığı anlaşılmaktadır.

Temyizen incelenen kararda belirtilenin aksine, dava dosyasında mevcut bilgi ve belgeler, davacının karnından çıkarılan spançın, 9.9.2003 tarihinde yapılan sezaryen ameliyatında unutulduğu şeklinde bir saptama yapmak için yeterli olmadığı gibi; tıbbi operasyonların sonuç ve etkilerinin ortak hayat deneyimleri veya hayatın olağan akışı gözönüne alınarak yargı yerince saptanamayacağı açıktır.

Nitekim, 2569 sayılı Adli Tıp Kurumu Yasasının 1 inci maddesinde, adalet işlerinde bilirkişilik görevi yapmak üzere Adalet Bakanlığı'na bağlı Adli Tıp Kurumunun görevli olduğu; Yasanın 2.maddesinde, Kurumun mahkemeler ile hakimlikler ve savcılıklar tarafından gönderilen Adli Tıp ile ilgili konularda bilimsel ve teknik görüşlerini bildirmekle yükümlü olduğu hükme bağlanmıştır.

Ancak, sfinkter onarımı ve sezaryen ameliyatını davalı idareye bağlı hastanelerde olan, bu hastanelere başvurup tedavi olduğu anlaşılan davacının, özel veya üniversite hastanelerinde operasyon geçirdiği yolunda davalı Bakanlıkça herhangi bir iddia öne sürülmemekte, belirtilen konuda tıbbi bir tespit de bulunmamaktadır. Dolayısıyla davacının karnında unutilan spançın davalı idareye bağlı hastanelerde yapılan tıbbi operasyonlardan herhangi birinde unutulduğunun kabulü zorunludur.

Bu durumda, davalı Bakanlığa bağlı hastanelerde tıbbi operasyonlar geçiren davacının, yine davalı Bakanlığa bağlı bir hastanede geçirdiği operasyonda karnından spanç

çıkarılması, spancın önceki operasyonlardan herhangi birinde unutulduğunun açık olması karşısında, olayda davalı idarenin ağır hizmet kusuru ve tazmin sorumluluğu bulunmaktadır.

Açıklanan nedenlerle, davalı idare ve yanında davaya katılan ... ile ...'nın temyiz istemlerinin reddine, Ankara 10. İdare Mahkemesinin 20.12.2006 tarih ve E:2006/302, K:2006/3776 sayılı kararının, yukarıda belirtilen gerekçe ile ONANMASINA, dosyanın adı geçen idare mahkemesine gönderilmesine 25.6.2008 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

T.C.
DANIŞTAY
Onuncu Daire

Esas No : 2007/5777
Karar No : 2008/6696

Özeti : Toplumun genel yararına yönelik olaylarda, sadece ilgililerin uğradığı özel zararların tazmininin mümkün olduğu, ilgililerin genel külfetlere katlanması gerektiği; ancak, idarenin üzerine düşen görevi yerine getirmemesi nedeniyle bir zarar meydana gelmişse, uğranılan özel nitelikteki zararların idarece tazmini gerektiği hakkında.

Temyiz Eden (Davalı) : Devlet Su İşleri Genel Müdürlüğü
DSİ XX. Bölge Müdürlüğü

Karşı Taraf (Davacı): ...

Vekili : Av. ...

İstemin Özeti : Gaziantep 2. İdare Mahkemesinin 27.2.2007 tarih ve E:2006/1430, K:2007/266 sayılı kararının temyizen incelenerek bozulması istenilmektedir.

Savunmanın Özeti : Temyiz isteminin reddi gerektiği savunulmaktadır.

Danıştay Tetkik Hakimi : Tark Armağan

Düşüncesi : Uyuşmazlıkta, tarlasının sulanmasında kullandığı suyun kamunun mülkiyetinde olması nedeniyle, davacının bu sudan ancak kamu yararının elverdiği ölçüde yararlanabilmesi mümkündür. Toplumun genel yararına yönelik olaylarda, sadece kişilerin uğradığı özel zararların tazmini mümkün olup; ilgililerin genel külfetlere katlanması gerekmektedir.

Bu itibarla, toplumun genel yararına yönelik olarak baraj gölünde su tutulması nedeniyle o bölgede ziraat yapan ilgililerin uğradıkları genel nitelikteki zararların tazminine olanak bulunmamaktadır. Ancak, baraj alanında su tutulmaya başlanılacağına çiftçilere zamanında duyurulması idareye düşen bir ödevdir. Duyuru üzerine çiftçilerin zirai faaliyetleri konusunda önlemler alarak, uğrayacakları zararları azaltabileceği açık olduğundan; duyuru yapılmaması, böylece hizmetin kusurlu işletilmesi nedeniyle gerekli önlemleri alamayan çiftçilerin uğradıkları özel nitelikteki zararların tazmininin gerektiği tartışmasızdır.

İdarenin olayda tazmin sorumluluğunun belirlenebilmesi için de, davalı idarenin 2004 yılı kasım ayında barajda su tutmadan önce çiftçilere genel duyuru yapıp yapmadığının araştırılması gerekir. Zira idarenin, yürüttüğü hizmetin gereği olarak çiftçilere belirtilen biçimde duyuru yapması zorunlu olup; bu duyurunun yapılmamasının hizmet kusuru oluşturacağı ve idarenin tazmin sorumluluğunu doğuracağı açık bulunmaktadır.

Davalı idarece baraja su toplanmaya başlanılacağına çiftçilere duyurulmadığının tespiti halinde; duyuru yapılmış olsaydı, tarlasında kuru ziraat şartlarına göre ekim yapma olanağını bulacak olan davacının, bu olanağın kendisine tanınmaması, kuru ziraatin

gerektirdiği tedbirleri alamaması, uygun ekim yapamaması nedeniyle uğradığı bir zarar var ise, bilirkişi incelemesi yoluyla saptanacak bu zararın tazmini yoluna gidilmesi gerekmektedir.

Bu itibarla, yukarıda belirtilen hususlar dikkate alınmadan, davacının tazminat isteminin kabulü yönünde verilen temyize konu idare mahkemesi kararının bozulması gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı : Yakup Bal

Düşüncesi : Davacının uğradığını ileri sürdüğü zararın tazmini istemiyle açılan davada, Gaziantep 2. İdare Mahkemesince verilen ve davanın kabulüne ilişkin bulunan kararı, davalı idare temyiz etmekte ve bozulmasına karar verilmesini istemektedir.

6200 sayılı Devlet Su İşleri Umum Müdürlüğü Teşkilat Ve Vazifeleri Hakkında Kanunun 2.maddesinde, Devlet Su İşleri Umum Müdürlüğü'nün görevleri düzenlenmiş ve taşkın sular ve sellere karşı koruyucu tesisler meydana getirmek, sulama tesislerini kurmak, sulama sahalarında mevcut parsellerin tamamını veya aksamını gösterir harita ve planları yapmak veya yaptırmak görevleri arasında sayılmıştır.

Öte yandan idarenin hukuki sorumluluğundan söz edebilmek için ortada bir zararın bulunması ve bunun idareye yüklenebilecek bir işlem veya eylemden doğması yani zararlar idari faaliyet arasında illiyet bağı bulunması gerekmektedir.

Dosyanın incelenmesinden; davacının Asliye Hukuk Mahkemesine başvurarak uğradığını ileri sürdüğü zararın tespitini istediği, 12.4.2005 tarihinde yerinde yapılan keşif sonucunda, bir başka deyişle ürünün hasatı yapılmadan önce yapılan tespitle tahmini zararın tespiti yoluna gidildiği anlaşılmaktadır.

Bu durumda idare mahkemesince, uğranıldığı ileri sürülen zararın, davanın açıldığı tarih itibarıyla tüm sonuçlarıyla ortaya çıkıp çıkmadığı araştırılarak, ortaya çıkmış bir zarar var ise bu zararın davalı idarenin bir eyleminden doğup doğmadığının yukarıda belirtilen mevzuat kapsamında tartışılmak suretiyle karar verilmesi gerekmektedir.

Açıklanan nedenlerle, temyiz isteminin kabul edilerek idare mahkemesi kararının bozulması gerektiği düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Onuncu Dairesince gereği görüldü :

Dava; davacının sarımsak ve buğday ektiği araziye, davalı idarenin hizmet kusuru nedeniyle su verilemediği ileri sürülerek, sarımsak ekili alan için 217.552,50-YTL, buğday ekili alan için ise 73.969,20-YTL olmak üzere uğranıldığı belirtilen toplam 291.512,70-YTL zararın yasal faiziyle birlikte tazmini ile kadim su haklarına yapılan haksız el atmanın önlenmesine karar verilmesi istemiyle açılmıştır.

Gaziantep 2. İdare Mahkemesince; davacının maliki bulunduğu Gaziantep İli, Oğuzeli İlçesi, Asmacık Köyü, ... mevkiinde kayıtlı, ... parsel sayılı ve 328 dekar yüzölçümlü tarlanın, Aynafar ile Tüzel Deresinin birleşmesinden oluşan dereden akan suya kurulan bentten, kanal vasıtasıyla su getirilmek suretiyle sulandığı; DSİ'nin Kayacık Barajı göl alanına hiçbir duyuru yapmaksızın 2004 yılı Kasım ayından itibaren su tutmaya başlaması nedeniyle, suyun eski mecrasına akışının kesildiği; derenin mecrasındaki sulu tarlaların kadim hakları doğrultusunda, barajda tutulan sudan, sulanma ihtiyacının doğduğu Şubat ve Mart ayları içerisinde dereye su akışının sağlanması gerekirken, DSİ'nin belirtilen aylarda dereye su bırakmaması nedeniyle, anılan taşınmazda ekili bulunan sarımsak ve buğdaylardan yeterli verim alınamadığı; davacının adli yargı yerlerinde zarar miktarının tespiti amacıyla yaptırdığı bilirkişi incelemesi sonucunda hazırlanan raporda; sarımsak ekili alanda oluşan zararın 217.552,50-YTL, buğday ekili alanda oluşan zararının ise 73.969,20-YTL olduğunun belirtildiği; bu itibarla, davalı idarenin, hizmet kusurundan dolayı meydana gelen söz konusu zararı tazmin etmesi gerektiği sonucuna varılarak; davanın tazminat istemi yönünden kabulüne; davacının, kadim su haklarına davalı idarece yapılan haksız el atmanın önlenmesi istemine yönelik olarak ise; bu hususun idareye yapılacak müracaat sonucunda

istenebileceği; İdare Mahkemelerinin, idarenin yerine geçecek şekilde karar veremeyecekleri, yalnızca işlemlerin hukuka uygun olup olmadığı yönünden inceleme yapabilecekleri gerekçesiyle, davacının bu isteminin incelenme olanağı bulunmadığına karar verilmiştir.

Davalı idare tarafından, anılan İdare Mahkemesi kararının, tazminat isteminin kabulüne ilişkin kısmının, hukuka aykırı olduğu ileri sürülerek temyizen incelenerek bozulması istenilmektedir.

Anayasanın 125 inci maddesinin son fıkrasında; idarenin kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlü olduğu hükme bağlanmıştır. İdarenin kamu hizmetinin kurulması veya yürütülmesinden doğan zararlardan sorumlu tutulmasını gerektiren ilkelerden biri "hizmet kusuru" ilkesidir. Genel olarak hizmet kusuru, bir kamu hizmetinin kuruluş ve işleyişindeki aksaklık ve bozukluğu ifade etmektedir.

İdarenin hukuki sorumluluğundan söz edilebilmek için, ortada bir zararın bulunmasının yanında, bunun idareye yüklenebilecek bir işlem veya eylemden doğması, başka bir deyişle zararlar idari faaliyet arasında nedensellik bağının kurulabilmesi gerekir. Zararlar idari faaliyet arasında nedensellik bağının bulunmaması, zararın idari faaliyetten doğmadığını gösterir. Meydana gelen zararda üçüncü kişinin kusuru varsa, idarenin tazmin sorumluluğu ya tamamen ortadan kalkar ya da kusur ölçüsünde azalır.

Dosyanın incelenmesinden; davacının maliki bulunduğu Gaziantep İli, Oğuzeli İlçesi, Asmacık Köyü, ... mevkiinde kayıtlı, ... parsel sayılı 328 dekar yüzölçümlü tarlaların, Aynafar ile Tüzel deresinin birleşmesinden oluşan dereden akan suya kurulan bentten, kanal vasıtasıyla su getirmek suretiyle sulandığı; DSI'nin Kayacık Barajı göl alanına 2004 yılı Kasım ayı başından itibaren su tutmaya başlaması nedeniyle, suyun eski mecrasına akışının kesildiği; barajlarda tutulan sudan, derenin mecrasındaki tarlaların sulama ihtiyacının doğduğu 2005 yılı Şubat ve Mart ayları içerisinde dereye su akışının sağlanmadığı; davacının ve diğer tarla sahiplerinin başvurusu üzerine davalı idare tarafından 9.4.2005 tarihinde iki, 19.4.2005 tarihinde de üç adet boru hattı çekilerek tarlaların su ihtiyacının sağlanmaya çalışıldığı; ancak davacının tarlasına, Kayacık Barajına uzak olması ve suyun arada bulunan köy halkı tarafından kullanılması nedeniyle su verilemediği; davacı tarafından, Oğuzeli Asliye Hukuk Mahkemesi aracılığıyla mahallinde iki kez tespit yaptırıldığı, bu tespit sırasında bilirkişiler tarafından hazırlanan raporda; sarımsak ürününün gelişimini tamamlayamaması nedeniyle bir gelir getirmeyeceği, buğdayın ise en fazla susuz tarla ziraati kadar gelir getirebileceğinin belirtildiği; bunun sonucunda sarımsak ekili alanda oluşan zararın 217.552,50-YTL, buğday ekili alanda oluşan zararın ise 73.969,20-YTL olarak belirlendiği; bunun üzerine de davacı tarafından; davalı idarenin hizmet kusuru nedeniyle uğradığını ileri sürdüğü zarar karşılığı toplam 291.521,70-YTL tazminatın yasal faiziyle birlikte ödenmesine karar verilmesi ile su haklarına davalı idarece yapılan haksız el atmanın önlenmesi istemiyle bakılmakta olan davanın açıldığı anlaşılmaktadır.

Tarlasının sulanmasında kullandığı suyun kamunun mülkiyetinde olması nedeniyle, davacının bu sudan ancak kamu yararının elverdiği ölçüde yararlanabilmesi mümkündür. Toplumun genel yararına yönelik olaylarda, sadece kişilerin uğradığı özel zararların tazmini mümkün olup; ilgililerin genel külfetlere katlanması gerekmektedir.

Bu itibarla, toplumun genel yararına yönelik olarak baraj gölünde su tutulması nedeniyle o bölgede ziraat yapan ilgililerin uğradıkları genel nitelikteki zararların tazminine olanak bulunmamaktadır. Ancak, baraj alanında su tutulmaya başlanılacağına çiftçilere zamanında duyurulması idareye düşen bir ödevdir. Duyuru üzerine çiftçilerin zirai faaliyetleri konusunda önlemler alarak, uğrayacakları zararları azaltabilecekleri açık olduğundan; duyuru yapılmaması, böylece hizmetin kusurlu işletilmesi nedeniyle gerekli önlemleri alamayan çiftçilerin uğradıkları özel nitelikteki zararların tazmininin gerektiği tartışmasızdır.

İdarenin olayda tazmin sorumluluğunun belirlenebilmesi için de, davalı idarenin 2004 yılı kasım ayında barajda su tutmadan önce çiftçilere genel duyuru yapıp yapmadığının araştırılması gerekir. Zira idarenin, yürüttüğü hizmetin gereği olarak çiftçilere belirtilen

biçimde duyuru yapması zorunlu olup; bu duyurunun yapılmamasının hizmet kusuru oluşturacağı ve idarenin tazmin sorumluluğunu doğuracağı açık bulunmaktadır.

Davalı idarece baraja su toplanmaya başlanacağını çiftçilere duyurulmadığının tespiti halinde; duyuru yapılmış olsaydı, tarlasında kuru ziraat şartlarına göre ekim yapma olanağını bulacak olan davacının, bu olanağın kendisine tanınmaması, kuru ziraatın gerektirdiği tedbirleri alamaması, uygun ekim yapamaması nedeniyle uğradığı bir zarar var ise, bilirkişi incelemesi yoluyla saptanacak bu zararın tazmini yoluna gidilmesi gerekmektedir.

Bu durumda, idare mahkemesince, yukarıda belirtilen hususlar araştırılarak bir karar verilmesi gerekirken, bu hususlar dikkate alınmadan davacının tazminat isteminin kabulü yönünde verilen kararda hukuki isabet bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 49. maddesine uygun bulunan davalı idare temyiz isteminin kabulüne, Gaziantep 2. İdare Mahkemesinin 27.2.2007 tarih ve E:2006/1430, K:2007/266 sayılı kararının bozulmasına, dava dosyasının yeniden karar verilmek üzere adı geçen İdare Mahkemesine gönderilmesine 16.10.2008 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

TOPLANTI VE GÖSTERİ YÜRÜYÜŞÜ

T.C. DANIŞTAY Onuncu Daire

Esas No : 2006/946
Karar No : 2008/6084

Özeti : Toplantı düzenleme hak ve özgürlüğünün, Anayasa gereği ölçülülük ilkesi gözetilmeksizin kısıtlanmasında, hukuka uyarlık bulunmadığı hakkında.

Temyiz Eden (Davacı): ...

Vekili : Av. ...

Karşı Taraf (Davalı) : Marmaris Kaymakamlığı

İstemin Özeti : Muğla İdare Mahkemesinin 24.6.2005 tarih, E:2004/1930, K:2005/801 sayılı kararının temyizen incelenip bozulması istenilmektedir.

Savunmanın Özeti : Savunma verilmemiştir.

Danıştay Tetkik Hakimi : Nihan Didem Çakmak

Düşüncesi : Temyiz isteminin reddi ile usul ve hukuka uygun bulunan mahkeme kararının onanması gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı : Ergün Özcan

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 Onuncu Dairesince gereği görüldü:

Dava; 12.9.2004 tarihinde Marmaris İlçesinde düzenlenmek istenen "1. Marmaris Demokrasi ve Kültür Şenliği - Netekim Festival" adlı etkinliğin, 2911 sayılı Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanunu'nun 17. maddesi uyarınca yasaklanmasına ilişkin 7.9.2004 tarih, 2856 sayılı Marmaris Kaymakamlığı işleminin iptali istemiyle açılmıştır.

Muğla İdare Mahkemesince; 2911 sayılı Yasanın 17. maddesiyle, kaymakama; milli güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlığın ve genel ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması amacıyla belirli bir toplantıyı bir ayı aşmamak üzere erteleme, suç işleneceğine dair açık ve yakın tehlikenin bulunması halinde ise yasaklama yetkisinin verildiği; dava konusu olayda, 12 Eylül askeri müdahalesini eleştirmek amacıyla düzenlenmek istenen etkinlikle ilgili olarak çeşitli siyasi partiler ve sivil toplum örgütleri tarafından yapılan ve bu etkinliğe karşı olduklarını belirten açıklamaların basın-yayın organlarında yayınlanması üzerine kamuoyunda gerginlik oluştuğunun anlaşıldığı; söz konusu etkinliğin düzenlenmesi halinde, kamu düzeninin bozulabileceği ve suç işlenmesinin kuvvetle muhtemel olduğu kanatine varıldığından, 2911 sayılı Yasanın 17. maddesi uyarınca etkinliğin yasaklanmasına ilişkin dava konusu işlemde hukuka aykırılık bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir.

Anayasa'nın 34. maddesinde, herkesin, önceden izin almadan, silahlı ve saldırsız toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkına sahip olduğu; toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkının ancak, milli güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlığın ve genel ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması amacıyla ve yasayla sınırlanabileceği düzenlenmiş; bu hakkın kullanılmasında uygulanacak şekil, şart ve usullerin yasada gösterileceği belirtilmiştir.

2911 sayılı Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanunu'nun "Toplantının Ertelenmesi veya Bazı Hallerde Yasaklanması" başlıklı 17. maddesinde; bölge valisi, vali veya kaymakamın, milli güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlığın ve genel ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması amacıyla belirli bir toplantıyı bir ayı aşmamak üzere erteleyebileceği veya suç işleneceğine dair açık ve yakın tehlikenin mevcut olması halinde yasaklayabileceği hükmüne yer verilmiştir.

Dosyanın incelenmesinden; 78'liler Derneği ve Kültürlerarası İletişim Derneği tarafından 12.9.2004 tarihinde Marmaris İlçesinde düzenlenmek istenen "1. Marmaris Demokrasi ve Kültür Şenliği - Netekim Festival" adlı etkinliğin, davacının başkanlığını yaptığı düzenleme kurulunca 2911 sayılı Yasa uyarınca 3.9.2004 tarihinde davalı Kaymakamlığa bildirilmesi üzerine, Kaymakamlıkça etkinlikle ilgili olarak İlçe Emniyet Müdürlüğünden rapor istenildiği, söz konusu raporda, 12 Eylül 1980 tarihinde silahlı kuvvetlerin yönetime el koymasını protesto amaçlı etkinliğin yerel ve ulusal basında sıkça yer aldığı ve çeşitli siyasi partiler ve sivil toplum örgütleri tarafından, bu etkinliğe karşı olduklarını belirten gerginlik yaratacak açıklamalarda bulunulduğu; bunun yanında etkinliği destekleyen sivil toplum örgütlerinin de basına demeç verdiği, bu açıklamaların basın-yayın organlarında yayınlanması üzerine kamuoyunda rahatsızlık oluştuğu, söz konusu etkinliğin gerçekleşmesi halinde iki karşıt grubun karşılaşmasına sebebiyet verilmek suretiyle kamu düzeninin bozulacağı, turizmin etkileneceği ve suç işlenmesinin kuvvetle muhtemel olduğu görüşlerine yer verildiği; bu raporun davalı Kaymakamlık tarafından değerlendirilmesi sonucu aynı kanaate varılarak suç işleneceğine dair açık ve yakın tehlikenin mevcut olduğu gerekçesiyle dava konusu işlemle etkinliğin 2911 sayılı Yasanın 17. maddesi uyarınca yasaklandığı, bunun üzerine davacı tarafından bakılmakta olan davanın açıldığı anlaşılmaktadır.

Anayasa'nın 13. maddesinde, temel hak ve özgürlüklerin, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasa'nın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak yasayla sınırlanabileceği, bu sınırlamaların Anayasa'nın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum

düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamayacağı belirtilmiştir.

Yukarıda anılan Anayasa hükmündeki "sınırlama" ifadesinden, belirli bir temel hak ve özgürlüğün norm alanı (güvence alanı) içinde varolan olanakların yasa koyucu tarafından daraltılmasının anlaşılması gerekmektedir. Başka bir anlatımla, belirli bir temel hak ve özgürlüğün kullanım olanakları, onun sınırlanmasından sonra da devam etmektedir. Bu durum aynı zamanda, özgürlüklerin özüne dokunulmamış olduğunu da ifade etmektedir. Buna karşılık, temel hak ve özgürlüklerin durdurulması veya özlerine dokunulması, bunlardan belirli bir süre yararlanılamaması veya kullanılmalarının olanaksızlaşması anlamına gelmektedir.

Yine Anayasa'nın 13. maddesinde yer alan, temel hak ve özgürlüklerin sınırlanması kriterlerinden biri olan ölçülülük ilkesi ise; amaç ve araç arasında makul bir ilişkinin bulunması, diğer bir deyişle yapılan sınırlamayla sağlanan yarar arasında hakkaniyete uygun bir dengenin bulunması gereğini ifade etmektedir. Bu ilkenin; sınırlayıcı önlem ile sınırlama amacı arasındaki ilişkinin denetiminde, yasal önlemin sınırlama amacına ulaşmaya elverişli olup olmadığını saptamaya yönelik "elverişlilik", sınırlayıcı önlemin sınırlama amacına ulaşma ve demokratik toplum düzeni bakımından zorunlu olup olmadığını arayan "zorunluluk", ayrıca amaç ve aracın ölçüsüz bir oranı kapsayıp kapsamadığını, bu yolla ölçüsüz bir yükümlülük getirip getirmediğini belirleyen "orantılılık" ilkeleri olmak üzere üç alt ilkesi bulunmaktadır.

Toplantı düzenleme özgürlüğünün sınırlanmasında, "amaç"; milli güvenlik, kamu düzeni, genel sağlık ve genel ahlakın, başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması veya suç işlenmesinin önlenmesi; "araç" ise, toplantının ertelenmesi veya yasaklanmasıdır. Toplantının düzenlenmesi halinde, amacın gerçekleştirilmesi (örneğin, kamu düzeninin sağlanması veya suç işlenmesinin önlenmesi) imkânsız hale gelecek ise, erteleme veya yasaklamanın zorunluluğundan bahsedilebilecektir. Bununla birlikte, ölçülülük ilkesinin varlığından söz edebilmek için, zorunluluk yeterli olmamakta; yukarıda aktarıldığı gibi, amaç ile araç arasında makul bir oranın bulunması da gerekmektedir. Bu bağlamda, toplantının ertelenmesi ile istenilen amaca ulaşılabilmesi hallerde, yasaklama yoluna gidilmesi, ölçülülük ilkesine ve Anayasanın 13. maddesine aykırılık teşkil edecektir.

Uyuşmazlığa konu olayda; her ne kadar, "1. Marmaris Demokrasi ve Kültür Şenliği - Netekim Festival" adlı etkinlikle ilgili olarak bir takım siyasi parti ve sivil toplum örgütlerinin karşıt görüşlerinin basın-yayın organlarında yer alması nedeniyle söz konusu etkinliğin gerçekleşmesi halinde iki karşıt grubun karşılaşmasına sebebiyet vereceği gerekçesiyle dava konusu işlem tesis edilmiş ise de; söz konusu etkinliğin düzenlenmesi halinde suç işleneceğine dair açık, somut ve yakın tehlike bulunduğu ortaya konulamamıştır.

Kaldı ki, gerek 5442 sayılı İl İdare Kanununun, gerekse 2911 sayılı Yasanın kaymakamlara verdiği yetki çerçevesinde, ilçe sınırları dahilinde gerekli güvenlik önlemlerinin alınmasının ve ihtiyaç duyulduğunda toplantının dağıtılmasının idarenin görev ve yetkisi içinde olduğunda da kuşku bulunmamaktadır.

Dolayısıyla, açık, somut ve yakın tehlikeden bahsedilemeyen dava konusu olaydaki durum, ancak bir erteleme sebebi teşkil edebileceğinden; ayrıca erteleme müessesesinin işletilmesi halinde toplantı düzenleme hak ve özgürlüğünün özüne dokunulmaksızın yasal amaca ulaşılabilmesi hallerde, etkinliğin yasaklanması yoluna başvurulmasında hukuka uyarlık bulunmamaktadır.

Bu durumda, İdare Mahkemesince; Anayasa ile güvence altına alınan temel hak niteliğindeki toplantı düzenleme hakkının kullanım olanağının tamamen ortadan kaldırılması sonucunu doğurarak hakkın özüne dokunan ve somut olaydaki amaç ile araç arasındaki ölçülülüğü gözetmeyen dava konusu işlemin iptali yolunda karar verilmesi gerekirken; 2911 sayılı Yasanın 17. maddesine uygun bulunduğu gerekçesiyle davanın reddine karar verilmesinde hukuki isabet bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle, davacının temyiz isteminin kabulü ile Muğla İdare Mahkemesinin 24.6.2005 tarih, E:2004/1930, K:2005/801 sayılı kararının BOZULMASINA, dosyanın yeniden bir karar verilmek üzere adı geçen mahkemeye gönderilmesine 15.9.2008 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

YARGILAMA USULÜ

T.C.
DANIŞTAY
Onuncu Daire

Esas No : 2006/7298

Karar No : 2008/7138

Özeti : İdari işlemlerde kanun yolu, merci ve sürelerinin belirtilmesi zorunlu olduğundan, başvuru süresi gösterilmeden tesis edilen tütün fonu istenilmesine ilişkin açılan davanın, süre yönünden reddedilemeyeceği hakkında.

Temyiz Eden (Davacı) : TEKEL Tütün, Tütün Mamulleri, Tuz ve Alkol İşletmeleri A.Ş. Genel Müdürlüğü

Vekili : Av. ...

Karşı Taraf (Davalı) : İstanbul Gümrükleri Başmüdürlüğü

İstemin Özeti : İstanbul 2. İdare Mahkemesince, davanın süre aşımı nedeniyle reddi yolunda verilen 22.3.2006 tarih ve E:2004/125, K:2006/652 sayılı kararın, davacı tarafından temyizden incelenerek bozulması istenilmektedir.

Savunmanın Özeti : Yerinde olmadığı ileri sürülen temyiz isteminin reddi gerektiği savunulmaktadır.

Danıştay Tetkik Hakimi : Yunus Çetin

Düşüncesi : Tütün fonu alacağının Gümrük mevzuatı kapsamında düzenlenen bir kamu alacağı olmaması nedeniyle tütün fonuna ilişkin olarak açılan davalarda, Gümrük Kanunu'nun 242. maddesinde öngörülen itiraz yollarının uygulama alanı bulunmamaktadır.

Ancak; dava konusu olayda, tütün fonu ve KDV ile gümrük vergisi gibi farklı mevzuata tabi kamu alacağının idarece aynı işlemle tahakkuk ettirildiği, işlemde, davacının, dava konusu tütün fonu ve cezai faizine karşı başvuracağı kanun yollarının gösterilmediği gibi itiraz usulü uygulanmak suretiyle 4458 sayılı Gümrük Kanunu'nun 242. maddesindeki itiraz yolunun işletildiği, bu haliyle olayda gümrük mevzuatının uygulanmasına, davacının yanlış başvurular yapmasına idarenin beyanlarının neden olduğu anlaşıldığından dava konusu işlemin tebliğ edildiği 31.3.2003 tarihinden itibaren dava açma süresi içinde bu davanın açıldığı anlaşılmaktadır.

Bu durumda, Mahkemece, yenileme dilekçesinin süresinde olup olmadığı tespit edildikten sonra davanın süresinde olduğunun anlaşılması halinde işin esasına girilerek bir karar verilmesi gerekirken eksik incelemeye dayalı olarak ilk işlemin tebliğ tarihi esas alınmak suretiyle verilen süre ret kararının bozulması gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı : Hüseyin Ünal Kara

Düşüncesi : İdare ve vergi mahkemelerince verilen kararların temyizden 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 Onuncu Dairesince gereği görüldü:

Dava; davacıdan, 31.168-YTL tütün fonu ve cezai faiz istenilmesine ilişkin davalı idarenin 202.2002 tarih ve 9158 sayılı işleminin iptali istemiyle açılmıştır.

İstanbul 2. İdare Mahkemesince; 27.12.2001 tarih ve 107287 sayılı işlemin tebliğ edildiği 9.1.2003 tarihinde davacının adına yapılan fon tahakkukunu öğrendiğinin kabulü gerektiği, bu tarihten itibaren 60 gün içinde dava açılmadığının anlaşıldığı, bu durumda süre aşımı nedeniyle işin esasının incelenemeyeceği gerekçesiyle davanın süre aşımı nedeniyle reddine karar verilmiştir.

Davacı tarafından, hukuka aykırı olduğu iddiasıyla İdare Mahkemesi kararının temyizen incelenerek bozulması istenilmektedir.

Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Temel Hak ve Hürriyetlerin Korunması başlıklı 40. maddesine 3.10.2001 tarih ve 4709 sayılı Yasanın 16. maddesiyle eklenen 2. fıkrasında "Devlet, işlemlerinde, ilgili kişilerin hangi kanun yolları ve mercilere başvuracağını ve sürelerini belirtmek zorundadır." hükmüne yer verilmiştir.

İdari işlemlere karşı başvuru yollarının son derece ayrıntılı düzenlemelerde yer alması, başvuru süresinin kısa olması veya olağan başvuru yollarına istisna getirilebilmesi ilgili kişiler bakımından sıkıntılar oluşturmakta, işlemlere karşı hangi idari birime, hangi sürede başvurulacağını bilinememesi bir çok kez kişi bakımından mağduriyetlere yol açmaktadır. Bu durumda da kişilerin hak arama özgürlüğünün kısıtlanması, bununla birlikte hukuk devleti olmanın bir gereği olan idarenin denetiminin de engellenmesi sonucu doğmaktadır.

Bu durum karşısında idarece tesis edilen işlemlerde kanun yolu, merci ve sürelerin belirtilmesi, hak arama, hak ve hürriyetlerin korunması açısından zorunluluk haline gelmiştir. Bunun bir sonucu olarak, yukarıda anılan Anayasa hükmü ile bireylerin yargı ya da idari makamlar önünde sonuna kadar haklarını arayabilmelerine kolaylık ve imkan sağlanması amaçlanmış, idareye, işlemlerinde, ilgililerin kaç gün içinde hangi mercilere başvurabileceklerini bildirme yükümlülüğü getirilmiştir.

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 7. maddesinde, özel kanunlarda ayrı süre gösterilmeyen hallerde Danıştay'da ve İdare mahkemesinde dava açma süresinin altmış gün olduğu, bu sürenin yazılı bildirim tarihinden itibaren başlayacağı hükme bağlanmış; 11. maddesinde ise "1-İlgililer 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 istenebilir. Bu başvurma işlemeye başlamış olan idari dava açma süresini durdurur. 2-Altmış gün içinde cevap verilmezse istek reddedilmiş sayılır. 3-İsteğin reddedilmesi veya reddedilmiş sayılması halinde dava açma süresi yeniden işlemeye başlar ve başvurma tarihine kadar geçmiş süre de hesaba katılır." hükmüne yer verilmiştir.

4458 sayılı Gümrük Kanunu'nun "itirazlar" başlıklı 242. maddesinde "1. Yükümlüler, kendilerine tebliğ edilen gümrük vergileri için tebliğ tarihinden itibaren onbeş gün içinde ilgili gümrük idaresine verecekleri bir dilekçe ile düzeltme talebinde bulunabilirler, 2. Düzeltme talepleri ilgili gümrük müdürlüğü tarafından otuz gün içinde karara bağlanarak yükümlüye tebliğ edilir, 3. Kişiler, düzeltme taleplerine ilişkin kararlara, idari kararlara, gümrük vergilerine ve cezalara karşı yedi gün içinde kararı alan gümrük idaresinin bağlı bulunduğu gümrük başmüdürlüğü nezdinde itirazda bulunabilirler. 4. Gümrük başmüdürlüklerine intikal eden itirazlar otuz gün içinde karara bağlanarak ilgili kişiye tebliğ edilir," aynı maddeye 5.4.2007 tarih ve 5622 sayılı Yasa ile eklenen 8. fıkrada "Bu Kanuna göre yapılacak yazılı

bildirimler posta ile taahhütlü olarak gönderilebilir. Bu takdirde bildirimin postaya verildiği tarih gümrük idaresine verilme tarihi yerine geçer. Bu hüküm derdest olan uyuşmazlıklarda da uygulanır." hükmüne yer verilmiştir.

Dava dosyasının incelenmesinden; davacı kuruma ait hariçte işleme izin belgesine istinaden 25.3.2002 tarihli gümrük giriş beyannamesiyle ithal edilen tütünlerin bir kısmının belge kapsamından çıkarılarak buna ilişkin gümrük vergisi, KDV ve tütün fonu ile faizin 9.11.2002 tarih ve 88427 sayılı Ambarlı Gümrük Müdürlüğü işlemiyle davacıdan istenildiği, 9.12.2002 tarihinde tebliğ edilen bu işleme karşı davacının 11.12.2002 tarihli dilekçeyle itiraz ettiği, Ambarlı Gümrük Müdürlüğü'nün 9.1.2003 tarihinde tebliğ edilen 27.12.2002 tarih ve 2002/20 sayılı kararıyla düzeltme talebinin reddedildiği, bu kez davacının Gümrükler Başmüdürlüğüne 20.1.2003 tarihli dilekçeyle yaptığı itirazın 31.3.2003 tarihinde tebliğ edilen dava konusu 20.2.2003 tarih ve 23 sayılı işlemle reddedilmesi üzerine bakılmakta olan davanın açıldığı anlaşılmaktadır.

Tütün fonu alacağının Gümrük mevzuatı kapsamında düzenlenen bir kamu alacağı olmaması nedeniyle tütün fonuna ilişkin olarak açılan davalarda, Gümrük Kanunu'nun 242. maddesinde öngörülen itiraz yollarının uygulama alanı bulunmamaktadır. Gümrük mevzuatının uygulanmaması ve fona ilişkin mevzuatta da dava açılmasına yönelik özel bir düzenleme bulunmaması karşısında, tütün fonuna ilişkin açılan davalarda, ilgili idareye yapılacak itirazların 2577 sayılı Yasa'nın 11. maddesine göre yapılması gerekmektedir.

Ancak; dava konusu olayda, tütün fonu ve KDV ile gümrük vergisi gibi farklı mevzuata tabi kamu alacağının idarece aynı işlemle tahakkuk ettirildiği, işlemde, dava konusu tütün fonu ve cezai faizine karşı başvurulacak kanun yolları gösterilmediğinden davacı tarafından itiraz usulü uygulanmak suretiyle 4458 sayılı Gümrük Kanunu'nun 242. maddesindeki itiraz yolunun işletildiği, bu haliyle olayda gümrük mevzuatının uygulanmasına ve davacının bu yönde başvurular yapmasına idarenin işlemlerinin neden olduğu; davacının, idarenin yönlendirmesi sonucu gümrük mevzuatındaki itiraz ve başvuru sürecini işlettiği anlaşılmaktadır.

İdarelerin, tesis edilen işleme karşı ilgililere, hangi kanun yollarına ve mercilere başvuracaklarını ve sürelerini bildirmek zorunda oldukları, olayda ise idarece bu yükümlülüğün gereği gibi yerine getirilmediği ve davacının yanlış yönlendirildiği açıktır.

Mahkeme kararında belirtilenin aksine bu dava 4.7.2003 tarihinde açılmamış, 20.2.2003 tarih ve 23 sayılı işlemin iptali istemiyle ilk olarak İstanbul 7. Vergi Mahkemesinin E:2003/713 sayısında dava açıldıktan sonra bu Mahkemenin 25.4.2003 tarihli kararıyla gümrük ve katma değer vergisine karşı ayrı, tütün fonuna karşı ayrı dilekçelerle dava açılması gerektiği gerekçesiyle dilekçenin reddedilmesi üzerine davanın süresinde yenilendiği belirtilerek açılmıştır.

Bu nedenle, İstanbul 7. Vergi Mahkemesindeki ilk davanın hangi tarihte açıldığı ve dilekçe ret kararı üzerine yenilemenin süresinde olup olmadığı hususu belli olmamakla birlikte 31.3.2003 tarihinde tebliğ edilen işleme karşı dilekçe ret kararının verildiği 25.4.2003 tarihi itibarıyla davanın 60 günlük yasal süre içinde açıldığı anlaşılmaktadır.

Dolayısıyla; dava konusu işlemin tütün fonu ve cezai faiz istenilmesine ilişkin kısmının iptali istemiyle açılan bu davada, davalı idarece tesis edilen 9.11.2002 tarih ve 88427 sayılı ilk işlemde kanun yollarının gösterilmemiş olması nedeniyle 4458 sayılı Gümrük Kanunu'nun 242. maddesindeki itiraz yolunun işletilmesi suretiyle son olarak tesis edilen 20.2.2003 tarih ve 23 sayılı işlemin iptali istemiyle açılan davada, dava açma süresinin de bu işlemin tebliğ edildiği 31.3.2003 tarihinden itibaren işletilmesi gerekmektedir.

Bu durumda, davacı tarafından 31.3.2003 tarihinden itibaren dava açma süresi olan altmış gün içinde, İstanbul 7. Vergi Mahkemesinin E:2003/713 esas sayılı dosyasında açılan dava süresinde olduğundan, Mahkemece, yenileme dilekçesinin süresinde olup olmadığı tespit edildikten sonra, davanın süresinde olduğunun anlaşılması halinde işin esasına girilerek bir karar verilmesi gerekirken eksik incelemeye dayalı olarak ilk işlemin tebliğ tarihi

esas alınmak suretiyle davanın süre aşımı yönünden reddi yolunda verilen kararda usul hükümlerine ve hukuka uyarlık görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle, davacının temyiz isteminin kabulüne, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 49. maddesi uyarınca İstanbul 2. İdare Mahkemesinin 22.3.2006 tarih ve E:2004/125, K:2006/652 sayılı kararının BOZULMASINA, dava dosyasının yeniden bir karar verilmek üzere anılan İdare Mahkemesine gönderilmesine 27.10.2008 tarihinde oybirliği ile karar verildi.

T.C.
DANIŞTAY
Onuncu Daire

Esas No : 2006/6650

Karar No : 2008/6283

Özeti : 1- Düzenleyici işlemin yargı yerince iptali üzerine, bu düzenlemeye karşı dava açmayan üçüncü kişilerin, iptal hükmünün taraflarına uygulanması istemiyle, 10 yıllık genel zaman aşımı süresi içinde ilgili idareye başvurabilecekleri,
2- Tam yargı davalarında, davacı tarafından tazmini istenilen miktarın, idarece belirlenebilecek nitelikte bulunması halinde, talep edilen miktarın dava dilekçesinde yazılmasının zorunlu bulunmadığı hakkında.

Temyiz Eden (Davalı) : Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu Genel Müdürlüğü

Vekili : Av. ...

Karşı Taraf (Davacı) : ...

Vekili : Av. ...

İstemin Özeti : Dava; felçli olması nedeniyle davalı idareye bağlı ... Bakım ve Rehabilitasyon Merkezinde bakım hizmeti verilen davacının, bu hizmet karşılığında kendisinden ücret alınmaması ve alınan ücretlerin de iade edilmesi istemiyle 26.9.2005 tarihinde yaptığı başvurunun reddine ilişkin işlemin iptali ile alınan ücretlerin yasal faiziyle iadesine karar verilmesi istemiyle açılmıştır.

Kastamonu İdare Mahkemesince; 2828 sayılı Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu Kanunu'nun 4. maddesinin (I) bendinde, özürlülerin hayatlarını sağlık, huzur ve güven içinde sürdürmesi, muhtaç özürlülerin toplum içinde kendi kendilerini idare edebilecek ve üretken hale gelebilecek şekilde bakım ve rehabilitasyonlarının yapılması, bunlardan tedavisi mümkün olmayanların sürekli bakım altına alınması amacıyla gerekli her türlü tertip ve tedbirin alınmasının sosyal hizmetin genel esasları arasında yer aldığı; 9. maddesinin (b) bendi uyarınca; davalı Kurumun, özürlülerin tespiti, korunması, bakımı, yetiştirilmesi ve rehabilitasyonlarını sağlamak üzere gerekli hizmetleri yürütmek, bu hizmetler için sosyal hizmet kuruluşlarını kurmak ve işletmekle görevli olduğu; 26. maddesinde ise, korunmaya, bakıma, yardıma muhtaç özürlülerin tespiti, incelenmesi ve bunların sosyal hizmetlerden yararlandırılmasına ilişkin esasların bir yönetmelikle düzenleneceğinin öngörüldüğü; Yasanın 26. maddesine dayanılarak yürürlüğe konulan Özürlülerin Tespiti, İncelenmesi, Bakım ve Rehabilitasyonuna Dair Yönetmeliğin 32. maddesinde, özürlülerin Kuruma bağlı merkezlere alınmasında öncelik gerektiren durumların; 47. maddesinde ise, bu merkezlerde verilen hizmet karşılığı alınacak ücrete ilişkin esasların düzenlendiği; davacıdan alınan bakım

cretlerinin de dayanağı olan Yönetmeliğin anılan maddelerinin iptali istemiyle açılan dava sonucunda, Danıştay 10. Dairesinin 19.3.2001 tarih, E:2000/4910, K:2001/958 sayılı kararıyla Yönetmeliğin 32. ve 47. maddelerinin iptaline karar verildiği; bu durumda, davacının, yasal dayanağı bulunmayan bakım ücretinin kendisinden alınmaması ve alınan ücretlerin iadesi istemli başvurusunun reddine ilişkin işlemde hukuka uyarlık bulunmadığı gerekçesiyle işlemin iptaline, davacıdan alınan bakım ücretlerinin davalı idareye başvuru tarihinden itibaren işletilecek yasal faiziyle birlikte davacıya ödenmesine karar verilmiştir.

Davalı idarece hukuka aykırı olduğu ileri sürülerek anılan idare mahkemesi kararının temyizen incelenip bozulması istenilmektedir.

Savunmanın zeti : Savunma verilmemiştir.

Danıştay Tetkik Hakimi : Nihan Didem akmak

Düşüncesi : Temyiz isteminin reddi ile usul ve hukuka uygun bulunan mahkeme kararının onanması gerektiği düşünmektedir.

Danıştay Savcısı : Nevzat zgr

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 ne sürülen hususlar, söz konusu maddede yazılı nedenlerden hiçbirisine uymadığından, istemin reddi ile temyiz edilen mahkeme kararının onanmasının uygun olacağı düşünmektedir.

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.

Düzenleyici işlemlerin genel ve soyut nitelikte kurallar içermesi nedeniyle bu işlemlere karşı açılan davalar sonucunda verilen iptal hükümlerinin, yalnızca o davanın tarafları hakkında değil; dava açmamış üçüncü kişiler hakkında da sonuç doğuracağı hususunda duraksama bulunmamaktadır.

Dolayısıyla; düzenleyici işlemin iptali üzerine, bu düzenlemeye karşı dava açmayan üçüncü kişilerin, iptal hükmünün, kendilerine uygulanması istemiyle 2577 sayılı Yasanın 10. maddesi uyarınca ve genel zamanaşımı süresi olan 10 yıl içerisinde davalı idareye başvurabilecekleri tabiidir.

Öte yandan; 2577 sayılı Yasanın 3. maddesinin (d) bendinde, tam yargı davalarında dava dilekçelerinde uyışmazlık konusu miktarın gösterilmesi gerektiği; 24. maddesinin (e) bendinde de, idari yargı yerlerinin tazminat davalarında verdikleri kararlarda hükmettikleri tazminat miktarını belirtmeleri gerektiği kuralına yer verilmiş ise de; bu hükümlerin, davacı tarafından tazmini istenilen miktarın, idarece gerekli bilgi ve belgelerin incelenmesi sonucu belirlenebilecek nitelikte bulunması halinde uygulama zorunluluğu bulunmadığının kabulü gerekmektedir.

Açıklanan nedenlerle, temyizen incelenen karar, usul ve hukuka uygun olup, dilekçede ileri sürülen temyiz nedenleri kararın bozulmasını gerektirecek nitelikte görülmediğinden temyiz isteminin reddi ile Kastamonu İdare Mahkemesinin 10.5.2006 tarih ve E:2006/5, K2006/501 sayılı kararının onanmasına, 23.9.2008 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

T.C.
DANIŞTAY
Onuncu Daire
Esas No : 2006/3025
Karar No : 2008/8198

Özeti : Davacının, 2828 sayılı Yasa uyarınca, çocuklarının korunma altına alınması talebinin reddine ilişkin işlemin, hukuka uygunluk denetiminin, adli yargı yerinin görevinde bulunduğu hakkında.

Temyiz Eden (Davacı) : ...

Vekili : Av. ...

Karşı Taraf (Davalı) : 1-Başbakanlık Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu Başkanlığı

Vekili : Av. ...

2-Muş Valiliği

İstemin Özeti : Ankara 5. idare Mahkemesinin 22.6.2005 tarih ve E:2005/307, K:2005/846 sayılı kararının temyizen incelenerek bozulması istenilmektedir.

Savunmaların Özeti : Davalılardan Başbakanlık Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu tarafından, yerinde olmadığı ileri sürülen temyiz isteminin reddi gerektiği savunulmuş; diğer davalı Muş Valiliği tarafından savunma verilmemiştir.

Danıştay Tetkik Hakimi : Nihan Didem Çakmak

Düşüncesi : Davacının, velayeti altında bulunan çocuklarının 2828 sayılı Yasanın 22. maddesi gereğince korunma altına alınması isteminden doğan uyumsuzluğun görüm ve çözümü adli yargı yerine ait olduğundan; mahkemece, davanın görev yönünden reddedilmesi gerekirken, işin esasının incelenmesi suretiyle karar verilmesinde hukuka uyarlık bulunmamaktadır.

Bu nedenle, mahkeme kararının bozulması gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı : Nevzat Özgür

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 Onuncu Dairesince gereği görüldü:

Dava; davacının, velayeti altında bulunan çocuklarının 2828 sayılı Yasanın 22. maddesi gereğince korunma altına alınması isteminin zımnen reddine ilişkin işlemin iptali istemiyle açılmıştır.

Ankara 5. İdare Mahkemesince; davacının velayeti altındaki çocuklarının korunma altına alınması istemli ilk başvurusu üzerine sosyal inceleme uzmanınca düzenlenen raporda; davacının çocuklarının bedensel, ruhsal ve ahlaki gelişimleri ile şahsi güvenliklerinin tehlikede bulunmadığı hususlarının tespit edilmesi ve davacı tarafından dosyaya bu tespitin aksi yönünde herhangi bir bilgi-belge sunulmaması karşısında; davacının çocuklarının 2828 sayılı Yasanın 3. maddesinin (b) bendi kapsamına girmediği anlaşıldığından, dava konusu işlemde hukuka aykırılık bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir.

Davacı tarafından, anılan kararın hukuka aykırı olduğu ileri sürülerek temyizen incelenip bozulması istenilmektedir.

2828 sayılı Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu Kanunu'nun 3. maddesinin (b) bendinde; "Korunmaya muhtaç çocuk; beden, ruh ve ahlak gelişimleri veya şahsi güvenlikleri tehlikede olup; 1-Ana veya babasız, ana ve babasız, 2-Ana veya babası veya her ikisi de belli olmayan, 3-Ana ve babası veya her ikisi tarafından terkedilen, 4-Ana veya babası tarafından ihmal edilip; fuhuş, dilencilik, alkollü içkileri veya uyuşturucu maddeleri kullanma gibi her türlü sosyal tehlikelere ve kötü alışkanlıklara karşı savunmasız bırakılan ve başıboşluğa sürüklenen çocuk" olarak tanımlanmış; 21. maddesinde, Kurum, korunmaya, bakıma, yardıma muhtaç çocuklar ile sosyal hizmetlere muhtaç diğer kişileri tespit ve incelemekle görevli kılınmış; 22. maddesinde ise, "Korunmaya muhtaç çocukların reşit oluncaya kadar bu Kanun hükümlerine göre Kurumca kurulan sosyal hizmet kuruluşlarında bakılıp yetiştirilmeleri ve bir meslek sahibi edilmeleri hususundaki gerekli tedbir kararı yetkili ve görevli mahkemece alınır. Bu karar için gerekli belgeler Kurumca düzenlenir ve ilgili mahkemeye gönderilir. Haklarında derhal korunma tedbiri alınmasında zorunluluk görülen çocuklar mahkeme kararı alınıncaya kadar, bu Kanuna göre kurulmuş kuruluşlarda veya aile yanında mahalli mülki amirin onayı alınmak suretiyle bakım altına alınır." hükmüne yer verilmiş; 24. maddesinde de, korunma kararının genel olarak çocuk reşit olana kadar devam edeceği, ancak, korunma kararına neden olan şartların ortadan kalkması halinde Kurum yetkililerinin önerisi üzerine, kararın mahkemece çocuk reşit olmadan önce kaldırılabilmesi gibi, reşit olduktan sonra da çocuğun rızası alınmak şartıyla devamı hususunda karar verilebileceği düzenlemesine yer verilmiştir.

4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun "Aile Hukuku" başlıklı ikinci kitabının, ikinci kısmının velayete ilişkin hükümler içeren altıncı ayrımında yer alan 346.maddesinde; hakimin, çocuğun menfaati ve gelişmesi tehlikeye düştüğü takdirde, ana ve baba duruma çare bulamaz veya buna güçleri yetmezse, çocuğun korunması için uygun önlemleri alacağı; 347. maddesinde de, yine hakim tarafından, çocuğun bedensel ve zihinsel gelişmesinin tehlikede bulunması veya çocuğun manen terk edilmiş halde kalması halinde, çocuğun ana ve babadan alınarak bir aile yanına veya bir kuruma yerleştirilebileceği hükme bağlanmıştır.

4787 sayılı Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanun'un 4. maddesinde; aile mahkemelerinin, 4721 sayılı Türk Medeni Kanununun üçüncü kısım hariç olmak üzere ikinci kitabından doğan dava ve işlere bakacağı; 6. maddesinin 2. fıkrasında da aile mahkemelerinin, küçükler hakkında bedensel ve zihinsel gelişmesi tehlikede bulunan veya manen terk edilmiş halde kalan küçüğü, ana ve babadan alarak bir aile yanına veya resmi ya da özel sağlık kurumuna veya eğitimi güç çocuklara mahsus kuruma yerleştirme hususunda karar verebileceği kuralına yer verilmiştir.

Dosyanın incelenmesinden; davacının velayeti altındaki çocuklarının korunma altına alınması istemli ilk başvurusu üzerine sosyal inceleme uzmanınca düzenlenen rapor sonucunda; davacının çocuklarının bedensel ve ruhsal gelişimlerinin tehlikede bulunmadığı, davacının, ileride işe girmelerinin sağlanması amacıyla sadece erkek çocuklarının korunma altına alınmasını istediği, aşırı sosyo-ekonomik yoksunluk çekmediği, ancak nakdi yardım yapılmasının uygun olduğu yolunda kanaate varıldığı, bunun üzerine çocuklarının korunma altına alınması talebi uygun görülmeyen davacı tarafından ikinci kez aynı istemle Muş Valiliği İl Sosyal Hizmetler Müdürlüğü'ne başvurulduğu, bu başvurunun zımnen reddi üzerine de bakılmakta olan davanın açıldığı anlaşılmaktadır.

Yukarıda aktarılan yasal düzenlemelerin birlikte değerlendirilmesinden; korunmaya muhtaç çocukların korunma altına alınıp alınmayacağı yolunda tedbir kararı vermeye aile mahkemelerinin görevli olduğu; dolayısıyla, bakılan uyuşmazlıkta, davacı anne tarafından yapılan başvuru üzerine tesis edilen ve davacının velayeti altındaki çocuklarının korunma altına alınmayacağına ilişkin bulunan işlemin hukuka uygunluk denetiminin adli yargı yerince yapılması gerektiği sonucuna ulaşılmaktadır.

Buna göre; İdare Mahkemesince, uyuşmazlığın görüm ve çözümünün adli yargı yerine ait olduğu gerekçesiyle davanın görev yönünden reddine karar verilmesi gerekirken, işin esasının incelenmesi suretiyle verilen kararda hukuki isabet bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle temyiz isteminin kabulü ile Ankara 5. idare Mahkemesinin 22.6.2005 tarih ve E:2005/307, K:2005/846 sayılı kararının bozulmasına, dava dosyasının yeniden bir karar verilmek üzere anılan mahkemeye gönderilmesine 24.11.2008 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

T.C.
DANIŞTAY
Onuncu Daire

Esas No : 2006/4970

Karar No : 2008/6644

Özeti : 5233 sayılı Terör ve Terörle Mücadeleden Doğan Zararların Karşılama Hakkında Kanun kapsamında yapılan başvuru üzerine, tesis edilen komisyon kararının iptali istenilmeden açılan davalarda, dava açma süresinin 2577 sayılı Yasa'ya göre değil, 5233 sayılı Yasa'ya göre hesaplanması gerektiği hakkında.

Temyiz Eden (Davacılar) : ... mirasçıları

1-...

2-... ve ...'a velayeten ...

Vekili : Av. ...

Karşı Taraf (Davalı) : İçişleri Bakanlığı

İstemin Özeti : Antalya 2. İdare Mahkemesinin 15.2.2006 tarih ve E:2006/106, K:2006/225 sayılı kararının, davacılar tarafından temyizen incelenerek bozulması istenilmektedir.

Savunmanın Özeti : Yerinde olmadığı ileri sürülen temyiz isteminin reddi gerektiği savunulmaktadır.

Danıştay Tetkik Hakimi : Yunus Çetin

Düşüncesi : Davacıların 5233 sayılı Yasa kapsamında yaptıkları başvuru üzerine komisyon kararının iptalini istemeden maddi ve manevi tazminat ödenmesi istemiyle açtıkları dava süresinde bulunduğundan işin esasına girilerek bir karar verilmesi gerektiğinden, mahkeme kararının bozulması gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı : Yakup Bal

Düşüncesi : Davacılar murisinin öldürülmesi nedeniyle uğranıldığı ileri sürülen zararın, 5233 sayılı Yasa uyarınca karşılanması istemiyle yapılan başvurunun reddi üzerine uğranıldığı ileri sürülen maddi ve manevi zararın tazmini istemiyle açılan davada, Antalya 2.İdare Mahkemesince verilen ve davanın süre yönünden reddine ilişkin bulunan kararı, davacılar temyiz etmekte ve bozulmasına karar verilmesini istemektedirler.

Davacılar tarafından, 5233 sayılı Yasa kapsamında yapılan başvuru üzerine tesis edilen komisyon kararının iptali istenilmeden bu Yasa kapsamındaki zararlarının tazmini istemiyle dava açılmış olup, davada işin esasına girilerek bir karar verilmesi gerekmektedir.

Dolayısıyla açılan davayı, 2577 sayılı Yasanın 13. maddesi kapsamında değerlendirmek suretiyle süre yönünden reddeden mahkeme kararında hukuki isabet görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle temyiz isteminin kabul edilerek mahkeme kararının bozulması gerektiği düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Onuncu Dairesince gereği görüldü:

Dava; davacılar murisinin öldürülmesi nedeniyle uğranıldığı ileri sürülen zararın, 5233 sayılı Terör ve Terörle Mücadeleden Doğan Zararların Karşılanması Hakkında Kanun hükümleri uyarınca karşılanması istemiyle yapılan başvurunun reddi üzerine her bir davacı için 6.000 YTL maddi, 1.000 YTL manevi olmak üzere toplam 21.000 YTL zararın tazmini istemiyle açılmıştır.

Antalya 2. İdare Mahkemesince; 1992 yılında meydana gelen ölüm olayı nedeniyle 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 13. maddesinde öngörülen bir ve beş yıllık sürelerde idareye başvuru yapılmadığı, bu sürelerden geçirildikten çok sonra 6.1.2006 tarihinde açılan davada süre aşımı bulunduğundan işin esasının incelenemeyeceği gerekçesiyle davanın süre aşımı nedeniyle reddine karar verilmiştir.

Davacılar tarafından, hukuka aykırı olduğu iddiasıyla İdare Mahkemesi kararının temyizen incelenerek bozulması istenilmektedir.

27.7.2004 tarih ve 25535 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 5233 sayılı Terör ve Terörle Mücadeleden Doğan Zararların Karşılanması Hakkında Kanunun 1. maddesinde, bu Yasanın amacının, terör eylemleri veya terörle mücadele kapsamında yürütülen faaliyetler nedeniyle maddi zarara uğrayan kişilerin, bu zararlarının karşılanmasına ilişkin esas ve usulleri belirlemek olduğu belirtilmiştir; "Başvurunun süresi, şekli, incelenmesi ve sonuçlandırılması" başlıklı 6. maddesinde; zarar gören veya mirasçılarının veya yetkili temsilcilerinin zarar konusu olayın öğrenilmesinden itibaren altmış gün içinde, her hâlde olayın meydana gelmesinden itibaren bir yıl içinde zararın gerçekleştiği veya zarar konusu olayın meydana geldiği il valiliğine başvurmaları hâlinde gerekli işlemlere başlanacağı; bu sürelerden sonra yapılacak başvuruların kabul edilemeyeceği; bu Yasa kapsamındaki yaralanma ve sakatlanmalarda, yaralının hastaneye kabulünden hastaneden çıkışına kadar geçen sürenin, başvuru süresinin hesaplanmasında dikkate alınmayacağı; ilgili valilik dışında diğer valilikler, kaymakamlıklar, Türkiye Cumhuriyeti dış temsilcilikleri, diğer bakanlıklar ile kamu kurum ve kuruluşlarına yapılan başvuruların ilgili valiliğe gönderileceği; Komisyonun, zarar görenlerce yapılacak her başvuru ile ilgili çalışmalarını, başvuru tarihinden itibaren altı ay içinde tamamlamak zorunda olduğu, zorunlu hâllerde, bu sürenin vali tarafından üç ay daha uzatılabileceği; dava açma süresi içinde yapılan başvurunun, nihaî işlem sonucunun ilgiliye tebliğine kadar genel hükümlere göre dava açma sürelerini durduracağı hükmü getirilmiş; 12. maddesinde; "Komisyon, doğrudan doğruya veya bilirkişi aracılığı ile yaptığı tespitten sonra 8. maddeye göre belirlenen zararı, 9. maddeye göre hesaplanan yaralanma, sakatlanma ve ölüm hâllerindeki nakdi ödeme tutarını, 10. maddeye göre ifa tarzını ve 11. maddeye göre mahsup edilecek miktarları dikkate alarak, uğranılan zararı sulh yoluyla karşılayacak safi miktarı belirler. Komisyonca, bu esaslara göre hazırlanan sulhname tasarısının örneği davet yazısı ile birlikte hak sahibine tebliğ edilir. Davet yazısında hak sahibinin sulhname tasarısını imzalamak üzere otuz gün içinde gelmesi veya yetkili bir temsilcisini göndermesi gerektiği, aksi takdirde sulhname tasarısını kabul etmemiş sayılacağı ve yargı yoluna başvurarak zararının tazmin edilmesini talep etme hakkının saklı olduğu belirtilir. Davet üzerine gelen hak sahibi veya yetkili temsilcisi sulhname tasarısını kabul ettiği takdirde, bu tasarı kendisi veya yetkili temsilcisi ve komisyon başkanı tarafından imzalanır. Sulhname tasarısının kabul edilmemesi veya ikinci fıkraya göre kabul edilmemiş sayılması hâllerinde bir uyuşmazlık tutanağı düzenlenerek bir örneği ilgiliye gönderilir. Sulh yoluyla çözülemeyen uyuşmazlıklarda ilgililerin yargı yoluna başvurma hakları saklıdır. " hükmü yer almıştır.

Anılan Yasanın geçici 1. maddesinde "Bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren bir yıl içinde ilgili valilik ve kaymakamlıklara başvuruları hâlinde, 19.7.1987 tarihi ile bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarih arasında işlenen 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanununun 1 inci, 3 üncü ve 4 üncü maddeleri kapsamına giren eylemler veya anılan tarihler arasında

terörle mücadele kapsamında yürütülen faaliyetler nedeniyle zarar gören gerçek kişiler ile özel hukuk tüzel kişilerinin maddî zararları hakkında da bu Kanun hükümleri uygulanır." düzenlemesine yer verilmek suretiyle 5233 sayılı Yasa kapsamında yapılacak başvurular için bir başvuru süresi öngörülmüştür.

Bahsedilen başvuru süresi 3.1.2006 tarih ve 26042 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 5442 sayılı Yasanın geçici 1. maddesi uyarınca 5442 sayılı Yasanın yürürlüğünden itibaren bir yıl uzatılmış; 30.5.2007 tarih ve 26537 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 5666 sayılı Yasa ile getirilen düzenleme uyarınca da uzatılan bir yıllık başvuru süresi 30.5.2008 tarihi itibarıyla sona ermiş bulunmaktadır.

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 13. maddesinde, idari eylemlerden hakları ihlal edilmiş olanların idari dava açmadan önce, bu eylemleri yazılı bildirim üzerine veya başka suretle öğrendikleri tarihten itibaren bir yıl ve her halde eylem tarihinden itibaren beş yıl içinde ilgili idareye başvurarak haklarının yerine getirilmesini istemeleri gerektiği, bu isteklerin kısmen veya tamamen reddi halinde, bu konudaki işlemin tebliğini izleyen günden itibaren veya istek hakkında altmış gün içinde cevap verilmediği takdirde, bu sürenin bittiği tarihten itibaren, dava süresi içinde dava açılabileceği, görevli olmayan adli ve askeri yargı mercilerine açılan tam yargı davasının görev yönünden reddi halinde sonradan idari yargı mercilerine açılacak davalarda birinci fıkrada öngörülen idareye başvurma şartının aranmayacağı hükme bağlanmıştır.

2577 sayılı Yasanın 13. maddesinde öngörülen tam yargı davaları, idari eylem nedeniyle uğranılan zararın tazminini ifade etmektedir. Bu düzenleme karşısında, idari eylemlerden dolayı hakları ihlal edilmiş olanların, zararı öğrendikleri tarihten itibaren bir yıl içinde uğradıklarını ileri sürdükleri zararın karşılanması isteğiyle yapacakları başvuruya, isteğinin kısmen reddedildiği veya tamamen reddedildiği yolunda bir cevap verilmemesi halinde veya bu başvurunun incelendiği, başkaca bilgilerin araştırıldığı gibi, kesin nitelik taşımayan bir cevabın verilmesi halinde, dava açma süresinin, Yasanın idareye tanıdığı altmış günlük sürenin sona ermesiyle, dolayısıyla, isteğin reddi biçimindeki ön kararın oluşmasıyla başlayacağı açıktır.

Buna göre, idari eylemlerden doğan tam yargı davalarında, idareye başvurarak ön karar alınması zorunlu olmakta, ancak böyle bir ön karar alındıktan sonra tam yargı davası açılabilmektedir.

Dosyanın incelenmesinden, davacılar murisinin 4.12.1992 tarihinde kimliği belirsiz kişilerce öldürülmesi nedeniyle uğranıldığı ileri sürülen zararlarının 5233 sayılı Yasa uyarınca karşılanması talebiyle 23.5.2005 tarihinde Antalya Valiliğine başvurduğu, Antalya Valiliği Zarar Tespit Komisyonunun 18.11.2005 tarihinde tebliğ edildiği belirtilen 7.10.2005 tarih ve 19 sayılı kararıyla taleplerinin reddedilmesi üzerine anılan komisyon kararının iptali istenilmeden her bir davacı için 6.000 YTL maddi, 1.000 YTL manevi olmak üzere toplam 21.000 YTL zararın tazmini istemiyle bakılmakta olan davanın açıldığı anlaşılmaktadır.

5233 sayılı Yasa, terör eylemleri veya terörle mücadele kapsamında yürütülen faaliyetler nedeniyle maddî zarara uğrayan kişilerin bu zararlarının karşılanması konusunda, 2577 sayılı Yasanın 13. maddesinde genel olarak idari eylemlerden hakları ihlal edilenlerin uğradığı zararların karşılanması konusunda, dava açmadan önce idareye başvuruyu öngören düzenlemeden farklı bir idari usul öngörmektedir.

5233 sayılı Yasa 19.7.1987 tarihi ile bu Yasanın yürürlüğe girdiği tarih arasında işlenen 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanununun 1 inci, 3 üncü ve 4 üncü maddeleri kapsamına giren eylemler veya anılan tarihler arasında terörle mücadele kapsamında yürütülen faaliyetler nedeniyle zarar gören gerçek kişiler ile özel hukuk tüzel kişilerinin maddî zararlarının sulh yoluyla karşılanması konusunda ilgililere başvuru hakkı tanıdığından, davacılar tarafından da Yasada öngörülen süre içerisinde başvuru yapıldığı anlaşılmaktadır.

5233 sayılı Yasa uyarınca; bu Yasa kapsamında meydana gelen bir terör olayı nedeniyle miras bırakanlarını kaybeden mirasçıların, uğradıkları zararlarının karşılanması

amacıyla terör olayının meydana geldiği yer valiliklerine yaptıkları başvuru üzerine, Valilikler bünyesinde oluşturulan Zarar Tespit Komisyonlarınca, ölüm olayının 5233 sayılı Yasa kapsamında bulunmadığı gerekçesiyle taleplerinin reddine karar verilmesi durumunda, ilgililer tarafından bu karar aleyhine iptal davası açabileceği gibi komisyon kararının iptali istenilmeden uğranılan zararın tazmini istemiyle dava açılması da mümkündür.

Bu haliyle, davacılar tarafından, 5233 sayılı Yasa kapsamında yapılan başvuru üzerine tesis edilen komisyon kararının iptali istenilmeden bu Yasa kapsamındaki zararlarının tazmini istemiyle açılan bu davada işin esasına girilerek bir karar verilmesi gerekmektedir.

Öte yandan, davacılar murisinin öldürülmesi olayının 5233 sayılı Yasa kapsamında bulunup bulunmadığı, bir başka ifadeyle bu Yasa uyarınca tazminat ödenip ödenmeyeceği hususun mahkemece ayrıca değerlendirileceği açıktır.

Bu durumda, uyuşmazlığın 2577 sayılı Yasanın 13. maddesi kapsamında değerlendirilmesi suretiyle süre aşımı nedeniyle davanın reddi yolundaki mahkeme kararında usul hükümlerine uyarlık bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle, davacıların temyiz isteminin kabulüne, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 49. maddesi uyarınca Antalya 2. İdare Mahkemesinin 15.2.2006 tarih ve E:2006/106, K:2006/225 sayılı kararının bozulmasına, dava dosyasının yeniden bir karar verilmek üzere anılan İdare Mahkemesine gönderilmesine 15.10.2008 tarihinde oybirliği ile karar verildi.

ONBİRİNCİ DAİRE KARARLARI

AFET İŞLERİ

T.C.
DANIŞTAY
Onbirinci Daire
Esas No : 2007/1078
Karar No : 2008/3174

Özeti : Her biri daha önce hak sahibi kabul edilen davacıların, vefat eden annelerine tanınan hak sahipliğinden de, mirasçı olmaları nedeniyle yararlandırılmaları gerektiği hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan (Davalı) : Kocaeli Valiliği

Diğer Davalı : Bayındırlık ve İskan Bakanlığı

Karşı Taraf (Davacılar) : 1- ... 2- ... 3- ... 4- ...

Vekilleri : Av. ..., Av. ...

İsteğin Özeti : Evli evlat sıfatıyla her biri ayrı ayrı hak sahibi kabul edilen davacılar tarafından, vefat eden annelerine tanınan hak sahipliğinin mirasçısı olması nedeniyle Güngör Turan'a devredilmesi için yapılan başvurunun reddine ilişkin işlemin iptali istemiyle açılan davada; Kocaeli İdare Mahkemesi 14.9.2006 gün ve E:2005/359, K:2006/1483 sayılı kararıyla; 4721 sayılı Türk Medeni Kanununun 495. maddesinde, miras bırakanın birinci dereceli mirasçılarının onun altsoyu olduğu hükme bağlanmış, 7269 sayılı Umumi Hayata Müessir Afetler Dolayısıyla Alınacak Tedbirlerle Yapılacak Yardımlara Dair Kanunun 29. maddesi uyarınca çıkarılan Afet Sebebiyle Hak Sahibi Olanların Tespiti Hakkındaki Yönetmeliğin 3. maddesinde, hak sahibi deyiminin, afetzedelerin yıkılan veya ağır hasar gören binalarla olan mülkiyet ilişkilerini ve yeniden yapılacak binalardan veya verilecek inşaat kredisinden yararlanabilme durumunu ifade ettiği, 13. maddesinde ise, hak sahibi iken ölen bir kimsenin afetzedeliğe ilişkin haklarının mirasçılara geçeceği kuralına yer verildiği, anılan kurallar birlikte değerlendirildiğinde, hak sahipliği tesis edildikten sonra verilen konut hak sahibi kişinin mülkiyetine geçtiğinden, hak sahibi kişinin ölmesi durumunda tüm haklarının mirasçılara geçeceği sonucuna varıldığı, olayda, teslim edilmek suretiyle davacılar murisinin mülkiyetine geçmiş bulunan konutun miras yoluyla davacılara geçeceği açık olduğundan aksi yöndeki dava konusu işlemde hukuka uyarlık görülmediği gerekçesiyle dava konusu işlemin iptaline karar vermiştir. Davalı idare Kocaeli Valiliği tarafından, söz konusu konutun anne ...'a tapu devri yapılmadığından miras olarak devredilemeyeceği ileri sürülerek mahkeme kararının bozulması istenilmektedir.

Savunmanın Özeti : Savunma verilmemiştir.

Danıştay Tetkik Hakimi : Sevda Bağcı Karataş

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 görüldü:

İdare mahkemeleri tarafından verilen kararların temyiz yolu ile incelenerek bozulabilmeleri 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 49. maddesinde belirtilen nedenlerden birinin bulunması halinde mümkündür. Kocaeli İdare Mahkemesi'nce verilen 14.9.2006 gün ve E:2005/359, K:2006/1483 sayılı karar ve dayandığı gerekçe, hukuk ve usule uygun olup bozulmasını gerektirecek bir sebepte bulunmadığından temyiz isteminin reddi ile anılan kararın onanmasına, temyiz giderlerinin istemde bulunan üzerinde bırakılmasına, 2.4.2008 tarihinde oybirliği ile karar verildi.

EMEKLİLİK VE EMEKLİ SANDIĞI İŞLERİ

T.C.

DANIŞTAY

Onbirinci Daire

Esas No : 2007/3586

Karar No : 2008/1338

Özeti : Disiplinsizlik nedeniyle resen emekliye sevk edilenlerin, Emekli Sandığı ile isteğe bağlı iştirakçi olarak ilgilendirilmemesinde, hukuka aykırılık bulunmadığı hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan (Davacı) : ...

Vekili : Av. ...

Karşı Taraf (Davalı) : Sosyal Güvenlik Kurumu Başkanlığı

Vekilleri : Av. ..., Av. ...

İsteğin Özeti : İçişleri Bakanlığı Jandarma Genel Komutanlığı emrinde

Astsubay Kd. Çavuş olarak görev yapmakta iken 1.9.1997 tarihinde disiplinsizlik nedeniyle görevle ilişkisi kesilen davacının 15.2.2004 tarihinde isteğe bağlı olarak Emekli Sandığı ile ilgilendirilme talebinin reddi yolundaki işlemin iptali istemiyle açtığı davada, Ankara 9. İdare Mahkemesinin 7.12.2006 günlü ve E:2005/956, K:2006/2686 sayılı kararıyla, dosyanın incelenmesinden, davacının ... İl Jandarma Komutanlığı emrinde kıdemli çavuş olarak görev yapmakta iken 1.9.1997 tarihinde 926 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri Personel Kanunun 94. maddesi uyarınca disiplinsizlik nedeniyle resen emekliye sevk edildiği, 15.12.2004 tarihinde Emekli Sandığına isteğe bağlı iştirakçi olmak için yaptığı başvurunun reddi üzerine bakılmakta olan davanın açıldığının anlaşıldığı, 5434 sayılı Emekli Sandığı Kanununun 12. maddesinde isteğe bağlı iştirakçi olabilmenin şartları belirlenirken, 657 sayılı Devlet Memurları Kanununa tabi olarak en az on yıl çalışmış olanlardan memurluktan çıkarılmış olanların isteğe bağlı iştirakçi olamayacağının belirtildiği, ayrıca Sandığın diğer iştirakçilerinin de 657 sayılı Devlet Memurları Kanununa tabi olanlar ile aynı esaslar çerçevesinde bu uygulamadan yararlanacaklarının düzenlendiği dikkate alındığında, çalıştığı kurumdaki disiplinsizlik nedeniyle resen emekliye sevk edilen davacının Emekli Sandığı ile isteğe bağlı iştirakçi olarak ilgilendirilmemesi yolunda tesis edilen işlemde hukuka ve ilgili mevzuata

aykırılık görülmediği gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir. Davacı vekili tarafından, hukuka aykırı olduğu ileri sürülerek mahkeme kararının bozulması istenilmektedir.

Savunmanın Özeti : Temyiz isteminin reddi gerektiği savunulmuştur.

Danıştay Tetkik Hakimi : Füsün Erkin

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 görüldü:

İdare mahkemeleri tarafından verilen kararların temyiz yolu ile incelenerek bozulabilmeleri 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 49. maddesinde belirtilen nedenlerden birinin bulunması halinde mümkündür. Ankara 9. İdare Mahkemesince verilen 7.12.2006 gün ve E:2005/956, K:2006/2686 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, 13.2.2008 tarihinde oybirliği ile karar verildi.

T.C.

DANIŞTAY

Onbirinci Daire

Esas No : 2005/1881

Karar No : 2008/1533

Özeti : Kariyerleri ve meslekleri ile ilgili hizmet sınıfı dışındaki bir hizmet sınıfına dahil kadrolara atananların, kariyerleri ve meslekleriyle ilgili hizmet sınıfı için, öngörülen ek göstergelerden yararlanabilmesi için, atamalarının ilk dört dereceli kadrolara yapılmış olması gerektiği hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan (Davalılar) :

1- TEDAŞ Türkiye Elektrik Dağıtım A.Ş. Genel Müdürlüğü

Vekili : Av. ...

2- Sosyal Güvenlik Kurumu Başkanlığı

Vekili : Av. ...

Karşı Taraf (Davacı) : ...

Vekili : Av. ...

İsteğin Özeti : TEDAŞ İzmir Elektrik Dağıtım Müessesesinde mühendis unvanıyla müdür kadrosunda çalışmakta iken emekliye ayrılan davacının, ek göstergesinin (2200) rakamı esas alınarak belirlenmesine ilişkin işlemin iptali ve 3600 ek göstergeye göre tahakkuk etmesi gereken emekli ikramiyesi ve emeklilik tarihinden dava tarihine kadar oluşan maaş farklarının yasal faiziyle birlikte tazmini istemiyle açtığı davada, Ankara 3. İdare

Mahkemesi 5.11.2004 gün ve E:2004/221, K:2004/1658 sayılı kararıyla; Elektrik Dağıtım Müesseselerinin tesis ve işletme faaliyetlerinde kullandıkları malzemelerin temini, stoklanması ile tahsisindeki iş ve işlemler teknik bilgi ve beceriyi gerektirdiğinden davacının görev yaptığı Ambar Stok ve Tahsis Şube Müdürlüğü kadrosuna mühendis kariyerli personelin atandığının belirtildiği, davacının görev yaptığı müdürlük kadrosunun hangi hizmet sınıfına ait olduğu hususunda açıklık olmadığı ancak fiilen teknik nitelikte bir iş yürüten müdürlük olduğunun anlaşıldığı bu nedenle davacıya 657 sayılı Yasaya ekli (I) sayılı Cetvelin Teknik Hizmetler Sınıfı (a) bendinde öngörülen (3600) ek gösterge rakamının uygulanması gerekirken davacının en son görev yaptığı kadronun genel idari hizmetler sınıfında olduğundan bahisle (2200) ek gösterge rakamı üzerinden emekli aylığı bağlanması ve emekli ikramiyesi ödenmesine ilişkin işlemde hukuka uyarlık görülmediği gerekçesiyle dava konusu işlemin iptaline ve davacının yoksun kaldığı parasal kayıpların yasal faiziyle birlikte tazminine hükmetmiştir Davalı idare vekilleri tarafından, işlemin mevzuata uygun olduğu ileri sürülerek mahkeme kararının bozulması istenilmiştir.

Savunmanın Özeti : Savunma verilmemiştir.

Danıştay Tetkik Hakimi : Yasemin Buyuran

Düşüncesi : 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 43/B maddesindeki düzenlemeyle, sadece kariyerleri (meslekleri) dışındaki ilk dört dereceli kadrolu görevlere atanarlara kariyerleri ile ilgili hizmet sınıflarındaki ek göstergeden faydalanma olanağı tanınmıştır.

Bu durumda, Teknik Hizmetler Sınıfında baş mühendis olarak görev yapmakta iken Genel İdari Hizmetler sınıfına 5. dereceli müdür kadrosuna atanan davacının, kariyeri dışındaki göreve ataması ilk dört dereceli kadrodan yapılmadığından, kariyeri ile ilgili hizmet sınıfındaki ek göstergeden yararlandırılmaması ve davacıya Teknik Hizmetler Sınıfında 1. dereceden aylık alanlar için öngörülen (3600) ek gösterge tutarının uygulanmaması yolundaki dava konusu işlemde mevzuata aykırılık bulunmadığından, uyumsuzluk konusu işlemi iptal eden ve parasal kayıpların tazminine hükmeden mahkeme kararında yasal isabet görülmeyerek davalı idareler temyiz isteminin kabulü ile mahkeme kararının bozulması gerektiği düşünülmüştür.

Danıştay Savcısı : H. Hüseyin Tok

Düşüncesi : TEDAŞ İzmir Elektrik Dağıtım Müessesesi Müdürlüğüne bağlı Stok Tahsis Şube Müdürlüğünden emekliye ayrılan davacının emekliye esas ek göstergesinin (2200) olarak belirlenmesine ilişkin işlemin iptali ile (3600) ek gösterge üzerinden hesaplanacak emekli maaşı ve ikramiye farkının yasal faizi ile birlikte ödenmesine karar verilmesi istemiyle açılan davada; davanın kabulü yönünde verilen idare mahkemesi kararı temyiz edilmektedir.

657 sayılı Kanunun Ek (I) sayılı Ek Gösterge Cetveli, Teknik Hizmetler Sınıfı (a) bendinde, kadroları bu sınıfa dahil olup, en az dört yıl süreli yükseköğretim veren fakülte veya yüksekokullarından mezun olarak yürürlükteki hükümlere göre...mühendis ünvanını almış 1.derecede olanlara (3600) ek gösterge uygulanacağı hükme bağlanmış ve davacının da bu maddede yazılı şartları taşıdığı anlaşılmış olmakla birlikte, davacının genel idare hizmetleri sınıfında yer alan TEDAŞ İzmir Elektrik Dağıtım Müessesesi Müdürlüğüne bağlı Stok Tahsis Şube Müdürlüğünden emekliye ayrılmış olması sebebiyle Teknik Hizmetler Sınıfından emekliye ayrıldığı kabul edilerek (3600) ek göstergeden yararlandırılması mümkün bulunmadığından, dava konusu işlemi iptal eden mahkeme kararında hukuki isabet görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle davalı idareler temyiz istemlerinin kabulü ile mahkeme kararının bozulması gerektiği düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Onbirinci Dairesince işin gereği görüldü:

657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 18.5.1994 tarih ve 527 sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile değişik 43/B maddesinde, 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, bu ek göstergelerin ilgililerin belirtilen sınıf ve görevlerde bulundukları sürece ödemelere esas alınacağı, terfi bakımından kazanılmış hak sayılmayacağı hükme bağlanmıştır.

Aynı maddenin 2. fıkrasının son cümlesinde ise; kurumların 1,2,3 ve 4. dereceli kadrolarına atanana uygulanan ek göstergelerin ilgililerin daha önce bulunmuş oldukları kariyerleri ile ilgili sınıf veya ekli (I) sayılı cetvelin Genel İdare Hizmetleri sınıfı (g) bölümünde belirtilen görevlerde kazanılmış hak aylık derecelerine göre alabilecekleri ek göstergelerden düşük olamayacağı hükme bağlanmıştır.

Yasa hükmü ile hizmetin yürütülmesindeki gereklilikler nedeniyle, ilgililerin kariyerleri ile ilgili görevler dışındaki başka görevlere atanmaları halinde ek gösterge kaybına uğramaları önlenmiş ve kariyerleri (meslekleri) dışındaki diğer hizmet sınıfındaki ilk dört dereceli kadrolara atanana kariyerleri ile ilgili hizmet sınıflarındaki ek göstergeden faydalanma olanağı tanınmıştır. Dolayısıyla kariyerleri dışındaki kadrolara atanana hizmet sınıfının ilk dört dereceli kadrolarına atamaları yapılmayanların kariyerleri ile ilgili ek göstergeden yararlanmasına olanak bulunmamaktadır.

Dosyanın incelenmesinden, davacının Dağıtım Şebekeleri Tesis Şube Müdürlüğünde Teknik Hizmetler Sınıfında 5. derece 4. kademede baş mühendis olarak görev yapmakta iken 22.11.1984 tarihinde İzmir Elektrik Dağıtım Müessesesi Müdürlüğüne bağlı Ambar Stok ve Tahsis Şube Müdürlüğü Genel İdare Hizmetleri Sınıfına müdür olarak atandığı ve 17.3.2003 tarihinde 1. derece 4. kademeden emekli olduğu anlaşılmaktadır.

Bu durumda, Teknik Hizmetler Sınıfında baş mühendis olarak görev yapmakta iken Genel İdari Hizmetler sınıfına 5. dereceli müdür kadrosuna atanana davacının, kariyeri dışındaki göreve ataması ilk dört dereceli kadrodan yapılmadığından, kariyeri ile ilgili hizmet sınıfındaki ek göstergeden yararlandırılmaması ve davacıya Teknik Hizmetler Sınıfında 1. dereceden aylık alanlar için öngörülen (3600) ek gösterge tutarının uygulanmaması yolundaki dava konusu işlemden mevzuata aykırılık bulunmadığından, uyumsuzluk konusu işlemi iptal eden ve parasal kayıpların tazminine hükmeden mahkeme kararında yasal isabet görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle, davalı idarelerin temyiz isteminin kabulüne, Ankara 3. İdare Mahkemesi 5.11.2004 gün ve E:2004/221, K:2004/1658 sayılı kararının bozulmasına, gereksiz olarak alınan 17,00 - YTL temyiz başvuru harcının istemi halinde davalı idarelere ayrı ayrı iadesine, yeniden bir karar verilmek üzere dosyanın adı geçen mahkemeye gönderilmesine, 18.2.2008 gününde oybirliği ile karar verildi.

T.C.
DANIŞTAY
Onbirinci Daire

Esas No : 2006/488
Karar No : 2008/4127

Özeti : Hizmetlerini aksattığı, verimli çalışmadığı, görevini yapamayacak derecede bedenen ve fikren güçlü olmadığı yolunda bir tespit ve somut bir veri bulunmadığı gibi sicillerinin olumsuz olduğu ve

disiplin cezası aldığı yönünde bir iddia da bulunmadığından, davacının resen emekliye sevk edilmesine ilişkin işlemde hukuka uyarlık bulunmadığı hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan (Davacı) : ...

Vekili : Av. ...

Karşı Taraf (Davalı) : Ankara Büyükşehir Belediye Başkanlığı

Vekili : Av. ...

İsteğin Özeti : Dava, davacının, Ankara Büyükşehir Belediye Başkanlığı

Eğitim ve Kültür Dairesi Başkanlığı Kent Orkestrası şefi ve İdari ve Genel Sanat Yönetmeni olarak görev yapmakta iken 5434 sayılı Yasanın 39/b maddesi uyarınca re'sen emekli edilmesine ilişkin işlemin iptali ile yoksun kalınan özlük haklarının 15.4.2004 tarihinden itibaren işletilecek yasal faiziyle birlikte ödenmesi istemiyle açılmıştır. Ankara 2. İdare Mahkemesi 21.7.2005 tarih ve E:2004/1692, K:2005/1159 sayılı kararıyla; 5434 sayılı T.C. Emekli Sandığı Kanununun 39/b maddesinde, 25 fiili hizmet süresini dolduran iştirakçilerden, kadın ise 58, erkek ise, 60 yaşını dolduranların istekleri üzerine, 30 hizmet yılını tamamlamış olanların kurumlarınca lüzum görüldüğünde yaş kaydı aranmaksızın re'sen emekli edilebilecekleri kuralına yer verildiği, Kent Orkestrası Yönetmeliğinin 34. maddesinde ise, Ankara Büyükşehir Belediyesi Kent Orkestrası ve Müzik Sanatlarının yeni yaklaşımları doğrultusunda kurulacak sanat toplulukları ve grupları personelinin sözleşme ücretleri üzerinden kesenekleri kendilerince, karşılıkları da Başkanlıkça karşılanmak üzere T.C. Emekli Sandığı ile ilgilendirilecekleri, Tıp Hizmet Sözleşmesinin 6. maddesinde de, Ankara Büyükşehir Belediyesi Kent Orkestrası şefi, sanatçı ve stajyer sanatçıları hakkında 5434 sayılı T.C. Emekli Sandığı Kanunu ile bu kanuna ek ya da bu kanunun maddelerini değiştiren diğer yasaları aylık ücretleri ile iştirakçiler hakkındaki malüiyet ve emekliye sevk hükümlerinin gerektiği takdirde bir yıllık sözleşme süresi içinde veya sözleşme süresi bitiminde Belediye Başkanlığınca re'sen uygulanacağını kurala bağlandığı, bu durumda, fiili hizmet süresi 44 yıldan fazla olan ve idarece hizmetine ihtiyaç duyulmayan davacının 5434 sayılı Yasanın 39/b maddesi ile Tıp Hizmet Sözleşmesinin 6. maddesi uyarınca re'sen emekliye sevkine ilişkin işlemde hukuka aykırılık bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar vermiştir. Davacı vekili tarafından, hukuki isabet bulunmadığı ileri sürülerek kararın bozulması istenilmektedir.

Savunmanın Özeti : Savunma verilmemiştir.

Danıştay Tetkik Hakimi : Metin Gürz

Düşüncesi : Re'sen emekliye sevk edilen davacının hizmetlerini aksattığı, verimli çalışmadığı, görevini yapamayacak derecede bedenen ve fikren güçlü olmadığı yolunda yapılan bir tespit ve somut bir veri bulunmadığı gibi sicillerinin olumsuz olduğu yolunda davalı idarece bir iddiada bulunulmadığı anlaşıldığından, 5434 sayılı Yasanın 39. maddesi ile idareye re'sen emekliye sevk konusunda verilen takdir yetkisinin kamu yararı ve hizmet gereklerine uygun olarak kullanılmadığı sonucuna ulaşıldığından davacının re'sen emekliye sevk edilmesine ilişkin işlemde hukuka uyarlık görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle, temyiz isteminin kabulü ile idare mahkemesi kararının bozulması gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı : Handan Yağuş

Düşüncesi : Ankara Büyükşehir Belediye Başkanlığı Eğitim ve Kültür Dairesi Başkanlığı Kent Orkestrası şefi ve Genel Sanat yönetmeli olarak görev yapmakta iken 5434 sayılı yasanın 39/b maddesi uyarınca resen emekli edilmesine ilişkin işlemin iptali talebiyle açılan davada mahkemeye verilen ret kararı davacı tarafından temyizden incelenerek bozulması istenilmektedir.

Dava dosyasının incelenmesinden; davacının fiili hizmet müddetinin 44 yıldan fazla olması ve hizmetine ihtiyaç duyulmaması nedeniyle resen emekliye sevk edildiği anlaşılmış

ise de davacının mesleğinde başarısızlığı, verimsizliği konusunda herhangi bir bilgi belge olmadığı gibi hakkında açılmış herhangi bir soruşturmada bulunmadığından tesis olunan işlemde kamu yararı ve hizmet gereklerinin varlığından bahsetmek mümkün değildir.

Açıklanan nedenlerle davanın reddi yolundaki mahkeme kararının bozulması gerektiği düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Onbirinci Dairesince işin gereği görüldü:

5434 sayılı Yasanın 39/b maddesinin 4447 sayılı Yasanın 23. maddesi ile değişik (b) fıkrasının ikinci bendinde, seçilmiş belediye reisleri ve vilayetlerin daimi komisyon azaları hariç olmak üzere 30 hizmet yılını tamamlamış olanların kurumlarınca lüzum görüldüğünde yaş kaydı aranmaksızın re'sen emekliye sevk edilebilecekleri hükmüne yer verilmiştir.

Söz konusu madde ile 30 hizmet yılını dolduran memurların kurumlarınca görülen lüzum üzerine re'sen emekliye sevk edilebilmesi konusunda idareye takdir yetkisi tanınmış ise de bu yetki sınırsız olmayıp, kamu yararı ve hizmet gereklerine uygun olarak kullanılmalı, manevi takatsizlik, fikri kudretsizlik verimsiz çalışma gibi objektif kriterlere dayanmalıdır.

Dosyanın incelenmesinden re'sen emekliye sevk edilen davacının hizmetlerini aksattığı, verimli çalışmadığı, görevini yapamayacak derecede bedenen ve fikren güçlü olmadığı yolunda yapılan bir tespit ve somut bir veri bulunmadığı gibi sicillerinin olumsuz olduğu ve disiplin cezası aldığı yönünde de davalı idarece bir iddiada bulunulmadığı anlaşılmaktadır.

Bu durumda anılan Yasa maddesi ile idareye re'sen emekliye sevk konusunda verilen takdir yetkisinin kamu yararı ve hizmet gereklerine uygun olarak kullanılmadığı sonucuna ulaşıldığından davacının re'sen emekliye sevk edilmesine ilişkin işlemde hukuka uyarlık bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle temyiz isteminin kabulüne Ankara 2. İdare Mahkemesinin 21.7.2005 tarih ve E:2004/1692, K:2005/1159 sayılı kararının bozulmasına yeniden bir karar verilmek üzere dosyanın adı geçen mahkemeye gönderilmesine 18.4.2008 tarihinde oybirliği ile karar verildi.

T.C. DANIŞTAY Onbirinci Daire

Esas No : 2007/9376

Karar No : 2008/6993

Özeti : Polis memuru olarak görev yapmakta iken, vazife malulü olarak emekliye sevk edilen davacının, yaklaşık bir yıl sonra durumu tekrar değerlendirilerek, hakkındaki vazife malüllüğü kararının geri alınması yolunda tesis edilen işlemin, idari istikrar ve hukuki güvenlik ilkelerine aykırı olduğu hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan (Davalı) : Sosyal Güvenlik Kurumu Başkanlığı
(T.C Emekli Sandığı Genel Müdürlüğü)

Vekili : Av. ...

Karşı Taraf (Davacı) : ...

Vekilleri : Av. ..., Av. ..., Av. ...

İsteğin Özeti : Polis memuru olarak görev yapmakta iken, vazife malulü olarak emekliye ayrılan davacının, yaklaşık bir yıl sonra sakatlık durumu tekrar incelenerek bu kez

malul olmadığı sonucuna varılıp, hakkındaki vazife malullüğü kararının geri alınması yolunda tesis olunan işlemin iptali istemiyle açtığı dava sonunda, Ankara 13. İdare Mahkemesinin 4.7.2007 gün ve E:2006/271, K:2007/1007 sayılı kararıyla; davacının 1991 yılında Bitlis Emniyet Müdürlüğünde görevli bulunduğu sırada geçirdiği kaza sonucu oluşan rahatsızlığına bağlı olarak hakkında düzenlenen "aktif polislik" yapamaz yolundaki sağlık kurulu raporunu inceleyen Emekli Sandığı Sağlık Kurulunun, "arızasından vazife malulüdür" şeklindeki kararına istinaden kurumunca emekliye sevk edildiği, daha sonra Emekli Sandığına aynı sağlık kurulu raporu tekrar incelenerek bu kez malul olmadığına karar verildiğinin anlaşıldığı, buna göre, olayda açık bir hata bulunmadığı gibi, davacının gerçek dışı beyanı veya hilesi gibi bir durum da söz konusu olmadığı, mevzuat hükümlerine uygun olarak emekliye sevk edildikten sonra, bu kez yoruma ilişkin değerlendirmelerle davacının malul olmadığına sonucuna varılarak tesis olunan işlemde, idari istikrar, hukuki güvenlik ilkelerine ve kamu yararına uyarlık bulunmadığı gerekçesiyle dava konusu işlemin iptaline hükmedilmiştir. Davalı idare vekili tarafından, mahkeme kararının hukuka aykırı olduğu ileri sürülerek bozulması istenilmektedir.

Savunmanın Özeti : İstem reddi gerektiği savunulmaktadır.

Danıştay Tetkik Hakimi : Abdurrahman Şimşeksoy

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 görüldü:

İdare mahkemeleri tarafından verilen kararların temyiz yolu ile incelenerek bozulabilmeleri 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 49. maddesinde belirtilen nedenlerden birinin bulunması halinde mümkündür. Ankara 13. İdare Mahkemesince verilen 4.7.2007 gün ve E:2006/271, K:2007/1007 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, 24.6.2008 tarihinde oybirliği ile karar verildi.

MEMURLAR VE DİĞER KAMU GÖREVLİLERİ

T.C.
DANIŞTAY
Onbirinci Daire
Esas No : 2007/3962
Karar No : 2008/1651

Özeti : Genel müdürler için öngörülen makam tazminatından yararlanabilmenin ön koşulu, 657 sayılı Kanun'a tabi genel müdür kadrosunda çalışmak olduğundan, özel

hukuka göre faaliyette bulunan, 190 ve 399 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamelerde, kadroları yer almayan İSFALT A.Ş. 'de 1475 sayılı İş Kanunu hükümlerine göre genel müdür olarak çalışan davacının makam tazminatından yararlanamayacağı hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan (Davalı): Sosyal Güvenlik Kurumu Başkanlığı
(T.C. Emekli Sandığı Genel Müdürlüğü)

Vekili : Av. ...

Karşı Taraf (Davacı) : ...

Vekili : Av. ...

İsteğin Özeti : Emekli Sandığı emeklisi olan davacıya İstanbul Asfalt Fabrikası San. ve Tic. A.Ş.'de yapmış olduğu "Genel Müdürlük" görevinden dolayı ödenmekte olan makam ve temsil tazminatının emekli olduğu 15.3.2005 tarihi ile 31.3.2006 tarihleri arasındaki dönem için borç çıkarılarak Nisan 2006 tarihinden itibaren aylıklarından kesilmesine ilişkin işlemin iptali ile yoksun kaldığı parasal hakların yasal faiziyle birlikte tarafına ödenmesi istemiyle açılan davada, Ankara 6. İdare Mahkemesi 15.11.2006 gün ve E:2006/160, K:2006/2077 sayılı kararıyla, davacının görev yaptığı İstanbul Asfalt fabrikaları San. ve Tic. A.Ş.'nin 5434 sayılı Kanunun 12. maddesinin 1. işaretli fıkrasında sayılan emekli Sandığına tabi kuruluşlardan olduğu, 657 sayılı Kanunun Ek 26/a maddesinin, kanuna ekli 4. sayılı Cetvelde unvanları yazılı görevlerde bulunanlara makam tazminatının ödeneceği yolundaki hükmüne göre maddede belirtilen unvanlarda bulunmanın makam tazminatı ödenmesine esas olduğu, bu unvanlara atanma şekli ile ilgili bir kısıtlama getirilmediği, buna göre davacının genel müdürler için öngörülen 7000 makam tazminatı ile 4505 sayılı Kanun ile bu kanun uyarınca çıkarılan 2000/457 sayılı Bakanlar Kurulu kararı uyarınca 17.000 temsil tazminatı göstergesinden yararlandırılması gerektiğinden, dava konusu işlemde hukuka uyarlık bulunmadığı gerekçesiyle dava konusu işlemin iptali ile aylıklarından yapılan kesintiler ve yoksun kaldığı parasal haklarının yasal faiziyle birlikte davacıya ödenmesine hükmedilmiştir. Davalı idare vekili tarafından, mahkeme kararının hukuka aykırı olduğu ileri sürülerek bozulması istenilmektedir.

Savunmanın Özeti: İstemin reddi gerektiği savunulmaktadır.

Danıştay Tetkik Hakimi : Sevil Karakaya

Düşüncesi : Temyiz isteminin kabul edilerek mahkeme kararının bozulması gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı : Mehmet Ali Gümüş

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, Emekli Sandığı Emeklisi olan davacıya İstanbul Asfalt Fabrikası San. ve Tic. A.Ş.'de yapmış olduğu "Genel Müdürlük" görevinden dolayı ödenmekte olan makam ve temsil tazminatının emekli olduğu 15.3.2005 tarihi ile 31.3.2006 tarihleri arasındaki dönem için borç çıkarılarak Nisan 2006 tarihinden itibaren aylıklarından kesilmesine ilişkin işlemin iptali ile yoksun kaldığı parasal hakların yasal faiziyle birlikte tarafına ödenmesi istemiyle açılmıştır.

T.C. Anayasasının 128. maddesinde, memurların ve diğer kamu görevlilerinin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ve diğer özlük işlerinin kanunla düzenleneceği hükmüne yer verilmiştir.

657 sayılı Devlet Memurları Kanununa 527 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 10. maddesiyle eklenen Ek 26. maddenin 1. fıkrasında; bu Kanuna ekli (IV) sayılı cetvelde unvanları yazılı görevlerde bulunanlara hizalarında gösterilen gösterge rakamlarının memur aylıklarına uygulanan katsayı ile çarpımı sonucu bulunan miktarda makam tazminatı ödeneceği belirtilmiştir.

Sözü geçen hükmün değerlendirilmesinden; genel müdürler için öngörülen makam tazminatından yararlanabilmenin ön koşulunun "657 sayılı Yasaya tabi Genel Müdür kadrosunda" çalışmak olduğu anlaşılmaktadır.

Dava dosyasının incelenmesinden, davacının TEKEL Tütün, Tütün Mamülleri, Tuz ve Alkol İşletmeleri A.Ş'de şube müdürü olarak çalışmakta iken 8.11.1999 tarihinde istifaen bu görevden ayrıldığı ve İstanbul Asfalt Fabrikaları Sanayi ve Tic. A.Ş Yönetim Kurulunun 27.10.1999 tarihli ve 10-5 sayılı kararı ile bu kuruma Genel Müdür olarak atandığı, bu atama sebebiyle davacının Emekli Sandığıyla ilgilendirilmesi için yaptığı başvurunun davalı idarece reddi üzerine açılan davada Mahkemece verilen 25.5.2001 tarih ve E:2001/1141, K:2001/697 sayılı karar üzerine 5434 sayılı Kanunun 192. maddesi uyarınca Emekli Sandığı ile ilgilendirildiği, 12.12.2005 tarihli dilekçesi ile emeklilik talebinde bulunması, 1.3.2005 tarih ve 13 sayılı emekliye sevk onayı üzerine davalı idarece davacıya 25 yıl 6 ay 15 gün hizmetine karşılık tespit edilen 1. derece 4. kademe + 3600 ek gösterge intibakı üzerinden emekli aylığı bağlandığı, ancak, davacının İstanbul Asfalt Fabrikaları San. ve Tic. A.Ş. Genel Müdürlüğü görev ünvanı için görülen +6400 ek göstergedeki yararlanma talebi ile davalı idare aleyhine açtığı davanın Ankara 5. İdare Mahkemesinin 7.10.2004 tarih ve E:20004/2788, K:2004/1559 sayılı kararı ile davacının lehine sonuçlanması nedeniyle ek göstergesinin 6400 olarak tadil edildiği, daha sonra davalı idare Yönetim Kurulu'nun 24.3.2005 tarih ve 2002 sayılı kararı uyarınca Genel Müdür ünvanı için öngörülen makam ve temsil tazminatı uygulanmak suretiyle Emekli aylıklarının tadil edildiği, ancak Maliye Bakanlığı Bütçe ve Mali Kontrol Genel Müdürlüğü'nün 5.5.2005 tarih ve 8110 sayılı yazıları ile Yönetim Kurulunun 2.12.2005 tarih ve 665 sayılı kararı esas alınarak 5434 sayılı Kanunun 192. maddesi uyarınca Sandıkla ilgisinin devamı sağlanan davacının İstanbul Asfalt Fabrikaları Tic. A.Ş.'ne genel müdür olarak müşterek kararname ile atanmayıp bu şirketin yönetim kurulu kararıyla atanması nedeniyle makam ve temsil tazminatından yararlandıramayacağından bahisle makam ve temsil tazminatı kesilerek davacıya ödenen 12.354.27 YTL'nin yersiz ödendiği ileri sürülerek davacı adına borç çıkarıldığı ve borcun aylıklarından kesilmesine başlandığı, belirtilen işlemlerin iptali ile aylıklarından yapılan kesinti ve yoksun kalınan makam ve temsil tazminatlarının yasal faiziyle birlikte ödenmesine karar verilmesi istemiyle bakılan davanın açıldığı, mahkemece dava konusu işlemin iptali ile parasal hak talebinin kabulü üzerine davalı idarece mahkeme kararının temyiz edildiği anlaşılmaktadır.

Anayasanın yukarıda belirtilen hükmü uyarınca kamu görevlilerinin yaptıkları kamu hizmetiyle irtibatını sağlayan kadronun kanunla ihdas edilmesi zorunluluğu ve 25.6.1981 tarih ve 7371 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren 23.4.1981 tarih ve 2451 sayılı Bakanlıklar ve Bağlı Kuruluşlarda Atama usulüne ilişkin Kanunun 2. maddesinde söz konusu kanuna ekli (I) sayılı Cetvelde gösterilen unvanları taşıyan görevlere Bakanlar Kurulu Kararı ile (II) sayılı Cetvelde gösterilen unvanları taşıyan görevlere ise müşterek kararla atama yapılacağı, (II) sayılı Cetvelde ise, "Genel müdür ve yardımcılarının" da sayılması karşısında sermayesinin büyük kısmı kamuya ait olmakla beraber tamamen özel hukuk hükümlerine göre kurulan Belediye iştiraklerinin ihtiyaçlarına göre yönetim kurulu kararıyla istihdam edilen görevlilerin bağlı bulundukları pozisyon veya unvanlarının, kanunla ihdas edilmesi gereken kadro kapsamında değerlendirilmesi mümkün değildir.

Olayda, mahkemece davacının daha önce Emekli Sandığı ile ilgilendirildiği ve ek göstergesinin de genel müdür olarak belirlendiği ve davacının genel müdür olarak çalıştığı A.Ş'nin 5434 sayılı Kanunun 12. maddesinin (j) bendi kapsamında sayılan Emekli Sandığına tabi kuruluşlardan olduğu ve davacının atanma şeklinin üçlü kararname ile olmayıp yönetim kurulu kararıyla olmasının makam tazminatı almasında önem arzetmediği gerekçesiyle dava konusu işlemin iptali ile parasal hak talebinin kabulüne hükmedilmiş ise de, davacının genel müdürlük yaptığı İSFALT San. Tic. Anonim Şirketinin özel hukuk hükümlerine göre faaliyet göstermesi, personelinin kadrosunun 190 ve 399 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamelerde ekli cetvellerde yer almaması, davacının İSFALT San. Tic. Anonim Şirketinde 1475 sayılı İş kanunu hükümlerine tabi olarak çalışması karşısında, 657 sayılı Kanunun 26. maddesinde ve buna bağlı (IV) sayılı Cetvelden kaynaklanan bir parasal hak olan makam tazminatı ve 4505 sayılı Kanun ile bu kanun uyarınca çıkarılan 2000/457 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı uyarınca bu tazminata bağlanan temsil tazminatından faydalandırılmamasında hukuka aykırılık görülmemiştir.

Diğer taraftan, 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun sistematığının bir bütün olarak değerlendirilmesinden, Kanunun IV sayılı Cetvelinde yer alan ve makam tazminatını hak eden görevlerde bulunanların bu görevlere yine 2451 sayılı Kanunun 2. maddesiyle öngörülen şekilde müşterek kararname ile atanmalarının da şart olduğu açık olup, davacının Yönetim kurulu kararıyla genel müdürlük görevine atanması da 657 sayılı Kanun kapsamında bulunmadığını göstermektedir.

Bu durumda; 15.3.2005 - 31.3.2006 tarihleri arasında 657 sayılı Yasaya tabi Genel Müdür kadrosunda çalışmadığı anlaşılan davacının, atandığı genel müdür kadrosunda iken 657 sayılı Yasanın ek 26. maddesi uyarınca Genel Müdürlük kadrosu için belirlenen makam ve temsil tazminatından yararlandırılmayarak borç çıkarılmasına ilişkin işlemin iptali ile yoksun kalınan parasal hakların dava tarihinden itibaren hesaplanacak yasal faiziyle birlikte ödenmesine karar veren mahkeme kararında mevzuata ve hukuka uyarlık görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle temyiz isteminin kabulüne, Ankara 6. İdare Mahkemesinin 15.11.2006 gün ve E:2006/160, K:2006/2077 sayılı kararının bozulmasına, dosyanın yeniden bir karar verilmek üzere adı geçen mahkemeye gönderilmesine, 20.2.2008 gününde oybirliği ile karar verildi.

T.C.
DANIŞTAY
Onbirinci Daire
Esas No : 2005/4262
Karar No : 2008/3498

Özeti : Dayanağı olan Bütçe Kanunu'nun ilgili maddesinin usule ilişkin gerekçelerle iptal edilmiş olması nedeniyle, yasal dayanağını kaybederek iptal edilen yönergenin, iptal gerekçesi esasa ilişkin olmadığından ve artık ortada eksik ödenen meblağın tazminine esas alınabilecek bir düzenleme kalmadığından, söz konusu yönerge nedeniyle yoksun kalınan parasal hakların tazmin edilmesinin, mümkün olmadığı hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan (Davalı) : Ordu Valiliği

Karşı Taraf (Davacı) : ...

İsteğin Özeti : İlçe Tarım Müdürlüğü personeli olup kaymakamlık oluru ile Sağlık Grup Başkanlığında ambulans şoförü olarak görevlendirilen davacının, döner sermaye ek ödemesinden yararlandırılması istemiyle yaptığı başvuruların reddine ilişkin 18.8.2004 tarih ve 1321 sayılı Ordu İl Sağlık Müdürlüğü işlemi ile 16.9.2004 tarih ve 5232 sayılı Ordu Tarım İl Müdürlüğü işleminin iptali ve görevlendirildiği sürelerde alması gereken döner sermaye ek ödemesinin tazmini istemiyle açılan davada; 6.6.2003 tarihli işlemle Kumru Sağlık Grup Başkanlığı emrinde ambulans şoförü olarak görevlendirilen davacının döner sermaye ek ödemesinden yararlandırılması istemiyle hem personeli olduğu İlçe Tarım Müdürlüğüne, hem de geçici görevli olarak çalıştığı Sağlık Müdürlüğüne yaptığı başvuruların reddi üzerine bakılan davanın açıldığı, davacının gerek asli personeli olduğu Tarım Müdürlüğünde 969 sayılı Tarım ve Köyşleri Başkanlığının 867 ve 177 sayılı Kanunlara Tabi İşletmeler Dışında Kalan Taşra Kuruluşlarına Döner Sermaye Verilmesi Hakkında Kanuna Bağlı Döner Sermaye İşletmeleri Yönetmeliği Üretimi Teşvik Primi Dağıtım Esaslarının 44. maddesinde, gerekse geçici olarak görev yaptığı Sağlık Müdürlüğünde yapılan ek ödemelere ilişkin Sağlık Bakanlığına çıkarılan ve 1.1.2004 tarihinden itibaren yürürlüğe giren Sağlık Bakanlığı'na Bağlı Birinci Basamak Sağlık Kuruluşlarında Görevli Personele Döner Sermaye Gelirlerinden Ek Ödeme Yapılmasına Dair Yönergenin 5. ve 19. maddesinde fiilen çalışma şartı arandığı, davacının 6.6.2003 tarihi itibarıyla İlçe Sağlık Müdürlüğü'ne bağlı Sağlık Grup Başkanlığında geçici personel olarak görev yaptığı, dolayısıyla burada fiilen çalıştığının açık olduğu, buna göre, fiilen Bakanlık kadrosunda görev yapan ancak kadrosu Sağlık Bakanlığına ait olmayan geçici personele ek ödeme ödenmeyeceğine ilişkin yönerge hükmünde hukuka ve hakkaniyete uyarlık bulunmaması ve düzenleyici işlemin iptal edilmemesinin buna dayalı olarak tesis edilen işlemin iptaline engel olmaması karşısında, fiilen çalışarak kuruma katkıda bulunan davacıya, Sağlık Müdürlüğünce ek ödeme yapılmamasına ilişkin işlemde hukuka uyarlık görülmediği, öte yandan, Sağlık Müdürlüğü emrinde geçici olarak çalışmakla kendi kurumuna fiilen katkısı bulunmayan davacıya Tarım Müdürlüğünce ek ödeme yapılmamasında hukuka aykırılık görülmediği gerekçesiyle, dava konusu işlemlerden; 18.8.2004 tarih ve 1321 sayılı İl Sağlık Müdürlüğü işleminin iptali ile idareye başvurduğu 11.8.2004 tarihinden görevlendirmenin son bulduğu tarihe kadar davacının alması gereken ek ödemenin davacıya ödenmesine, 11.8.2004 tarihinden önceki döneme ilişkin talebin süre aşımı nedeniyle reddine; 16.9.2004 tarih ve 5232 sayılı Tarım İl Müdürlüğü işleminin iptali istemli kısmına yönelik davanın ise reddine karar veren Ordu İdare Mahkemesinin 31.3.2005 gün ve E:2004/880, K:2005/1110 sayılı kararının; dava konusu İl Sağlık Müdürlüğü işleminin iptali ile tazminat isteminin kabulüne ilişkin kısmının, davalı idarece, hukuka aykırı olduğu ileri sürülerek bozulması istenilmektedir.

Savunmanın Özeti: Savunma verilmemiştir.

Danıştay Tetkik Hakimi : Sibel Kaya Saçmal

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 : 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 görüldü:

İlçe Tarım Müdürlüğü personeli olup 6.6.2003 tarihli Kaymakamlık oluru ile Kumru Sağlık Grup Başkanlığında ambulans şoförü olarak görevlendirilen davacının, döner sermaye ek ödemesinden yararlandırılması istemiyle personeli olduğu İlçe Tarım Müdürlüğü ile geçici görevlendirildiği Sağlık Müdürlüğüne yaptığı başvuruların reddine ilişkin Ordu İl Sağlık Müdürlüğü işlemi ile Ordu İl Tarım Müdürlüğü işleminin iptali ile parasal hakların tazmini istemiyle açılan davada İdare Mahkemesince, Ordu İl Tarım Müdürlüğü işleminin iptali istemine yönelik davanın reddine, Ordu İl Sağlık Müdürlüğü işleminin iptali ile tazminat işleminin kısmen kabulüne, kısmen süre aşımı yönünden reddine karar verilmiş olup, davalı idarece; kararın Ordu İl Sağlık Müdürlüğü işleminin iptali ve tazminat isteminin kısmen kabulüne ilişkin kısmının temyizen incelenerek bozulması istenilmektedir.

Sağlık Bakanlığınca 2004 Mali Yılı Bütçe Kanununun 49. maddesinin (k) bendine dayanarak hazırlanan ve 9.2.2004 tarih ve 417 sayılı Bakan onayı ile 1.1.2004 tarihinden itibaren geçerli olmak üzere yürürlüğe konulan "Sağlık Bakanlığına Bağlı Birinci Basamak Sağlık Kuruluşlarında Görevli Personele Döner Sermaye Gelirlerinden Ek Ödeme Yapılmasına Dair Yönergenin" "Kapsam" başlıklı 2. maddesinde, bu Yönergenin, Sağlık bakanlığına bağlı döner sermayeli kuruluşlarda 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 4 üncü maddesinin (A) bendine göre görev yapan personel ile 10.7.2003 tarihli ve 4924 sayılı Kanun uyarınca sözleşmeli olarak istihdam edilen sağlık personelini, kadrosu Maliye Bakanlığına ait olup döner sermaye işlerinde görev yapan saymanlık personelini kapsadığı, "ek ödeme yapılmayacak personel ve istisnalar" başlıklı 19. maddesinde ise, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunun 4 üncü maddesinin (A) bendi ile 4924 sayılı Kanuna göre istihdam edilmeyen personel, Bakanlık dışındaki diğer kurum ve kuruluşlardan görevlendirilen ve kadrosu Bakanlığa ait olmayan personelin ek ödemededen faydalanamayacağı, ancak, kadrosu Maliye Bakanlığına ait olup, döner sermaye işlerinde görev yapan saymanlık personeline, bu yönergede belirlenen çerçevede ek ödeme yapılacağı hükme bağlanmış, İlçe Tarım Müdürlüğü personeli olan ve geçici olarak Sağlık Grup Başkanlığında görevlendirilen davacı tarafından, davalı Ordu Valiliğince anılan Yönergenin 2. maddesinde sayılanlar kapsamına girmediğinden bahisle döner sermaye ek ödemesinden yararlandırılması talebinin reddedilmesi üzerine temyizen bakılan davanın açıldığı anlaşılmaktadır.

Dava konusu işleme dayanak olan Ek Ödeme Yönergesinin bazı maddelerinin iptali istemiyle açılan davada, Dairemizin 27.2.2007 gün ve E:2004/3079, K:2007/1832 sayılı kararıyla; Yönergenin yasal dayanağı 5027 sayılı 2004 Mali Yılı Bütçe Kanununun 49. maddesinin (k) bendinin Anayasa Mahkemesinin 29.11.2005 gün ve E:2004/115, K:2005/92 sayılı kararıyla "diğer yasalarla düzenlenmesi gereken bir konunun bütçe yasasıyla düzenlenmesinin Anayasanın 87., 88., 161., ve 162. maddelerine aykırı olduğu" gerekçesiyle iptal edildiği, yasaların uygulanmasını göstermek için çıkarılan tüzük, yönetmelik, yönerge ve talimatların dayalı oldukları yasalara aykırı düzenlemeler taşıyamacağı, dolayısıyla dayanağı olan yasa kuralının iptaliyle birlikte dava konusu yönergenin hukuksal dayanağını yitirerek hukuka aykırı konuma geldiği gerekçesiyle 2. ve 19. maddesinin iptaline karar verilmiştir.

Bir düzenleyici işlemin Danıştayca iptali, düzenlemenin mevzuata, hukuka ve hakkaniyete aykırı olması gerekçesine dayanıyorsa, bu durumda İdari Yargılama Usulü Kanunun 28. maddesi hükmünün doğal sonucu olarak iptal kararı, iptal edilen idari işlemin ilk tesis edildiği tarihe kadar geriye yürür ve idari işlemi tesis edildiği andan itibaren ortadan kaldırarak o işlemin tesisinden önceki hukuki durumu ortaya koyar. Bununla birlikte iptal kararı, iptal edilen işlemin yerine geçemez ve idarenin karar gereğince yeni bir işlem yapma zorunluluğunun bulunması nedeniyle, idare yeni bir düzenleme yapıncaya kadar farklı bir uygulama yapılmaz.

Ancak iptali istenen düzenleme, idarenin yapıp yapmama konusunda kendisine takdir yetkisi tanınan bir alanla ilgili ise idarenin iptal kararı üzerine geçmişe yürür bir şekilde düzenleme yapma zorunluluğundan bahsedilemez.

Sağlık Bakanlığına bağlı sağlık kurumlarında çalışan personelin unvanı, görevi, çalışma şartları ve süresi, hizmete katkısı, performansı, serbest çalışıp çalışmaması ile muayene, ameliyat, anestezi, girişimsel işlemler ve özellik arz eden riskli bölümlerde çalışma gibi unsurlar gözönünde bulundurularak hazırlanan ve personele bu kriterler uyarınca farklı oran ve miktarlarda ek ödeme yapılmasını öngören Yönerge hükümleri, söz konusu düzenlemelerin mevzuata, hukuka, hakkaniyete, eşitlik ilkesine vb. aykırı olması gibi esasa ilişkin gerekçelerle değil, Yönergenin dayanağı olan Bütçe Kanununun ilgili maddesinin Anayasa Mahkemesince diğer yasalarla düzenlenmesi gereken bir konunun bütçe yasası ile düzenlenmesinin Anayasanın 87, 88, 89 ve 161. maddelerine aykırılığı incelenerek yetki yönünden iptal edilmiş olması gerekçesine dayanılarak iptal edilmiş bulunmaktadır.

Bu durumda iptal edilen Yönergeye dayanılarak yapılan ödemelerin, kazanılmış hak niteliğini kazanması ve idari istikrar ilkesi uyarınca ilgililerden geri alınması mümkün olmamakla beraber, idarenin takdir yetkisine bırakılmış bir konuda geçmişe dönük olarak düzenleme yapmaya zorlanması mümkün değildir.

Bu bakımdan, dayanağı olan Bütçe Kanunun ilgili maddesinin usuli bir gerekçeyle iptal edilmiş olması nedeniyle yasal dayanağını kaybederek iptal edilen Yönergenin, iptal gerekçesinin esasa ilişkin olmaması ve artık ortada eksik ödenen meblağın tazminine esas alınacak bir düzenleme kalmaması nedeniyle davacı yönünden parasal hakka dayanak oluşturması mümkün olmadığından, davacının mahrum kaldığını ileri sürdüğü parasal hakların tazminine ve davacı hakkında tesis edilen bireysel işlemin iptaline hükmedilmesi mümkün bulunmadığından dava konusu işlemi, istemin özeti bölümünde belirtilen gerekçeyle iptal ederek parasal kayıpların kısmen tazminine karar veren İdare Mahkemesi kararında hukuki isabet görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle, davalı idarenin temyiz isteminin kabulüyle Ordu İdare Mahkemesinin 31.3.2005 gün ve E:2004/880, K:2005/1110 sayılı kararının dava konusu işlemin iptali ile tazminat isteminin kabulüne ilişkin kısmının bozulmasına, dosyanın yeniden bir karar vermek üzere adı geçen Mahkemeye gönderilmesine 8.4.2008 tarihinde oyçokluğu ile karar verildi.

KARŞI OY

X- Davacıya döner sermayeden ek ödeme ödenmesinin nedeni, 209 sayılı Kanuna 2004 Mali Yılı Bütçe Kanununun 49/k maddesi ile eklenen fıkraya dayalı olarak düzenleme yapılması ve bu düzenlemeler uyarınca da bireysel işlem tesisidir.

Dava konusu işlemin dayanağı olan Sağlık Bakanlığına Bağlı Birinci Basamak Sağlık Kuruluşlarında Görevli Personele Döner Sermaye Gelirlerinden Ek Ödeme Yapılmasına Dair Yönergenin ilgili 2. ve 19. maddeleri Dairemizin 27.2.2007 günlü ve E:2004/3079, K:2007/1832 sayılı kararıyla, yönergenin dayanağını oluşturan 5027 sayılı 2004 Mali Yılı Bütçe Kanununun 49. maddesinin (k) bendinin Anayasa Mahkemesince iptal edildiği gerekçesine dayanılarak iptal edilmiş bulunmaktadır. İdarece tesis olunan düzenleyici işlemin iptaline ilişkin Dairemizce verilen iptal hükmü, dava konusu işlemin dayanağı olan düzenleyici işlemin mevzuata aykırılığını ortaya koyduğuna göre ve mevzuata aykırı olarak tesis olunan işlemler nedeniyle yapılan noksan ödemelerin davacıya verilmesinin hukuksal bir gereklilik olmasına binaen dava konusu işlemin iptal edilerek davacının parasal hak talebinin idarece hesaplanacak miktarda kabulüne karar verilmesi gerektiğinden idare mahkemesi kararının onanması gerektiği görüşüyle Daire kararına karşıyız.

T.C.
DANIŞTAY
Onbirinci Daire
Esas No : 2005/3898
Karar No : 2008/4471

Özeti : Hastalık izni döneminde, fiilen çalışarak kurumuna katkıda bulunmadığı açık olan davacıya, bu dönem için ek ödeme yapılmamasına dair işlemde ve bu işlemin dayanağı olan Bağ-Kur Genel Müdürlüğü Personeline Yapılacak Ek Ödemeye İlişkin Usul ve Esasların 12. maddesinde, hukuka aykırılık bulunmadığı hakkında.

Davacı : ...
Vekili : Av. ..., Av. ...
Davalılar : 1 - Bağ-Kur Genel Müdürlüğü
Vekili : Av. ...

2 - Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı

Davanın Özeti : Davacı tarafından, 2005/Nisan ayında 30 gün rapor alması nedeniyle bu aya ait olarak kendisine ek ödeme yapılamayacağına dair 13.6.2005 gün ve 160267 sayılı Bağ-Kur ... İl Müdürlüğü işlemi ile bu işlemin dayanağı olan ve 15.8.2003 tarihinden geçerli olmak üzere Yönetim Kurulu Kararı ve Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığının onayı ile yürürlüğe giren Bağ-Kur Genel Müdürlüğü Personeline Yapılacak Ek Ödemeye ilişkin Usul ve Esasların 12. maddesinin; 1479 sayılı Kanunun 7. maddesinin 3 fıkrasında, ek ödemelerde 657 sayılı Kanunun aylıklara ilişkin hükümlerinin uygulanacağı hüküm altına alındığı halde 657 sayılı Kanunun hastalık iznine ilişkin hükümlerine aykırı olarak yapılan düzenlemelerde hukuka uyarlık bulunmadığı ileri sürülerek iptali ve ödenmeyen meblağın yasal faiziyle birlikte tazmini istenilmektedir.

Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı Savunmasının Özeti : İptali istenilen Bağ-Kur Genel Müdürlüğü Personeline Yapılacak Ek Ödemeye ilişkin Usul ve Esasların, Anayasaya, 657 sayılı Yasa ve 1479 sayılı Yasaya, genel hukuk ilkesine ve diğer kurum ve kuruluşların benzer nitelikteki düzenlemelerine uygun olarak belirlendiği, yasal dayanağı olmayan davanın reddi gerektiği savunulmaktadır.

Bağ- Kur Genel Müdürlüğü Savunmasının Özeti : 4956 sayılı Yasanın verdiği yetkiye dayanılarak hazırlanan usul ve esasların, personelin unvanı, çalışma verimi ve hizmetlerin rasyonelliğini sağlayacak ilkeler göz önünde bulundurularak saptandığı, hukuka aykırı bir husus bulunmadığından davanın reddi gerektiği savunulmaktadır.

Danıştay Tetkik Hakimi: Süleyman Kurt

Düşüncesi : Davacının hastalık izni kullandığı döneminde fiilen çalışarak kurumuna katkıda bulunmadığı açık olup, 1479 sayılı Kanunun 7. maddesinin 3. fıkrasına dayanılarak ve kanun hükmünde belirtilen kriterler göz önünde bulundurularak hazırlandığı anlaşılan dava konusu Usul ve Esasların 12. maddesinde ve bu düzenlemeye dayanılarak davacıya raporlu olduğu süre için ek ödeme yapılmaması yönünde tesis edilen bireysel işlemde hukuka aykırılık bulunmadığından, davanın reddi gerektiği düşünülmüştür.

Danıştay Savcısı : Mehmet Ali Gümüş

Düşüncesi : Dava, davacı tarafından, 2005/Nisan ayında 30 gün rapor alması nedeniyle bu aya ait ek ödemenin yapılamayacağına ilişkin 13.6.2005 gün ve 160267 sayılı Bağ-Kur ... İl Müdürlüğü işlemi ile bu işlemin dayanağı olan ve 15.8.2003 tarihinden geçerli olmak üzere Yönetim Kurulu Kararı ve Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığının onayı ile yürürlüğe giren Bağ-Kur Genel Müdürlüğü Personeline Yapılacak Ek Ödemeye İlişkin Usul ve

Esasların 12. maddesinin birinci fıkrasının iptali ve parasal kaybının yasal faiziyle birlikte tazmini istemiyle açılmıştır.

24.7.2003 tarih ve 4956 sayılı Kanunun 6. maddesiyle değişik 1479 sayılı Kanunun 7. maddesine dayanılarak hazırlanan Bağ-Kur Genel Müdürlüğü Personeline Yapılacak Ek Ödemeye İlişkin Usul ve Esasların 12/1.maddesinde ayakta veya yatarak yapılan tedavi sürelerinde kaplıca tedavilerinde ve refakatçi olarak geçen sürelerde , tek hekim veya sağlık kurulu raporlu olunan sürelerde ek ödeme yapılmayacağı düzenlenmiştir.

Ek ödeme verilmesindeki temel amaç personelin performansını arttırmak ve bu suretle döner sermaye gelirlerini çoğaltmak ve gelirlerin artmasını sağlayan personelin katkısı oranında ek ödemeden yararlandırılmasını gerçekleştirmek olduğundan raporlu olduğu sürede döner sermaye gelirlerine katkısı olmayan personele ek ödeme yapılmamasında hukuka aykırı bir husus bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenle, yasal dayanaktan yoksun bulunan davanın reddi gerekeceği düşünülmektedir

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Onbirinci Dairesince dosya incelenerek için gereği görüldü;

Dava, 2005/Nisan ayında 30 gün rapor alan davacıya, raporlu olduğu sürede ek ödeme yapılamayacağına dair 13.6.2005 gün ve 160267 sayılı Bağ-Kur ... İl Müdürlüğü işlemi ile bu işlemin dayanağı olan ve 15.8.2003 tarihinden geçerli olmak üzere Yönetim Kurulu Kararı ve Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığının onayı ile yürürlüğe giren Bağ-Kur Genel Müdürlüğü Personeline Yapılacak Ek Ödemeye ilişkin Usul ve Esasların 12. maddesinin hukuka aykırı olduğu ileri sürülerek iptali ve ödenmeyen meblağın yasal faiziyle birlikte tazmini istemiyle açılmıştır.

24.7.2003 tarih ve 4956 sayılı Esnaf ve Sanatkarlar ve Diğer Bağımsız Çalışanlar Sosyal Sigortalar Kurumu Kanununun ve Tarımda Kendi Adına ve Hesabına Çalışanlar Sosyal Sigortalar Kanununun Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi, Yürürlükten Kaldırılması ve Bu Kanunlara Geçici Maddeler Eklenmesi Hakkında Kanunun 6. maddesiyle değişik 1479 sayılı Kanunun 7. maddesinin 3. fıkrasında, Kurumun yönetim giderleri için ayrılan tutarın %15'ine kadar olan kısmından ve kurumca hazırlanan kitap, standart form, sağlık kartesi ile benzerlerinin satışından elde edilecek gelirlerden, Kurumun merkez ve taşra teşkilatında fiilen görev yapan personele, görev unvanı, çalışma verimi, hizmetlerin rasyonelliğini sağlayacak ilkeler göz önünde bulundurularak, Yönetim Kurulunca uygun görülen ve Bakanlıkça onaylanan oran ve miktarda ek ödeme verileceği, ek ödemelerin aylık tutarının 657 sayılı Kanunda tanımlanan en yüksek devlet memuru aylığının brüt tutarının %150'sini geçmeyeceği, ek ödemelerde 657 sayılı Kanunun aylıklara ilişkin hükümlerinin uygulanacağı, ek ödemenin dağıtım usul ve esaslarının Kurum Yönetim Kurulunca belirleneceği hüküm altına alınmıştır.

Anılan Kanun hükmüne dayanılarak hazırlanan ve 22.8.2003 tarih, 218 sayılı onay ile yürürlüğe konulan Bağ - Kur Genel Müdürlüğü Personeline Yapılacak Ek Ödemeye İlişkin Usul ve Esasların 2. maddesinde, bu Usul ve Esasların, Bağ-Kur Genel Müdürlüğünün merkez ve taşra teşkilatında kadrolu ve sözleşmeli olarak fiilen ve Kurumda kadro karşılığı ikinci görevle çalışan personeli kapsadığı, 12. maddesinin 1. fıkrasında, ayakta veya yatarak yapılan tedavi sürelerinde, kaplıca tedavilerinde ve refakatçi olarak geçen sürelerde, tek hekim veya sağlık kurulu raporlu olunan sürelerde ek ödeme yapılamayacağı, aynı maddenin ikinci fıkrasında ise görevlerinden dolayı saldırıya uğrayan personel ile görevleri sırasında, görevlerinden dolayı bir kazaya uğrayan veya verem, kanser ve akıl hastalığı gibi uzun süreli tedaviye ihtiyaç gösteren hastalığa yakalananlara, bu durumunu sağlık kurulu raporu ile belgelendirenlere, hastalıkları süresince her yıl için altı aya kadar ek ödemede bulunulacağı düzenlemelerine yer verilmiştir.

Yukarıda belirtilen mevzuatın değerlendirilmesinden, Bağ-Kur personeline ek ödeme yapılabilmesi için öncelikli şartın kurumda fiilen görev yaparak sunulan hizmete katkıda bulunmak olduğu anlaşılmaktadır. Her ne kadar 657 sayılı Kanun ve ilgili mevzuatta hastalık izni, devlet memurlarının faydalanabilecekleri haklar arasında sayılmış ve bu haklarını kullanmaları nedeniyle mali haklarından mahrum bırakılmamaları güvence altına alınmışsa da, Bağ-Kur personeline yapılacak ek ödeme uygulaması, 657 sayılı Kanun kapsamında ödenen mali haklardan olmayıp, kaynağı usul ve esasların 4. maddesinde açıklanan özel bir havuzdan karşılanan ve personelin unvanı, çalışma verimi ve hizmetin rasyonelliği gibi ilkeler göz önünde bulundurularak, personele aylık ya da sözleşme ücretlerine ilaveten ödenebilen bir teşvik uygulaması niteliğinde olduğundan, 657 sayılı Kanunda öngörülen mali haklar ve bunlara ilişkin koruma tedbirleriyle kıyaslanması mümkün değildir. Kaldı ki dava konusu 12. maddenin ikinci fıkrasında, görevden kaynaklanan hastalıklar ile bazı uzun süreli rahatsızlıklarda, her yıl için altı aya kadar ek ödeme yapılmaya devam edileceği hüküm altına alındığından, ek ödeme kesintisinin her türlü hastalığı mutlak olarak kapsamadığı ve hastalığın türü ve nedeninin de göz önünde bulundurulduğu anlaşılmaktadır.

Bu durumda hastalık izni döneminde, fiilen çalışarak kurumuna katkıda bulunmadığı açık olan davacıya, raporlu olduğu süre için ek ödeme yapılmamasına dair işlemde ve bu uygulamanın dayanağı olan düzenlemede, hakkaniyet ilkesine, hizmet gereklerine ve hukuka aykırılık görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle, 22.8.2003 tarih ve 218 sayılı onay ile yürürlüğe konulan Bağ - Kur Genel Müdürlüğü Personeline Yapılacak Ek Ödemeye İlişkin Usul ve Esasların 12. maddesinin iptali istemiyle açılan davanın reddine, yargılama giderlerinin davacı üzerinde bırakılmasına, Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi uyarınca 500.- YTL. vekalet ücretinin davacıdan alınarak davalılardan Bağ-Kur Genel Müdürlüğüne verilmesine, 30.4.2008 tarihinde oyçokluğu ile karar verildi.

AZLIK OYU

1479 sayılı Kanunun 7. maddesinin değişik 3. fıkrasında ve Bağ-Kur Genel Müdürlüğü Personeline Yapılacak Ek Ödemeye ilişkin Usul ve Esasların 6. maddesinde, ek ödemelerde 657 sayılı Kanunun aylıklara ilişkin hükümlerinin uygulanacağı hüküm altına alınmıştır. Söz konusu düzenlemeye paralel olarak dava konusu Usul ve Esasların 11. maddesinde yıllık veya mazeret izinli olan personele ek ödeme yapılmaya devam edileceği kurala bağlandığı halde, 657 sayılı Kanunun 105. maddesinde yer alan, hastalık izni kullanan personelin aylık ve özlük haklarına dokunulmayacağına dair düzenlemeye aykırı olarak dava konusu düzenlemenin 12. maddesinde, raporlu olunan süreler için ek ödeme yapılmayacağına dair düzenlemeye gidilmesinde hukuka uygunluk bulunmadından, dava konusu düzenlemenin iptal edilmesi gerektiği görüşüyle çoğunluk kararına katılmıyorum.

T.C.

DANIŞTAY

Onbirinci Daire

Esas No : 2008/9790

Karar No : 2008/8479

Özeti : 399 sayılı Kanun Hükmünde Kararnameye tabi, elektrik mühendisi kadrosunda şube müdürü ve il müdür yardımcısı olarak görevlendirilen davacıya, yürüttüğü bu görevler nedeniyle, vekalet aylığı ödenmesi gerektiği hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan (Davacı) : ...

Karşı Taraf (Davalı) : TEDAŞ Genel Müdürlüğü

İsteğin Özeti

: Dava, Bayburt TEDAŞ Müessese Müdürlüğünde 399

sayılı Kanun Hükmünde Kararnameye tabi elektrik mühendisi olarak görev yapan davacı tarafından, şube müdürü ve il müdür yardımcısı olarak görevlendirilmesi nedeniyle vekalet aylığı ödenmesi yolundaki başvurusunun reddine dair işlemin iptali ile hakettiği vekalet aylığının idareye başvurduğu tarihten itibaren hesaplanacak yasal faizi ile birlikte tazmini istemiyle açılmıştır. Trabzon İdare Mahkemesi 4.4.2007 gün ve E:2006/1421, K:2007/753 sayılı kararıyla; dosyanın incelenmesinden, Bayburt TEDAŞ Müessese Müdürlüğünde elektrik mühendisi olarak görev yapan davacının, TEDAŞ Genel Müdürlüğünün 5.7.2002 tarih ve 6569 sayılı oluru ile 1.8.2002 tarihinden itibaren Proje ve Tesis Şube Müdürlüğü görevini yürütmek üzere görevlendirildiği, sonrasında 9.12.2005 tarih ve 1603 sayılı olur ile 20.12.2005 tarihinden itibaren İl Müdür Yardımcılığı görevini yürütmek üzere görevlendirildiği, davacının vekaleten yürüttüğü bu görevler nedeniyle tarafına vekalet aylığı ödenmesi istemiyle 19.1.2006 tarihinde yaptığı başvurusunun 14.2.2006 tarih ve 1000/3870 sayılı dava konusu işlem ile reddi üzerine bakılan davanın açıldığının anlaşıldığı, olayda, 399 sayılı Kamu İktisadi Teşebbüsleri Personel Rejiminin Düzenlenmesi Ve 233 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin Bazı Maddelerinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Kanun Hükmünde Kararnamenin 30. maddesi hükmü uyarınca, sözleşmeli personele bu Kanun Hükmünde Kararnamede belirtilen ödemeler dışında herhangi bir ödeme yapılmayacağına belirtilmesi karşısında, Şube Müdürlüğü ve İl Müdür Yardımcılığı görevlerini yürütmek üzere görevlendirilen ve 399 sayılı Kanun Hükmünde Kararnameye tabi olan davacıya vekalet ücreti ödenmeyeceği açık olduğundan, fiilen yürütülen görev karşılığında vekalet aylığına eşdeğer tutarda bir meblağın ödenmesi istemiyle yapılan başvurusunun reddine ilişkin dava konusu işlemde hukuka ve mevzuata aykırılık görülmediği gerekçesiyle davayı reddetmiştir. Davacı tarafından, mahkeme kararının hukuka aykırı olduğu ileri sürülerek bozulması istenilmektedir.

Savunmanın Özeti: Savunma verilmemiştir.

Danıştay Tetkik Hakimi : Ahmet Pesen

Düşüncesi

: Temyiz dilekçesinde ileri sürülen iddialar, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 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 görüldü:

Dava, Bayburt TEDAŞ Müessese Müdürlüğünde 399 sayılı Kanun Hükmünde Kararnameye tabi elektrik mühendisi olarak görev yapan davacı tarafından, Şube Müdürü ve İl Müdür Yardımcısı olarak görevlendirilmesi nedeniyle vekalet aylığı ödenmesi yolundaki başvurusunun reddine dair işlemin iptali ile hakettiği vekalet aylığının idareye başvurduğu tarihten itibaren hesaplanacak yasal faizi ile birlikte tazmini istemiyle açılmıştır.

Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 18. maddesinde, hiç kimsenin zorla çalıştırılmayacağı ve angaryanın yasak olduğu hükmü yer almaktadır.

Davalı idare personeli hakkında uygulanan 233 ve 399 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamelerde, personelin görevlendirilmesi ve bu görevlendirme karşılığı ücret ödenip

ödenmeyeceği konularında herhangi bir düzenleme getirilmeyip, 399 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 58. maddesine 453 sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile eklenen fıkrada ise; "Sözleşmeli personele ilişkin olarak bu Kanun Hükmünde Kararnamede hüküm bulunmayan hallerde, Devlet Personel Başkanlığının görüşü alınmak kaydıyla 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun ilgili hükümleri uygulanır." hükmü yer almıştır.

657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 86. maddesinin birinci fıkrasında, memurların kanuni izin, geçici görev, disiplin cezası uygulaması veya görevden uzaklaştırma nedenleriyle işlerinden geçici olarak ayrılımları halinde, yerlerine kurum içinden veya diğer kurumlardan veya açıktan vekil atanabileceği, dördüncü fıkrasında ise, aynı kurumdan birinci fıkrada sayılan ayrılımlar dolayısıyla atanan vekil memurlara, vekalet görevinin 3 aydan fazla devam eden süresi için vekalet aylığı ödeneceği, anılan Yasanın 174. maddesinde de, vekalet aylıklarının ödenebilmesi için görevin fiilen yapılmasının şart olduğu hükme bağlanmıştır.

Dosyanın incelenmesinden, Bayburt TEDAŞ Müessese Müdürlüğünde elektrik mühendisi olarak görev yapan davacının, TEDAŞ Genel Müdürlüğünün 5.7.2002 tarih ve 6569 sayılı oluru ile 1.8.2002 tarihinden itibaren Proje ve Tesis Şube Müdürlüğü görevini yürütmek üzere görevlendirildiği, sonrasında 13.12.2005 tarih ve 1603 sayılı olur ile 20.12.2005 tarihinden itibaren İl Müdür Yardımcılığı görevini yürütmek üzere görevlendirildiği, davacının vekaleten yürüttüğü bu görevler nedeniyle tarafına vekalet aylığı ödenmesi istemiyle 19.1.2006 tarihinde yaptığı başvurunun 14.2.2006 tarih ve 1000/3870 sayılı dava konusu işlem ile reddi üzerine bakılan davanın açıldığı anlaşılmaktadır.

Davacı 399 sayılı Kanun Hükmünde Kararname hükümlerine tabi sözleşmeli personel olarak görev yapmakta olduğundan ve 399 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamede vekalet görevi ve aylığı konusunda hüküm bulunmadığından yukarıda anılan mevzuat hükmündeki genel atıf nedeniyle uyumsuzlukta, 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun ilgili hükümlerinin uygulanacağı hususunda kuşku bulunmamaktadır.

Bu durumda, yürüttüğü görev ve üstlendiği sorumluluk ile Anayasanın angaryayı yasaklayan 18. maddesi hükmü dikkate alındığında, davacıya vekalet görevinden dolayı 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun ilgili hükümleri gereğince vekalet aylığı ödenmesi gerekeceğinden aksi yöndeki mahkeme kararında hukuka uyarlık görülmemiştir.

Açıklanan nedenle, temyiz isteminin kabulü ile Trabzon İdare Mahkemesinin 4.4.2007 gün ve E:2006/1421, K:2007/753 sayılı kararının bozulmasına, yeniden bir karar verilmek üzere dosyanın adı geçen mahkemeye gönderilmesine, 22.10.2008 tarihinde oyçokluğu ile karar verildi.

KARŞI OY

Temyize konu edilen karar ve dayandığı gerekçe hukuk ve usule uygun olup bozulmasını gerektirecek neden bulunmadığından, istemin reddi ile anılan kararın onanması gerektiği görüşüyle çoğunluk kararına katılmıyorum.

DÜZENLEYİCİ – GENEL İŞLEMLER

T.C.
DANIŞTAY
Onbirinci Daire
Esas No : 2005/4391
Karar No : 2008/2321

Özeti : 657 sayılı Kanun'un 4/C maddesi hükmü kapsamında, istihdam edilmek üzere başka bir kuruma naklen

geçen geçici personelin, eski görevlerine ait ücretlerinin korunacağına ilişkin bir hüküm bulunmadığı hakkında.

Davacı : ...
Vekili : Av. ...
Davalı : Milli Eğitim Bakanlığı

Davanın Özeti : TEKEK Tuz Müessesesi Müdürlüğü Kağızmas Tuzlasında geçici işçi olarak çalışmakta iken, Milli Eğitim Bakanlığına 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 4/c maddesi hükmü kapsamında, "geçici personel" statüsünde ve sözleşmeli olarak istihdam edilmek üzere naklen geçen davacı tarafından, eski görev yerindeki ücretinin korunmayarak, daha alt düzeyde ücret ödenmesini öngören Milli Eğitim Bakanlığı İdari ve Mali İşler Dairesi Başkanlığının 23.5.2005 tarih ve 2005/35 sayılı Genelgesinin hukuka aykırı olduğu ileri sürülerek iptali istenilmektedir.

Savunmanın Özeti : 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 4/c maddesi hükmü uyarınca istihdam edilen geçici personelin ücretlerinin, 24.2.2005 tarih ve 25737 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan 14.2.2005 tarih ve 2005/8502 sayılı Bakanlar Kurulu Kararıyla belirlendiği, ödemelerin belirlenen bu oran ve miktarlar üzerinden yapıldığı, söz konusu Bakanlar Kurulu Kararına göre hazırlanan genelgede hukuka aykırı bir husus bulunmadığı belirtilerek davanın reddi gerektiği savunulmuştur.

Danıştay Tetkik Hakimi : Abdurrahman Şimşeksoy

Düşüncesi : Dava, Milli Eğitim Bakanlığı İdari ve Mali İşler Dairesi Başkanlığının 23.5.2005 tarih ve 2005/35 sayılı Genelgesinin iptali istemiyle açılmıştır.

Dosyanın incelenmesinden, 657 sayılı Yasanın 4/c maddesi uyarınca istihdam edilen personelin ücretlerinin 24.2.2005 tarih ve 25737 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan 14.2.2005 tarih ve 2005/8502 sayılı Bakanlar Kurulu Kararıyla belirlendiği, dava konusu edilen genelgenin ise söz konusu Bakanlar Kurulu Kararının uygulanmasından doğan veya doğması muhtemel olan tereddütlerin giderilmesine yönelik olarak hazırlandığı, ayrıca bir ücret tespitini içermediği anlaşılmaktadır.

Açıklanan nedenlerle, hukuka aykırı bir husus içermediği görülen genelgenin iptali istemiyle açılan davanın reddi gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı: Nazlı Yanıkdemir

Düşüncesi : Dava; Milli Eğitim Bakanlığının 23.5.2005 gün ve 2005/35 sayılı genelgesinin iptali istemiyle açılmıştır:

Danıştayın ilk derece mahkemesi sıfatıyla bakabileceği davalar, 2575 sayılı Danıştay Kanununun 24'üncü maddesinin 1'inci fıkrasında gösterilmiştir. Bu fıkranın davayı ilgilendiren (c) bendinde, bakanlıkların düzenleyici işlemleri ile kamu kuruluşları veya kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarınca çıkarılan ve ülke çapında uygulanacak düzenleyici işlemlere karşı açılacak iptal ve tam yargı davaları, bunlar arasında sayılmıştır.

Görüldüğü üzere; anılan bent uyarınca bir idari davanın ilk derece mahkemesi sıfatıyla Danıştayda görülebilmesinin ilk koşulu, idari davaya konu edilen idari işlemin düzenleyici nitelikte olmasıdır. İdare Hukukunda, düzenleyici işlem, idarenin aynı durumda olan idare edilenler için bağlayıcı, üst hukuk normunun belirlediği şekilde soyut hukuk kuralı koyan, yani normatif nitelikte olan tek yanlı tasarruflarına verilen addır. Bu nitelikte olmayan, daha önce yürürlüğe konulan üst hukuk normunun belirlediği sınırları aşan idari tasarruflar, yok hükmünde olmaları nedeniyle, Hukuk Düzeninde herhangi bir değişiklik oluşturmayacaklarından, idare edilenler yönünden bağlayıcı, dolayısıyla da düzenleyici değildirler. İdarenin bu nitelikteki bir işleminin idari yargı denetimine tabi tutulması, bu denetimin varlık nedenine uygun düşmez.

657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 1'inci maddesinde; sözleşmeli ve geçici personel hakkında bu kanunda belirtilen özel hükümlerin uygulanacağı hükmü yer almış:

2'nci maddesinde de, bu Kanunun, devlet memurlarının hizmet şartlarını, niteliklerini, atanma ve yetiştirilmelerini, ilerleme ve yükselmelerini, ödev, hak, yüküm ve sorumluluklarını, aylıklarını ve ödeneklerini ve diğer özlük işlerini düzenleyeceği, bu Kanunun uygulanmasını göstermek veya emrettiği hususları belirtmek üzere tüzükler çıkarılacağı, bu Kanunda öngörülen yönetmeliklerin Bakanlar Kurulu Kararı ile yürürlüğe konulacağı hüküm altına alınmıştır.

Bu hükme göre; memur, sözleşmeli ve geçici personel bakımından kural koyucu nitelikteki idari metinler, tüzük, kararname ve yönetmelikle sınırlandırılmıştır. İdarenin bu sayılanlar dışında kalan idari işlemlerinin kural koyması hukuken olanaklı değildir. Bu bakımdan; davalı idarenin, Milli Eğitim Müdürlüğüne atamaları yapılan geçici personelin ücret ödemeleri ve diğer sosyal haklarının uygulanmasında oluşan tereddütlerin giderilmesi ve uygulama birliğinin sağlanması amacıyla, bu konuda yapılacak hesaplamalara ve işlemlere dair açıklama içeren 2005/35 sayılı Genelgesinin, kural koyucu, yani düzenleyici bir işlem olarak kabulü olanaklı bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle, davanın, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 15'inci maddesinin 1'inci fıkrasının (b) bendi uyarınca incelenmeksizin reddi gerektiği düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Onbirinci Dairesince işin gereği görüldü;

Dava, Milli Eğitim Bakanlığı'nda 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 4/C maddesi hükmü uyarınca istihdam edilen geçici personelin özlük ve mali hakları konularında açıklamalar içeren Milli Eğitim Bakanlığı İdari ve Mali İşler Dairesi Başkanlığının 23.5.2005 tarih ve 2005/35 sayılı Genelgesinin iptali istemiyle açılmıştır.

657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 4/C maddesinde, bir yıldan az süreli veya mevsimlik hizmet olduğuna Devlet Personel Başkanlığının ve Maliye Bakanlığının görüşlerine dayanarak Bakanlar Kurulunca karar verilen görevlerde ve belirtilen ücret ve adet sınırları içinde sözleşme ile geçici personel çalıştırılabileceği hükme bağlanmıştır.

Anılan yasa hükmü uyarınca 24.2.2005 tarih ve 25737 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe konulan 14.2.2005 tarih ve 2005/8502 sayılı Bakanlar Kurulu Kararında; karar eki listede belirtilen kurumların 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 4/C maddesi hükmü uyarınca geçici personel istihdam edebilecekleri, aylık ve ücretleri düzenleyen 3. maddesinde, yükseköğrenim mezunlarına 19.000, lise ve dengi okul mezunlarına 17.000, İlköğretim (İlkokul dahil) mezunlarına ise 15.000 gösterge rakamının memur maaş katsayısı ile çarpımından elde edilecek tutarda ücret ödeneceği, 4. maddesinde de, geçici personele, bu Kararda belirtilen ücretler dışında herhangi bir ad altında bir ücretin ödenemeyeceği ve sözleşmelerine bu yolda hüküm konulamayacağı belirtilmiştir.

Görüleceği üzere, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunun 4/C maddesi uyarınca sözleşmeli statüde istihdam edilen geçici personelin aylık ve ücretlerinin, yine bu madde hükmünün verdiği yetkiye istinaden Bakanlar Kurulunca belirlendiği, bunu ilişkin olarak da 14.2.2005 tarih ve 2005/8502 sayılı Bakanlar Kurulu Kararıyla yürürlüğe konulan gösterge rakamları üzerinden ödeme yapıldığı ve bu statüde istihdam edilmek üzere başka kurumdan naklen geçen geçici personelin ücretlerinin korunacağı yolunda bir hükme yer verilmediği anlaşılmaktadır.

Olayda, dava konusu edilen Milli Eğitim Bakanlığı İdari ve Mali İşler Dairesi Başkanlığının 23.5.2005 tarih ve 2005/35 sayılı Genelgesinin, 657 sayılı Yasanın 4/C maddesi uyarınca Milli Eğitimi Bakanlığının taşra teşkilatında istihdam edilen geçici personelin ücret ödemeleri ve diğer sosyal haklarının uygulamasında oluşan tereddütlerin giderilmesi ve uygulama birliğinin sağlanması amacıyla çıkarıldığı, ayık ve ücretler bakımından ise, 14.2.2005 tarih ve 2005/8502 sayılı Bakanlar Kurulu Kararına atıfta bulunularak, ödemelerin

söz konusu Bakanlar Kurulu Kararıyla belirlenmiş olan göstergeler üzerinden yapılacağı belirtilmiştir.

Bu durumda, 657 sayılı Yasanın 4/C maddesi hükmü kapsamında istihdam edilmek üzere başka kurumdan naklen geçen geçici personelin ücretlerinin korunacağı yolunda bir düzenlemenin bulunmaması ve ücretlerin belirlenmesine dair Bakanlar Kuruluna ilişkin açıklamalar içermesi karşısında, Milli Eğitim Bakanlığı İdari ve Mali İşler Dairesi Başkanlığının dava konusu edilen 23.5.2005 tarih ve 2005/35 sayılı Genelgesinde hukuka aykırı bir husus bulunmamıştır.

Açıklanan nedenlerle, davanın redine, yargılama giderlerinin davacı üzerinde bırakılmasına, 10.3.2008 tarihinde oybirliği ile karar verildi.

YARGILAMA USULÜ

T.C.
DANIŞTAY
Onbirinci Daire

Esas No : 2007/11485

Karar No : 2008/3945

Özeti : Yargılama giderleri ile ilgili olarak hüküm fıkrasında yapılan yanlışlıkların, 2577 sayılı Kanun'un 30. maddesinde sayılan ve düzeltilmesi mümkün bulunan yanlışlıklar kapsamına girmediği ve ancak temyiz incelemesine konu olabileceği hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan (Davalı): Sosyal Güvenlik Kurumu Başkanlığı
(Sosyal Sigortalar Kurumu Başkanlığı)

Vekili : Av. ...

Karşı Taraf (Davacı) : ...

Vekili : Av. ...

İstemin Özeti : 5283 sayılı Kanunla Sağlık Bakanlığına devredilmeden önce Sosyal Sigortalar Kurumuna bağlı hastanede görev yapan davacı tarafından, Sosyal Sigortalar Kurumu Ek Ödeme Yönergesinin 5. maddesinin 11. bendinde yer alan "aylık 80 saatin üzerinde" ile "80 saate kadar tutulan nöbetler için ek ödeme yapılmaz." ibarelerinin yargı kararı ile iptali üzerine, anılan yönergenin yürürlüğe girdiği 15.9.2003 ila SSK hastanelerinin Sağlık Bakanlığına devredildiği 19.2.2005 tarihleri arasındaki dönemde, iptal edilen ibareler nedeniyle ödenmeyen ek ödeme tutarının ödenmesi yolunda yapılan başvurunun reddine ilişkin işlemin iptali ve ek ödeme tutarının yasal faizi ile birlikte tazminine karar verilmesi istemiyle açılan davada; Eskişehir İdare Mahkemesi 17.4.2007 gün ve E:2007/175, K:2007/699 sayılı kararıyla; dava konusu işlemin iptaline, 15.9.2003 ila 19.2.2005 tarihleri arasındaki döneme ait ek ödeme tutarının idareye başvuru tarihinden itibaren işleyecek yasal faizi ile birlikte davacıya ödenmesine karar vermiştir. Davalı idare tarafından, mahkeme kararının esastan ve yargılama gideri yönünden temyizden incelenerek bozulması istenilmektedir.

Savunmanın Özeti : Savunma verilmemiştir.

Danıştay Tetkik Hakimi : Sibel Kaya Saçmal

Düşüncesi : Davalı idarenin, idare mahkemesi kararının; yargılama giderine ilişkin kısmına yönelik temyiz isteminin kabulüyle kararın bu kısmının bozulması, kararın esasına yönelik temyiz isteminin reddiyle bu kısmın onanması gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı : Mehmet Ali Gümüş

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 Onbirinci Dairesince işin gereği görüldü:

İdare mahkemeleri tarafından verilen kararların temyiz yolu ile incelenerek bozulabilmeleri 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 49. maddesinde belirtilen nedenlerden birinin bulunması halinde mümkündür. Eskişehir İdare Mahkemesince verilen kararın esasına ilişkin hüküm fıkrası hukuk ve usule uygun olup bozulmasını gerektirecek bir sebep bulunmamaktadır.

Kararın yargılama giderlerine ilişkin kısmına gelince;

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 30. maddesinde, iki tarafın adı ve soyadı ile sıfatı ve iddiaları sonucuna ilişkin yanlışlıklar ile hüküm fıkrasındaki hesap yanlışlıklarının düzeltilmesinin istenebileceği, yanlışlıkların düzeltilmesine karar verilirse, düzeltilmenin ilamın altına yazılacağı hükme bağlanmıştır.

Yukarıda yer verilen kanun hükmü uyarınca, mahkeme kararlarındaki iki tarafın adı ve soyadı ile sıfatı ve iddiaları sonucuna ilişkin yanlışlıklar ile hüküm fıkrasındaki hesap yanlışlıklarının aynı mahkemece alınacak ve ilamın altına yazılacak bir kararla düzeltilmesi mümkün olup maddede sayılanlar dışında kalan yanlışlıkların ancak temyiz incelemesine konu olabileceği açıktır.

Temyize konu idare mahkemesi kararının yargılama gideri yönünden incelenmesinden, idare mahkemesince verilen E:2007/175, K:2007/699 ve 17.4.2007 tarihli kararın hüküm fıkrasında dava konusu işlem iptal edilerek davacıya ödenmesi gereken ek ödemelerin yasal faiziyle birlikte davacıya ödenmesine, 12,20 YTL. Başvuru Harcı, 12,20 YTL Karar Harcı ve 2,10 YTL Vekalet Harcı ile 12,00 YTL posta gideri olmak üzere toplam 38,50 YTL Yargılama Giderinin davalı idareden alınarak davacıya verilmesine karar verildiği, ancak davacı tarafından verilen yanlışlığın düzeltilmesi dilekçesi üzerine idare mahkemesince, 25.5.2007 tarihli Yanlışlığın Düzeltilmesine İlişkin Karar ile davacı vekilinin sehven yanlış yazılan isminin düzeltildiği, kararın hüküm fıkrasında yer alan başvuru, karar, vekalet harcı ve posta gideri olarak "aşağıda dökümü gösterilen 38,50 YTL yargılama giderinin" ibaresinin, "5502 sayılı Sosyal Güvenlik Kurumu Kanunu'nun 36. maddesi uyarınca Sosyal Güvenlik Kurumu harçtan muaf olduğundan, vekalet harcı ve posta gideri olarak 22,20 YTL yargılama giderinin" ibaresi olarak düzeltilmesine, "peşin yatırılan 26,20 YTL harcın istemi halinde davacıya iadesine" ibaresinin eklenmesine karar verildiği, davalı idarece idare mahkemesi kararının yargılama gideri yönünden temyizinde, vekalet harcı ve posta giderinin toplam 14,10 YTL olduğu halde mahkemece 22,20 YTL olarak düzeltildiği, ayrıca her türlü harçtan muaf olduğu halde vekalet harcının kuruma yüklendiği ileri sürülerek bozulmasının istenildiği anlaşılmaktadır.

Bu durumda, 2577 sayılı Kanun 30. maddesinde sayılan ve mahkeme ilamı ile düzeltilmesi mümkün bulunan yanlışlıklar kapsamına girmeyen, ancak temyiz incelemesine konu olabilecek, Sosyal Güvenlik Kurumu Başkanlığının harçtan muaf olduğu kabul edilmek suretiyle kararın hüküm fıkrasında düzeltme yapılmasında hukuka uyarlık görülmediğinden idare mahkemesi kararının hüküm fıkrasının yargılama giderleri yönünden yeniden bir karar verilmek üzere bozulması gerekmektedir.

Açıklanan nedenlerle, davalı idarenin temyiz isteminin kısmen reddiyle Eskişehir İdare Mahkemesinin 17.4.2007 gün ve E:2007/175, K:2007/699 sayılı kararının esasına

ilişkin hüküm fıkrasının onanmasına, yargılama giderleri yönünden temyiz isteminin kabulüyle kararın bu kısmının bozulmasına, bozulan kısım hakkında bir karar vermek üzere dosyanın adı geçen mahkemeye gönderilmesine esas yönünden oyçokluğu, yargılama giderleri yönünden oybirliği ile 15.4.2008 tarihinde karar verildi.

KARŞI OY

Temyize konu idare mahkemesi kararının parasal hakların tazmini isteminin kabulüne ilişkin kısmının bozulması gerektiği oyu ile Daire kararının bu kısmına katılmıyoruz.

T.C.
DANIŞTAY
Onbirinci Daire
Esas No : 2008/3705
Karar No : 2008/7974

Özeti : Sendika tüzüğünde üyeleri adına dava açma yetkisi sendika şubesine değil, sendika yönetim kuruluna verildiğinden, dava açma yetkisi bulunmayan sendika şubesi tarafından açılan davanın, ehliyet yönünden reddi gerektiği hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan (Davalı) : Çorum Valiliği
Karşı Taraf (Davacı) : Sağlık ve Sosyal Hizmet Çalışanları Sendikası
Çorum Şubesi ...'i temsilen)

Vekili : Av. ...

İsteğin Özeti : Dava, 5283 sayılı Kanunla Sağlık Bakanlığına devredilmeden önce Sosyal Sigortalar Kurumuna bağlı hastanede görev yapan davacı tarafından, Sosyal Sigortalar Kurumu Ek Ödeme Yönergesinin 5. maddesinin 11. bendinde yer alan "aylık 80 saatin üzerinde" ile "80 saate kadar tutulan nöbetler için ek ödeme yapılmaz." ibarelerinin yargı kararı ile iptali üzerine, anılan yönergenin yürürlüğe girdiği 15.9.2003 ile SSK hastanelerinin Sağlık Bakanlığına devredildiği 19.2.2005 tarihleri arasındaki dönemde, 80 saate kadar tutulan nöbetler nedeniyle verilmeyen ek ödeme tutarının ödenmesi yolunda yapılan başvurunun reddine ilişkin işlemin iptali ile ek ödeme tutarının yasal faizi ile birlikte tazminine karar verilmesi istemiyle açılmıştır. Çorum İdare Mahkemesi 27.09.2007 gün ve E:2006/2179, K:2007/870 sayılı kararıyla; dava konusu işlemin iptaline, 15.9.2003 ile 19.2.2005 tarihleri arasında 80 saate kadar tutulan nöbetler nedeniyle ödenmeyen ek ödeme tutarının idareye başvuru tarihinden itibaren işleyecek yasal faizi ile birlikte ödenmesine karar vermiştir. Davalı idare tarafından, mahkeme kararının hukuka aykırı olduğu ileri sürülerek temyizen incelenip bozulması istenilmektedir.

Savunmanın Özeti : Savunma verilmemiştir.

Danıştay Tetkik Hakimi : Veli Yılmaz

Düşüncesi : 25.6.2001 tarihli ve 4688 sayılı Kamu Görevlileri Sendikaları Kanunu'nun 7. maddesinin (j) bendinde; sendika ve konfederasyonların tüzüklerinde, sendika şubelerinin nasıl kurulacağı, görev ve yetkileri, genel kurulların toplantılarına ve kararlarına ilişkin usul ve esaslar ile sendika genel kurulunda şubelerin temsil şeklinin belirtilmesinin zorunlu olduğu, 13. maddesinin son fıkrasında; yönetim, denetim ve disiplin kurulları ile kurulması uygun görülen diğer organların oluşumu, görev ve yetkileri ile toplanma ve karar alma usullerinin Sendikalar Kanununun 16,17,18 ve 19. maddelerinde belirtilen esaslara uygun olarak sendika ve konfederasyonların tüzüklerinde düzenleneceği öngörülmüş, 2821 sayılı Sendikalar Kanununun 16/1. maddesinde ise, konfederasyon,

sendika veya sendika şubesinin temsil edilmesi veya gerekli görüldüğü hal ve konularda üyelerinden bir veya bir kaçına yetki verilmesi veya ilgililerin görevlendirilmesi yönetim kurullarının görev ve yetkileri arasında sayılmıştır.

Bu durumda, 4688 sayılı Kamu Görevlileri Sendikaları Kanunu hükümlerine göre, sendika şubelerinin üyelerini temsilen dava açabilmesi için, sendika tüzüğünde, sendika şubesine dava açma yetkisi tanınması gerekmekte olup, olayda, Sağlık ve Sosyal Hizmet Çalışanları Sendikası şubelerine, Sağlık ve Sosyal Hizmet Çalışanları Sendikası Tüzüğü ile üyelerini temsilen dava açma yetkisi tanınmadığından, Halil Dönmez'i temsilen anılan sendikanın Çorum Şubesi tarafından açılan davanın ehliyet yönünden reddi gerekirken, işin esasına girilerek verilen mahkeme kararının bozulması gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı : Mehmet Ali Gümüş

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 Onbirinci Dairesince işin gereği görüldü:

25.6.2001 tarihli ve 4688 sayılı Kamu Görevlileri Sendikaları Kanununun 19. maddesinin (f) bendinde, konfederasyonların kuruluş amaçları doğrultusunda, üyelerin idare ile ilgili doğacak ihtilaflarında, ortak hak ve menfaatlerinin izlenmesinde veya hukuki yardım gerekliliğinin ortaya çıkması durumunda üyelerini veya mirasçılarını, her düzeyde ve derecedeki yönetim ve yargı organları önünde temsil edeceği veya ettirebileceği, dava açabileceği ve bu nedenle açılan davalarda taraf olabileceği hükmüne bağlanmıştır.

Yine, aynı Kanunun 7. maddesinin (j) bendinde; sendika ve konfederasyonların tüzüklerinde, sendika şubelerinin nasıl kurulacağı, görev ve yetkileri, genel kurulların toplantılarına ve kararlarına ilişkin usul ve esaslar ile sendika genel kurulunda şubelerin temsil şeklinin belirtilmesinin zorunlu olduğu, 8. maddesinde; sendika şubesi, sendika ve konfederasyonların zorunlu organlarının genel kurul, yönetim kurulu, denetleme ve disiplin kurulu olduğu, 12. maddesinin (e) bendinde; sendika ve konfederasyonların tüzüklerinde belirtilen konularda yönetim kuruluna yetki verilmesinin genel kurulların görev ve yetkileri arasında olduğu, 13. maddesinin son fıkrasında; yönetim, denetim ve disiplin kurulları ile kurulması uygun görülen diğer organların oluşumu, görev ve yetkileri ile toplanma ve karar alma usullerinin Sendikalar Kanununun 16,17,18 ve 19. maddelerinde belirtilen esaslara uygun olarak sendika ve konfederasyonların tüzüklerinde düzenleneceği öngörülmüş, 2821 sayılı Sendikalar Kanununun 16/1. maddesinde ise, konfederasyon, sendika veya sendika şubesinin temsil edilmesi veya gerekli görüldüğü hal ve konularda üyelerinden bir veya bir kaçına yetki verilmesi veya ilgililerin görevlendirilmesi yönetim kurullarının görev ve yetkileri arasında sayılmıştır.

4688 sayılı Kamu Görevlileri Sendikaları Kanununun yukarı sözü edilen hükümlerinin değerlendirilmesinden, kamu görevlileri sendikalarının, üyelerinin idare ile doğacak ihtilaflarında, ortak hak ve menfaatlerinin izlenmesinde veya hukuki yardım gerekliliğinin ortaya çıkması durumunda, üyelerini temsilen dava açma yetkileri bulunmakla birlikte, bu yetkinin sendika şubeleri tarafından kullanılabilmesi için, sendikanın tüzüğünde, şubelerin görev ve yetkileri arasında bu hususun açıkça düzenlenmesi, başka bir ifadeyle, sendika şubelerinin sorumluluk bölgeleri içerisinde yer alan üyelerini temsilen dava açabilmeleri için sendikanın tüzüğünde, sendika şubelerine üyelerini temsilen dava açma yetkisinin tanınması gerektiği anlaşılmıştır.

Dosyanın incelenmesinden, Sağlık ve Sosyal Hizmet Çalışanları Sendikası Ana Tüzüğü'nün 22. maddesinin (t) bendinde; üyelerini temsilen mahkemelerde dava açmak, sulh ve ibra etmek konularında Genel Yönetim Kurulu üyelerinden birini görevlendirmek, hukukçularına vekalet vermek, sendika yönetim kurulunun görev ve yetkileri arasında sayılmış, aynı tüzüğün, Şube Genel Kurulunun görev ve yetkilerinin düzenlendiği 37. maddesi ile Şube Yönetim Kurulunun görev ve yetkilerinin düzenlendiği 38. maddesinde de bu konuda sendika şubesine yetki verilmemesine karşın, Sağlık ve Sosyal Hizmet Çalışanları Sendikası üyesi olan ...'in 4688 sayılı Kanunun 19/f maddesi uyarınca kendisini yargı organları önünde temsil ettirmek için yetkili kıldığı Sağlık ve Sosyal Hizmet Çalışanları Sendikası Çorum Şubesi tarafından temyize konu davanın açıldığı anlaşılmıştır.

Bu durumda, Sağlık ve Sosyal Hizmet Çalışanları Sendikası şubelerine, Sağlık ve Sosyal Hizmet Çalışanları Sendikası Tüzüğü ile sendika üyelerini temsilen dava açma yetkisi tanınmadığından, başka bir ifadeyle anılan sendikanın Çorum Şubesinin üyelerini temsilen dava açma yetkisi bulunmadığından, davanın ehliyet yönünden reddi gerekirken, işin esasına girilerek verilen idare mahkemesi kararında hukuki isabet görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle, temyiz isteminin kabulü ile Çorum İdare Mahkemesinin 27.09.2007 gün ve E:2006/2179, K:2007/870 sayılı kararının, yukarıda belirtilen hususlar gözetilerek yeniden bir karar verilmek üzere bozulmasına, dosyanın adı geçen mahkemeye gönderilmesine, 22.09.2008 tarihinde esasta oybirliği, gerekçede oyçokluğu ile karar verildi.

KARŞI OY

4688 sayılı Kamu Görevlileri Sendikaları Kanununun 19. maddesinin 2. fıkrasının (f) bendinde; sendika ve konfederasyonların kuruluş amaçları doğrultusunda, üyelerinin idare ile ilgili doğacak ihtilaflarında, ortak hak ve menfaatlerinin 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 düzenlemesine yer verilmiş, aynı Kanunun 7. maddesinin (j) bendinde; sendika ve konfederasyonların tüzüklerinde, sendika şubelerinin nasıl kurulacağı, görev ve yetkileri, genel kurulların toplantılarına ve kararlarına ilişkin usul ve esaslar ile sendika genel kurulunda şubelerin temsil şeklinin belirtilmesinin zorunlu olduğu, 8. maddesinde; sendika şubesi, sendika ve konfederasyonların zorunlu organlarının genel kurul, yönetim kurulu, denetleme ve disiplin kurulu olduğu, 12. maddesinin (e) bendinde sendika ve konfederasyonların tüzüklerinde belirtilen konularda yönetim kuruluna yetki verilmesinin genel kurulların görev ve yetkileri arasında olduğu, 13. maddenin son fıkrasında ise, yönetim, denetim ve disiplin kurulları ile kurulması uygun görülen diğer organların oluşumu, görev ve yetkileri ile toplanma ve karar alma usullerinin Sendikalar Kanununun 16,17,18 ve 19. maddelerinde belirtilen esaslara uygun olarak sendika ve konfederasyonların tüzüklerinde düzenleneceği hükümleri yer almıştır.

Anılan kanun maddelerinde, sendika şubelerinin, sendika üyelerini yargı ve yönetim organları önünde temsil edebileceğine ilişkin bir hüküm yer almamaktadır.

Bu durumda, kamu görevlilerince kurulan sendikaların, üyelerini temsilen dava açma yetkileri bulunmakla birlikte, bu yetkinin sendikayı temsile yetkili olan merkez yönetim kurulu aracılığıyla kullanılabileceği açıktır.

Bu nedenle, Sağlık ve Sosyal Hizmet Çalışanları Sendikası üyesi olan davacıyı temsilen dava açan Sağlık ve Sosyal Hizmet Çalışanları Sendikası Çorum Şubesinin üyeleri adına dava açma ehliyeti bulunmadığından, karara gerekçe yönünden karşıyım.

ONİKİNCİ DAİRE KARARLARI

MEMURLAR VE DİĞER KAMU GÖREVLİLERİ

T.C.
DANIŞTAY
Onikinci Daire

Esas No : 2006/4144

Karar No : 2008/4448

Özeti : Emniyet amiri olan davacının; Yüksek Disiplin Kurulunca, meslekten çıkarma cezasının bir alt cezası olan, 24 ay uzun süreli durdurma cezası ile cezalandırılmasına karar verilince, dosyanın bu cezayı vermeye yetkili Merkez Disiplin Kuruluna gönderilmesi ve cezanın bu kurulca verilmesi gerektiği hakkında

Temyiz İsteminde Bulunan (Davacı): ...

Vekili : Av. ...

Karşı Taraf : İçişleri Bakanlığı

İsteğin Özeti : Zonguldak İdare Mahkemesince verilen 27.4.2006 günlü, E:2005/1316, K:2006/763 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 : Şengül Güler

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 : Nazmiye Kılıç

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 davacının 5525 sayılı Yasanın 2. maddesi uyarınca davaya devam edilmesi isteğini içeren 17.7.2006 günlü dilekçe verdiği görülerek işin gereği düşünüldü:

Dava; Emniyet Amiri rütbesinde bulunan davacının, Emniyet Örgütü Disiplin Tüzüğü'nün 8/22. maddesi uyarınca ve anılan Tüzüğün 15. maddesinin uygulanmasıyla bir derece alt ceza olan 24 ay uzun süreli durdurma cezası ile cezalandırılmasına ilişkin Yüksek Disiplin Kurulunun 19.9.2005 günlü kararının iptali istemiyle açılmıştır.

Zonguldak İdare Mahkemesinin 27.4.2006 günlü, E:2005/1316, K:2006/763 sayılı kararıyla; dava konusu işlemde hukuka aykırılık görülmediği gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir.

Davacı, dava konusu işlemin hukuka aykırı olduğunu ileri sürmekte ve İdare Mahkemesi kararının temyizen incelenerek bozulmasını istemektedir.

Dosyanın incelenmesinden; davacının, Ümraniye İlçe Emniyet Müdür Yardımcısı olarak görev yaptığı sırada yasa dışı faaliyetlerde bulunan bir şahsın grubuna yönelik operasyonlarda elde edilen telefon görüşmelerinden çıkar amaçlı suç örgütü mensupları ile ilişki kurduğunun belirlenmesi üzerine yapılan soruşturma sonucunda Emniyet Örgütü Disiplin Tüzüğü'nün 6/B-5, 8/7, 8/14 ve 8/22. maddeleri uyarınca meslekten çıkarma cezası ile cezalandırılması yönünde teklifte bulunulduğu, Yüksek Disiplin Kurulunun dava konusu kararı ile Tüzüğü'nün "kaçakçılarla ilişki kurmak" fiilinin yer aldığı 8/22. maddesindeki suçu işlediği, bu nedenle meslekten çıkarma cezası ile cezalandırılması gerektiği, ancak geçmiş hizmetleri olumlu ve sicilleri iyi olduğundan 15. maddenin uygulanmasıyla bir derece alt ceza olan 24 ay uzun süreli durdurma cezası ile cezalandırılmasına karar verildiği anlaşılmıştır.

3201 sayılı Emniyet Teşkilatı Kanununun Ek 5. maddesinde, disiplin kurullarının disiplin cezası verebilecekleri personel ve uygulamaya yetkili oldukları cezalar belirlemiş olup, C-1 bendinde, Genel Müdürlük Merkez Disiplin Kurulunun, emniyet hizmetleri sınıfı mensuplarından, Genel Müdürlük, il, öğretim ve eğitim kurumları kadrosundaki (8) inci meslek derecesinden (5) inci meslek derecesine (bu derece dahil) kadar olan personele meslekten çıkarma cezası dışında kalan öteki disiplin cezalarını verebileceği, D-1 bendinde de, Genel Müdürlük Yüksek Disiplin Kurulunun, emniyet hizmetleri sınıfında bulunanlardan Genel Müdürlük, il, öğretim ve eğitim kurumları kadrolarındaki (8)'inci meslek derecesinden (5) inci meslek derecesine (bu derece dahil) kadar olan personel hakkında meslekten çıkarma cezasını verebileceği hükme bağlanmıştır. Anılan Kanunun Ek 7. maddesinde de; Genel Müdürlük Merkez Disiplin Kurulu kararının Genel Müdürlük onayı ile kesinleşeceği kuralı öngörülmüştür.

Disiplin cezası vermeye yetkili mercileri Kanunla belirlemiş olup, disiplin amirleri, atamaya yetkili amirler ve disiplin kurullarının kanunla belirlenen bu yetkilerini aşmaları disiplin cezasına ilişkin işlemleri yetki yönünden hukuka aykırı kılacaktır.

Bu durumda; Emniyet Genel Müdürlüğü Yüksek Disiplin Kurulu tarafından meslekten çıkarma cezasının bir alt cezası olan 24 ay uzun süreli durdurma cezasının uygulanmasına karar verildikten sonra dosyanın bu cezayı vermeye yetkili olan Merkez Disiplin Kuruluna gönderilmesi ve bir alt cezanın bu kurul tarafından karara bağlanması ve Genel Müdür tarafından onaylanarak kesinleşmesi gerekirken yetkili olmadığı halde, Emniyet Amiri olan ve 6. meslek derecesinde bulunan davacının 24 ay uzun süreli durdurma cezası ile cezalandırılmasına ilişkin Emniyet Genel Müdürlüğü Yüksek Disiplin Kurulu kararında yetki yönünden hukuka uyarlık bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle, davacının temyiz isteminin kabulüyle Zonguldak İdare Mahkemesince verilen 27.4.2006 günlü, E:2005/1316, K:2006/763 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, 9.7.2008 tarihinde oybirliği ile karar verildi.

T.C.
DANIŞTAY
Onikinci Daire
Esas No : 2006/5922
Karar No : 2008/5020

Özeti : Eski Devlet Tiyatroları Genel Müdürü olan davacının, 657 sayılı Yasa'nın 125/C-a ve aynı maddenin sondan beşinci fıkrası uyarınca, kınama cezası ile cezalandırılmasına ilişkin işlemin iptali istemiyle açılan davanın esasının incelenemeyeceği hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan (Davacı): ...

Vekili : Av. ...

Karşı Taraf : Kültür ve Turizm Bakanlığı

İsteğin Özeti : Devlet Tiyatroları Eski Genel Müdürü olan davacının, 657 sayılı Yasanın 125/C-a maddesi ve aynı maddenin sondan beşinci fıkrası uyarınca kınama cezası ile cezalandırılmasına ilişkin 2.8.2005 günlü ve 1767 sayılı işlemin iptali istemiyle açılan davada; Anayasa'nın 129. maddesi ve 657 sayılı Yasanın 135. ve 136. maddeleri uyarınca uyarma ve kınama cezalarına karşı yargı yolunun kapatıldığı, bu nedenle kınama cezasının iptali istemiyle açılan davanın incelenmesi olanağı bulunmadığı gerekçesiyle davanın incelenmeksizin reddi yolunda Ankara 11. İdare Mahkemesince verilen 11.4.2006 günlü, E:2005/1934, K:2006/898 sayılı kararın, dilekçede yazılı nedenlerle 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 49. maddesi uyarınca davacı tarafından temyizden incelenerek bozulması istenilmektedir.

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 : Tülay Şeran Balaban

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 davacının, 5525 sayılı Af Yasasının 2. maddesi uyarınca davaya devam edilmesi isteğini içeren 7.7.2006 günlü dilekçe verdiği görülerek 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.

657 sayılı Devlet Memurları Kanununa 31.7.1970 tarihli, 1327 sayılı Yasanın 90.maddesi ile eklenen Ek Geçici 12. maddede, Devlet Tiyatro, Opera ve Balesinin özel kanunlarına göre, stajyer, uzman memurlar, uygulatıcı uzman memurlar, sanatkar olarak çalışan personeli hakkında, bu Kanun esasları çerçevesinde hazırlanacak kendi özel kanunları

yürürlüğe girinceye kadar,10.6.1949 tarihli ve 5441 sayılı Kanunun, 14.7.1970 tarihli ve 1309 sayılı Kanunun, 14.7.1970 tarihli ve 1310 sayılı Kanun ile bu kanunlarda atıf yapılan kanun hükümlerinin uygulanmasına devam olunacağı belirtilmiş, aynı maddenin (D) bendinde, Devlet Tiyatro, Opera ve Balesinin (A) bendinde tespit edilen personeli dışında kalan personeli hakkında Devlet Memurları Kanununun (1327 sayılı Kanunun 90 ıncı maddesiyle eklenen Ek Geçici 20 nci maddesi hariç) bütün hükümlerinin uygulanacağı hükme bağlanmış, (A) bendinin kapsamı içinde ise, stajyerler, sahne uygulatıcıları (uzman memurlar), sanat uygulatıcıları (uygulatıcı uzman memurlar) ve sanatkar memurlar yer almıştır.

657 sayılı Devlet Memurları Kanununun anılan hükmü uyarınca, Devlet Tiyatro, Opera ve Balesinin özel kanunlarına göre, stajyer, uzman memur, uygulatıcı uzman memur ve sanatkar olarak çalışan personeli dışında kalan personeli hakkında Devlet Memurları Kanununun (1327 sayılı Kanunun 90 ıncı maddesiyle eklenen Ek Geçici 20 nci maddesi hariç) bütün hükümlerinin uygulanması gerekmektedir.

Dava konusu işlemin tesisine neden olan disiplin suçunu işlediği iddia edilen tarihlerde Devlet Tiyatroları Genel Müdürü olarak görev yapan ve 657 sayılı Yasanın anılan Ek Geçici 12. maddesi hükmü uyarınca 657 sayılı Yasaya tabi olan davacının, 5441 sayılı Yasaya tabi olduğu ve 657 sayılı Yasanın uyarma ve kınama cezalarına karşı yargı yolunu kapatan hükümlerinin kendisine uygulanamayacağı yolundaki iddiasında hukuki isabet görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle, Ankara 11. İdare Mahkemesince verilen 11.4.2006 günlü, E:2005/1934, K:2006/898 sayılı karar ve dayanağı 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, 10.10.2008 tarihinde oybirliği ile karar verildi.

T.C.
DANIŞTAY
Onikinci Daire

Esas No : 2008/3114
Karar No : 2008/5282

Özeti : 5525 sayılı Yasa'nın yürürlüğe girmesinden sonra, davacının 4.1.2002 tarihinde aldığı 1 yıl kademe ilerlemesinin durdurulması cezasının, affa uğradığından bahisle, bu sürenin kademe terfisinde değerlendirilmesi istemiyle yaptığı başvurunun reddinde, anılan yasanın 1/4 maddesine aykırılık bulunmadığı hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan (Davalı): Tarım ve Köyşleri Bakanlığı

Karşı Taraf : ... temsilen Tarım Orman Çalışanları Birliği Sendikası

Vekili : Av. ...

İsteğin Özeti : Ankara 12. İdare Mahkemesince verilen 6.12.2007 günlü, E:2007/143, K:2007/1689 sayılı kararın dilekçede yazılı nedenlerle temyizden incelenerek bozulması isteminden ibarettir.

Savunmanın Özeti : Savunma verilmemiştir.

Danıştay Tetkik Hâkimi : Şevket Polat

Düşüncesi : Dosyanın incelenmesinden; davacının 4.1.2002 tarihli işlem ile aldığı ve 5525 sayılı Yasa uyarınca af kapsamına giren 1 yıl süre ile kademe ilerlemesinin durdurulması cezası nedeniyle yapılmayan kademe ilerlemesinin yapılması için yaptığı

başvurunun reddine ilişkin işlem, mahkemece davacının talebinin ileriye dönük özlük hak talebi olarak nitelendirilerek iptal edilmiş ise de; 5525 sayılı Yasa kapsamındaki bir disiplin cezasının affının ileriye dönük etkisinin ancak cezanın infazının henüz tamamlanmamış olması halinde söz konusu olacağı ve davacının cezasının da infaz edilmiş olduğu göz önüne alındığında; davacının talebinin geçmişe yönelik özlük hak talebi olduğu ve 5525 sayılı Yasanın 1. maddesinin 4. fıkrası uyarınca geçmiş süreler için özlük hakları ve parasal yönden herhangi bir talep hakkının bulunmadığı anlaşıldığından, dava konusu işlemde herhangi bir hukuka aykırılık bulunmadığı, bu nedenle temyiz isteminin kabul edilerek işlemin iptali yolunda verilen idare mahkemesi kararının bozulması gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı : Nazmiye Kılıç

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, davalı İdarede bilgisayar işletmeni olarak görev yapan davacının, kendisine 4.1.2002 günlü işlemlerle verilen 1 yıl süre ile kademe ilerlemesinin durdurulması cezasının 5525 sayılı Yasa uyarınca af kapsamında bulunduğunu belirterek, anılan disiplin cezası nedeniyle kaybettiği kademenin geri verilmesi istemiyle yaptığı 20.2.2007 günlü başvurusunun reddine ilişkin 28.2.2007 gün ve 6095 sayılı işlemin iptali ile özlük haklarının yasal faiziyle birlikte ödenmesine karar verilmesi istemiyle açılmıştır.

Ankara 12. İdare Mahkemesinin 6.12.2007 günlü, E:2007/143, K:2007/1689 sayılı kararıyla; 5525 sayılı Yasada belirtilen disiplin cezaları bütün sonuçlarıyla affedilmekle birlikte, cezalarının affının ilgililere geçmiş süreler için özlük hakları ve parasal yönden herhangi bir talep hakkı vermeyeceği ancak af kapsamındaki disiplin cezaları bütün sonuçları ile birlikte yürürlükten kalkmış olduğundan, disiplin cezaları sebebiyle yoksun kalınan hakların geçmişe değil ileriye yönelik olarak verilmesinin yasa hükmünün doğal sonucu olduğu, 657 sayılı Yasanın 64. maddesi uyarınca davacının kademe ilerlemesi yapmasına başkaca bir engel bulunmadığı dikkate alındığında, geçmiş dönemler için özlük ve mali yönden hiçbir talebi olmayan davacıya cezası nedeniyle durdurulan bir kademesinin 5525 sayılı Yasanın yürürlüğe girdiği tarihten itibaren geri verilmesi gerekirken aksi yönde tesis edilen dava konusu işlemde hukuka aykırılık bulunmadığı, öte yandan hukuka aykırılığı saptanan dava konusu işlem nedeniyle yoksun kaldığı parasal haklarının Anayasa'nın 125. maddesi uyarınca davacıya ödenmesi gerektiği gerekçesiyle dava konusu işlemin iptaline ve işlem nedeniyle yoksun kaldığı parasal haklarının davanın açıldığı 5.4.2007 tarihinden itibaren işleyecek olan yasal faiziyle birlikte davacıya ödenmesine karar verilmiştir.

Davalı idare, 5525 sayılı Yasa uyarınca af kapsamına giren disiplin cezalarının anılan yasa hükmü uyarınca ilgililere geçmiş süreler için özlük hakları ve parasal yönden herhangi bir talep hakkı vermediğini ve yasanın yürürlüğe girdiği 4.7.2006 tarihinden önceki dönemler için ilgililer hakkında derece, kademe, intibak ve özlük hakları yönünden herhangi bir düzeltme ve geriye dönük hiçbir ödeme yapılamayacağını, bu nedenle dava konusu işlemde herhangi bir hukuka aykırılık bulunmadığını öne sürmekte ve idare mahkemesi kararının temyizen incelenerek bozulmasını istemektedir.

4.7.2006 gün ve 26218 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 5525 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Bazı Disiplin Cezalarının Affı hakkında Kanunun "disiplin affının kapsamı" başlıklı 1. maddesinin 1. fıkrasında; devletin şahsiyetine karşı işlenen suçlarla basit veya nitelikli zimmet, irtikap, rüşvet, hırsızlık, dolandırıcılık, sahtecilik,

inancı kötüye kullanma, dolanlı iflas gibi yüz kızartıcı veya şeref ve haysiyet kırıcı suçlar veya istimal ve istihlâk kaçaklığı dışında kalan kaçakçılık, resmi ihale ve alım satımlara fesat karıştırma, devlet sırlarını açığa vurma suçları sebebiyle görevleriyle sürekli olarak ilişik kesilmesi sonucunu doğuran disiplin cezaları ile 2802 sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanunu'nun 68'inci maddesinin ikinci fıkrasının (e) ve (f) bentlerine göre verilmiş yer değiştirme cezaları ve 69'uncu maddesine göre verilmiş meslekten çıkarma cezaları ile emniyet hizmetleri sınıfına dahil personel ile çarşı ve mahalle bekçileri hakkında verilen meslekten çıkarma cezaları hariç olmak üzere; kanun, tüzük ve yönetmelikler gereğince memurlar ve diğer kamu görevlileri ile bu görevlerde bulunmuş olanlar hakkında 23.4.1999 tarihinden 14.2.2005 tarihine kadar işlenmiş fiillerden dolayı verilmiş disiplin cezalarının bütün sonuçları ile affedildiği belirtilmiş olup, aynı maddenin 4. fıkrasında; " Disiplin cezalarının affı ilgililere geçmiş süreler için özlük hakları ve parasal yönden herhangi bir talip hakkı vermez" hükmü yer almaktadır.

5525 sayılı Yasanın uygulanmasına yönelik olarak 20.7.2006 gün ve 26234 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 2006/1 sayılı Devlet Personel Başkanlığı Genelgesinin 9. maddesinde; " Mezkur Kanunun yürürlüğe girdiği 4.7.2006 tarihinden önceki dönemler için kadro, unvan, derece, kademe, ek gösterge, zam, tazminat ve benzeri mali, intibak ve özlük haklarında herhangi bir düzeltme ve geriye dönük hiçbir ödeme yapılmayacaktır." hükmüne yer verilmiştir.

Dosyanın incelenmesinden; davacının ... ili ... ilçesi ... İlköğretim Okulu öğretmeni olarak görev yapmakta iken, 4.1.2002 gün ve 2002/2 sayılı Mardin İl Millî Eğitim Disiplin Kurulu kararıyla 1 yıl süre ile kademe ilerlemesinin durdurulması cezası ile cezalandırıldığı, 10.5.2005 tarihinde kurumlararası nakil suretiyle davalı idare emrine memur olarak geçiş yaptığı ve 11.4.2006 tarihinden itibaren de bilgisayar işletmeni unvanıyla görev yapmaya başladığı, 20.2.2007 tarihli başvurusuyla 4.1.2002 tarihinde verilen kademe ilerlemesinin durdurulması cezasının 5525 sayılı Yasa uyarınca af kapsamında kaldığını belirterek kaybettiği kademenin geri verilmesini istediği, davalı idarenin ise 28.2.2007 gün ve 6095 sayılı işlemle 2006/1 sayılı Devlet Personel Başkanlığı Genelgesinin 9. maddesini öne sürerek bu başvuruyu reddettiği, bunun üzerine bakılan davanın açıldığı anlaşılmaktadır.

Uyuşmazlıkta; 5525 sayılı Yasanın 1/4. maddesinde yer alan ve af kapsamında bulunan disiplin cezalarının affının, ilgilere geçmiş süreler için özlük hakları ve parasal yönden herhangi bir talep hakkı vermeyeceği yolundaki düzenleme ile 2006/1 sayılı Devlet Personel Başkanlığı Genelgesinin 9. maddesi hükümleri birlikte değerlendirildiğinde; davacının 4.1.2002 tarihinde aldığı kademe ilerlemesinin durdurulması cezası nedeniyle yapılmayan kademe ilerlemesinin af sonrasında tekrar yapılması isteminin, geçmiş sürelerle yönelik olarak özlük hak talebi olduğu görülmüş olup, bu nedenle davacının başvurusunun reddinde herhangi bir hukuka aykırılık bulunmadığı görülmektedir.

Nitekim 3.9.1999 gün ve 23805 sayılı Resmi Gazetede Yayımlanarak yürürlüğe giren 4455 sayılı Memurlar İle Diğer Kamu Görevlilerinin Disiplin Cezalarının Affı Hakkında Kanunun 1. maddesinin 2. fıkrasında; affın ilgililere geçmiş süreler için sadece parasal yönden herhangi bir talep hakkı vermeyeceği öngörüldüğünden, anılan yasa uyarınca af kapsamında bulunan disiplin cezaları nedeniyle ilgililerin geçmiş süreler için özlük hakları yönünden talepte bulunmalarına hukuki bir engel bulunmamakta idiyse de, 5525 sayılı Yasanın ilgililere geçmiş süreler için özlük hakları yönünden de talep hakkı vermemesi karşısında, davacının af kapsamındaki disiplin cezası nedeniyle yapılmayan kademe ilerlemesinin yapılmasına hukuken olanak bulunmamaktadır.

Bu durumda; davacının talebini ileriye yönelik özlük hak talebi olarak nitelendirerek dava konusu işlemin iptali ve davacının işlem nedeniyle yoksun kaldığı parasal haklarının dava tarihinden itibaren işleyecek olan yasal faiziyle birlikte ödenmesi yolunda verilen İdare Mahkemesi kararında hukuki isabet görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle, davalı idarenin temyiz isteminin kabulüyle Ankara 12. İdare Mahkemesince verilen 6.12.2007 günlü, E:2007/143, K:2007/1689 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 21.10.2008 tarihinde oy birliği ile karar verildi.

T.C.
DANIŞTAY
Onikinci Daire

Esas No : 2008/4343
Karar No : 2008/5507

Özeti : Hukuka aykırı bulunarak iptal edilen genel düzenleyici işlemlere dayanılarak, tesis edilen bireysel işlemlerin ortadan kalkıp kalkmayacağı hususunun, somut olay çerçevesinde incelenmesi gerektiği hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan (Davalı): Kültür ve Turizm Bakanlığı

Karşı Taraf : ...

Vekili : Av. ...

İsteğin Özeti : Ankara 1. İdare Mahkemesince verilen 1.5.2008 günlü, E:2007/993, K:2008/977 sayılı kararın dilekçede yazılı nedenlerle temyizen incelenerek bozulması isteminden ibarettir.

Savunmanın Özeti : Savunma verilmemiştir.

Danıştay Tetkik Hakimi : Oğuz Özkarslı

Düşüncesi : İdare mahkemesince verilen 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 dosyanın tekemmül ettiği görülerek işin gereği düşünüldü:

Dava, Kültür ve Turizm Bakanlığınca yapılan stajyer sanatçı alımı sınavı sonrasında Çukurova Devlet Senfoni Orkestrasında stajyer sanatçı olarak göreve başlayan davacı tarafından, sınavın iptaline ilişkin 1.5.2007 günlü 1637 sayılı işlem ile atama onayının iptal edilerek sözleşmesinin feshine ilişkin 3.5.2007 gün ve 76704 sayılı davalı idare işlemlerinin iptali istemiyle açılmıştır.

Ankara 1. İdare Mahkemesince verilen 1.5.2008 günlü, E:2007/993, K:2008/977 sayılı kararla; dava konusu sınav ilanında yer alan 31 yaşından gün almamış olmaya yönelik düzenlemenin iptali istemiyle açılan davada Danıştay 12. Dairesinin yürütmenin durdurulması kararı üzerine sınavların iptal edildiği ancak davacının atama koşulları itibarıyla 657 sayılı Kanunun 48. maddesinde öngörülen şartlar yönünden memurluğa alınmasına engel bir durumunun olmadığı ayrıca girmiş olduğu sınavda hata ve hilesinin bulunmadığı,

bu durumda kazanılmış hakların korunması ilkesinin geçerli olacağı, bu nedenle atamasının iptaline ilişkin işlemlerde hukuka uyarlık bulunmadığı gerekçesiyle dava konusu işlemlerin iptaline karar verilmiştir.

Davalı idare, yargı kararının uygulanması amacıyla tesis edilen işlemde hukuka aykırılık olmadığını ve davacının kazanılmış hakkının bulunmadığını öne sürmekte ve kararın temyizen incelenerek bozulmasını istemektedir.

T.C. Anayasasının 138. maddesinin son fıkrası ile 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 28. maddesinin 1. fıkrasında; yasama ve yürütme organları ile idarenin, mahkeme kararlarına uymak zorunda olduğu, bu organlar ve idarenin, mahkeme kararlarını hiçbir suretle değiştiremeyeceği ve bunların yerine getirilmesini geciktiremeyeceği, idarenin mahkeme kararlarının icaplarına göre gecikmeksizin işlem tesis etmeye veya eylemde bulunmaya mecbur olup bu sürenin hiçbir şekilde kararın idareye tebliğinden başlayarak otuz günü geçemeyeceği hükme bağlanmıştır.

Dosyanın incelenmesinden, Kültür ve Turizm Bakanlığınca İzmir, Çukurova, Antalya ve Bursa Bölge Devlet Senfoni Orkestralarına 13 adet sözleşmeli stajyer sanatçı alınması amacıyla 25.7.2006 tarih ve 10033 sayılı olura dayalı sınav açtığı, sınav ilanında adayların 31 yaşından gün almamış almalarına ilişkin düzenlemenin iptali ve yürütülmesinin durdurulması istemiyle açılan davada Danıştay 12. Dairesinin 16.2.2007 günlü E:2006/4552 sayılı kararı ile; dava konusu duyuruda "bu şartnamede yer almayan hususlarda Cumhurbaşkanlığı Senfoni Orkestrası Yönetmeliğinin ilgili hükümlerinin uygulanacağını" belirtildiği bu Yönetmelikte ise yaş konusu ile ilgili koşul bulunmadığı halde idarece duyuru yolu ile sözkonusu şartın aranmasında mevzuata uyarlık bulunmadığı gerekçesi ile yürütmenin durdurulması kararı verilmesi üzerine davalı idarece 1.5.2007 gün ve 1637 sayılı işlem ile dava konusu sınavın ve yapılan tüm atamalarının iptaline karar verildiği ve karara dayalı olarak davacının sözleşmesinin feshedilerek kurumla ilişkisinin kesildiği anlaşılmıştır.

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 28. maddesi ile idareye, yargı kararlarını, icaplarına uygun olarak ve geciktirmeksizin yerine getirme yükümlülüğü yüklenmiş, maddenin devamı fıkralarında ise, yargı kararının yerine getirilmemesi durumunda idareye ve kasıt olması halinde kamu görevlisine yüklenecek sorumluluklar kurala bağlanmıştır.

Yargı kararlarının icaplarına uygun şekilde yerine getirilmesinden amaç, yargı kararının gerekçesi ve hüküm fıkrasıyla bir bütün olarak değerlendirilerek gereğinin yerine getirilmesidir. İdarenin hukuka aykırılığı yargı kararıyla tespit edilmiş bir işleme dayanarak tesis edildiği tüm bireysel işlemleri süre sınırlaması olmaksızın her zaman geri alabileceği Danıştay İçtihatları Birleştirme Kurulu kararıyla kurala bağlandığından, yargı kararının konusu olmamakla birlikte yargı kararı ile hukuka aykırılığı tespit edilen işleme dayanarak tesis edilen diğer tüm işlemlerin de geri alınması düzenli ve hukuka saygılı idare ilkesinin bir gereğidir. Dayanağı bir yargı kararı olmamasına rağmen, diğer bir yargı kararının icaplarının tam olarak yerine getirilebilmesi amacıyla, gerekli olan işlemleri tesis ettiğinden ötürü kamu görevlisine herhangi bir sorumluluk yüklenemeyeceği de tartışmasıdır.

Bu durumda, şartnamede belirtilen 31 yaşından gün almamış olmak şartını sağlayamadığından ötürü başvurusu kabul edilmeyen bir kişinin, sınava katılabilmek amacıyla açtığı dava konusu, Danıştay 12. Dairesinin anılan kararı ile 31 yaşından gün almamış olmak şartının yürütülmesinin durdurulmuş olması karşısında, söz konusu yargı kararının icaplarına uygun şekilde yerine getirilebilmesi amacıyla, sınav koşullarının ilanına ilişkin şartname ve devamında tesis edilen tüm işlemlerin geri alınarak, 31 yaş şartı aranmaksızın yada buna ilişkin Danıştay kararında belirtildiği şekilde Yasal düzenlemeler yapıldıktan sonra verilen sürecin başlatılması ve bu süreçten, şartları tutan herkesin yararlanmasının sağlanması ve bu doğrultuda yargı kararının tam anlamıyla (icaplarına uygun) yerine getirilebilmesi amacıyla tesis edilen sınav ve atama onayının iptali ile sözleşmesinin feshine ilişkin dava konusu işlemlerde hukuka aykırılık bulunmamaktadır.

Öte yandan, verilen iptal kararı ile iptali istenilen idari işlemin tesis edildiği tarihten itibaren ortadan kalkacağı ve o işlemin tesisinden önceki hukuki duruma dönüleceği tartışmasız olmakla birlikte, hukuka aykırılığı yargı kararı ile iptal edilen genel düzenleyici işlemlerinin iptali ile bu genel düzenleyici işleme dayanarak tesis edilen bireysel işlemlerin de bütün hukuksal sonuçları ile ortadan kalkıp kalkmayacağının, genel düzenleyici işleme dayanılarak tesis edilen bireysel işlemlerin uzun süre uygulandığı ve bu süre içinde kişilerin elde ettiği özne kazanımlarının geri alınmasının mümkün olmadığı durumunda, idari istikrar ilkesi ve kazanılmış hak kavramlarına aykırılık oluşturabilecek olması nedeniyle, somut olay çerçevesinde irdelenmesinin gerekeceği kuşkusuzdur. Bu bağlamda, olayımızda, Danıştay 12. Dairesi tarafından verilen yürütmenin durdurulması kararının dava açan kişi açısından uygulanabilir olmasının tek yolunun sınavın yeniden yapılmasının olması ve yargı kararıyla şartnamenin hukuka aykırı olduğunun belirlenmiş olması nedeniyle, idarenin bu işlem ve buna dayanarak tesis ettiği tüm işlemleri her zaman geri alabilecek olması karşısında, sınavların ve bu sınavlara dayanarak tesis edilen atama işlemi ve sözleşmelerin geri alınarak yeniden yapılmasının, birey yönünden uzun bir süre uygulanarak özne kazanımlar oluşturmuş olması nedeniyle mümkün olduğu gözetildiğinde, dava konusu geri alma işlemlerinin idari istikrar ilkesine aykırılık oluşturmayacağı ve hukuk güvenliği ilkesini zedelemeyeceği gibi, düzenli ve saygılı idare ilkesinin de bir gereği olduğu açıktır.

Bu nedenle dava konusu işlemlerin iptaline ilişkin idare mahkemesi kararında hukuki isabet bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle, davalı idarenin temyiz isteminin kabulüyle Ankara 1. İdare Mahkemesince verilen 1.5.2008 günlü, E:2007/993, K:2008/977 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, artan 6,00 YTL. posta pulu ücretinin istemi halinde davalı idareye iadesine, 28.10.2008 tarihinde oyçokluğu ile karar verildi.

KARŞI OY

Temyize konu İdare Mahkemesi kararı ve dayandığı gerekçe hukuk ve usule uygun bulunduğundan, kararın onanması gerektiği görüşüyle çoğunluk kararına katılmıyoruz.

T.C. DANIŞTAY Onikinci Daire

Esas No : 2007/6496

Karar No : 2008/6319

Özeti : Davacının meslekten çıkarma cezası ile cezalandırılmasına esas alınan eylemi, rüşvet suçu teşkil etmemekle beraber, bu eylemi Emniyet Örgütü Disiplin Tüzüğü'nün 8/7. maddesi kapsamında olduğundan ve bu fiilin cezası da meslekten çıkarma olduğundan, dava konusu meslekten çıkarma cezasında sonucu itibarıyla hukuka aykırılık bulunmadığı hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan (Davalı): İçişleri Bakanlığı

Karşı Taraf : ...

Vekili : Av. ...

İsteğin Özeti : Gaziantep 1. İdare Mahkemesinin 27.7.2007 günlü, E:2007/487, K:2007/1262 sayılı kararının dilekçede yazılı nedenlerle temyizden incelenerek bozulması isteminden ibarettir.

Savunmanın Özeti : Savunma verilmemiştir.

Danıştay Tetkik Hakimi : Oğuz Özkarslı

Düşüncesi : İdare Mahkemesince verilen kararın bozulması gerektiği düşünülmüştür.

Danıştay Savcısı: Nazmiye Kılıç

Düşüncesi : Uyuşmazlık; polis memuru olan davacının meslekten çıkarma cezasıyla cezalandırılmasına ilişkin işlemde doğmuştur.

Emniyet Örgütü Disiplin Tüzüğü'nün; Meslekten Çıkarma başlıklı 8. maddesinin 6. fıkrasında; hırsızlık, gasp, dolandırıcılık, irtikap, rüşvet, zimmet, ihtilas, ırza geçme, ırza tasaddi, kalpazanlık, kasten adam öldürme veya bu suçlar işlemeye teşebbüs etmek, emniyeti suistimal, yalan yere tanıklık, yalan yere yemin, suç tasnii, iftira, 7. fıkrasında; yetkisini veya nüfusunu kendisine veya başkalarına çıkar sağlamak amacıyla kin yada dostluk nedeniyle kötüye kullanmak fiillerinin meslekten çıkarma cezasını gerektirdiği belirtilmiştir.

Dosyanın incelenmesinden, davacının disiplin cezasına konu eylemleri nedeniyle yargılandığı ceza davasında, görevi kötüye kullanmak suçundan dolayı hüküm giydiği anlaşılmaktadır. Yukarıda belirtilen Tüzük hükmü uyarınca görevi kötüye kullanmak suçunun da meslekten çıkarma cezasını gerektirdiği tartışmasız olduğuna göre, dava konusu işlemi iptal eden idare mahkemesi kararında hukuki isabet bulunmadığından bozulması gerektiği düşünülmüştür.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Onikinci Dairesince işin gereği düşünüldü:

Dava, polis memuru olarak görev yapan davacının Emniyet Örgütü Disiplin Tüzüğü'nün 8/6. maddesi gereğince meslekten çıkarma cezası ile cezalandırılmasına ilişkin 1.4.2002 günlü, 2002/226 sayılı işlemin iptali istemiyle açılmıştır.

Gaziantep 1. İdare Mahkemesince, Danıştay 12. Dairesinin 21.2.2007 günlü, E:2006/2054, K:2007/750 sayılı bozma kararına uyularak verilen 27.7.2007 günlü, E:2007/487, K:2007/1262 sayılı kararla; olayda polis memuru olan davacı ve ekip arkadaşı hakkında "rüşvet almak" suçundan açılan ceza davasında, Gaziantep 2. Ağır Ceza Mahkemesinin 11.7.2002 günlü E:2002/253, K:2002/240 sayılı kararı ile davacı ve ekip arkadaşının rüşvet almaktan değil, göreve kötüye kullanmaktan TCK'nun 240/2 maddesi uyarınca 5 ay hapis 2 ay 15 gün memuriyetten men cezası aldığı ve neticeden hapis cezasının ağır para cezasına çevrildiği, kararın 26.8.2002 tarihinde temyiz edilmeden kesinleştiği dikkate alındığında, davacının fiilince uygun başka bir ceza ile cezalandırılması gerekirken meslekten çıkarma cezası ile cezalandırılmasında suç ve ceza arasındaki denklik ilkesine uyarlık bulunmadığı gerekçesiyle işlemin iptaline karar verilmiştir.

Davalı idare, davacının üzerine atılı suçları işlediğinin sabit olduğunu ileri sürerek mahkeme kararının temyizden incelenerek bozulmasını istemektedir.

Emniyet Örgütü Disiplin Tüzüğü'nün meslekten çıkarma başlıklı 8. maddesinin 6. fıkrasında "hırsızlık, gasp, dolandırıcılık, irtikap, rüşvet, zimmet, ihtilas, ırza geçme, ırza tasaddi, sahtecilik, kalpazanlık, kasten adam öldürme veya bu suçlara işlemeye teşebbüs etmek, emniyeti suistimal, yalan yere tanıklık, yalan yere yemin, suç tasnii iftira" fiilleri, anılan maddenin 7 fıkrasında ise "yetkisini ve nüfuzunu kendisine veya başkalarına çıkar sağlamak amacıyla kin veya dostluk nedeniyle kötüye kullanmak" fiilleri meslekten çıkarma cezasını gerektirir fiiller arasında sayılmıştır.

Dava dosyasının incelenmesinden; davacı ve ekip arkadaşlarının 25.2.2001 günü ... isimli şahsa ait işyerine resmi ekip otosu ile gittikleri, davacının otodan inip, ... isimli şahısla görüşerek, ... isimli şahıstan icralı lastik aldığına ilişkin ellerinde evrak olduğu ve işleme

koymaları halinde kendisi için iyi olmayacağını söyleyerek olayın kapanması için 100,00 YTL. para istediği, pazarlık sonunda 100 Amerikan dolarına anlaştıkları, daha sonra ...'ın durumu yetkili mercilere bildirdiği, 3.3.2001 günü paranın alınacağını ihbar edilmesi üzerine Gaziantep Emniyet Müdürlüğü ekiplerince gerekli tertibat alındığı, polis memurlarının aynı resmi oto ile geldikleri, ...'ın ekip otosunun arka kısmına binerek parayı vermesi üzerine de tertibat alan ekiplerce bahse konu ekip otosunun durdurularak yapılan aramada önceden seri numaraları alınmış olan banknotların rulo halinde otonun konsül tabir edilen yerinde bulunduğu, yapılan soruşturma sonunda davacının atılı fiilleri işlediğinin sabit görülmesi üzerine, 1.4.2002 gün ve 2002/226 sayılı Yüksek Disiplin Kurulu kararın ile Emniyet Örgütü Tüzüğü'nün 8. maddesinin 6. fıkrası uyarınca meslekten çıkarma cezası ile tecziyesine karar verildiği, öte yandan davacı ve ekip arkadaşı hakkında "rüşvet almak" suçundan açılan ceza davasında, Gaziantep 2. Ağır Ceza Mahkemesinin 11.7.2002 günlü E:2002/253, K:2002/240 sayılı kararı ile davacı ve ekip arkadaşının rüşvet almaktan değil, görevi kötüye kullanmaktan 5 ay hapis 2 ay 15 gün memuriyetten men cezası aldığı ve neticeden hapis cezasının ağır para cezasına çevrildiği, kararın 26.8.2002 tarihinde temyiz edilmeden kesinleştiği anlaşılmaktadır.

Her ne kadar davacının eylemini, niteliği itibarıyla, "rüşvet almak" olarak değerlendirmek mümkün değilse de, söz konusu eylemin Emniyet Örgütü Disiplin Tüzüğü'nün 8/7. maddesinde düzenlenen "yetkisini veya nüfüsünü kendisine veya başkalarına çıkar sağlamak amacıyla veya kin veya dostluk nedeniyle kötüye kullanmak" kapsamına girdiği ve bu fiilin cezasının da meslekten çıkarma olduğu anlaşıldığından, dava konusu işlemde sonucu itibarıyla hukuka aykırılık bulunmamaktadır.

Bu durumda, davacının meslekten çıkarma cezasıyla cezalandırılmasına ilişkin dava konusu işlemin iptali yolunda verilen temyize konu idare mahkemesi kararında hukuki isabet görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle, davalı idarenin temyiz isteminin kabulüyle Gaziantep 1. İdare Mahkemesince verilen 27.7.2007 günlü, E:2007/487, K:2007/1262 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 ,12.11.2008 tarihinde oyçokluğu ile karar verildi.

KARŞI OY

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. Temyiz edilen karar ve dayandığı gerekçe hukuk ve usule uygun olup bozulmasını gerektirecek bir sebep de bulunmadığından, temyiz isteminin reddi ile anılan kararın onanması gerektiği görüşü ile İdare Mahkemesi kararının bozulması yönündeki çoğunluk kararına katılmıyorum.

T.C.
DANIŞTAY
Onikinci Daire
Esas No : 2006/3554
Karar No : 2008/6453

Özeti : Komiser yardımcısı olan ve bu rütbedeki bekleme süresini 30.6.2005 tarihinde dolduran davacının, 30.6.2005 tarihi itibarıyla komiser rütbesine yükseltilmesinde ve 20 aylık askerlik süresinin bu rütbede dikkate alınmasında hukuka aykırılık bulunmadığı hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan (Davalı): İçişleri Bakanlığı

Karşı Taraf : ...

İstemin Özeti : Trabzon İdare Mahkemesince verilen 15.3.2006 günlü, E:2005/976, K:2006/334 sayılı kararın dilekçede yazılı nedenlerle 2577 sayılı Kanunun 49. maddesi hükmü uyarınca temyizen incelenerek bozulması istenilmektedir.

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 gerektiği savunulmaktadır.

Danıştay Tetkik Hakimi : M.Önder Tekin

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 : Nazmiye Kılıç

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; ... İlçe Emniyet Müdürlüğü'nde komiser yardımcısı olarak görev yapan davacının, 2005 yılı terfi döneminde "5337 sayılı Kanun" hükmü gereği olarak komiser rütbesine emsalleri ile aynı tarihten geçerli olmak üzere 30.6.2005 tarihi itibarıyla terfi ettirilmesine dair Emniyet Genel Müdürlüğü Merkez Değerlendirme Kurulu kararının iptali istemiyle açılmıştır.

Trabzon İdare Mahkemesinin 15.3.2006 günlü, E:2005/976, K:2006/334 sayılı kararıyla; davalı idarece, davacının 3201 sayılı Yasanın 55. maddesinde 5337 sayılı Yasa ile yapılan ve 3.5.2005 tarihinde yürürlüğe giren değişiklik sonrasında askerlik hizmet süresinin kıdeminden sayılması sonucu bulunduğu rütbeye atandığı tarih itibarıyla emsallerini geçtiğinin tespit edildiğinden bahisle bir üst rütbeye terfi ettirilmemesine karar verildiği belirtilmekte ise de; askerlik hizmet süresinin rütbe terfiinde değerlendirilmesi gerektiğine ilişkin davacı hakkında Trabzon İdare Mahkemesince verilen yargı kararının davalı idareye tebliğinden itibaren 30 gün içinde uygulanarak idarece kararın gereğinin yerine getirilme zorunluluğunun bulunduğu, yargı kararının davacı açısından kazanılmış hak teşkil ettiği, sonradan yürürlüğe giren Yasa hükmünün sözkonusu kazanılmış hakkı ortadan kaldırmayacağı ve 5337 sayılı Yasa ile getirilen hükmün daha önce verilen mahkeme

kararının uygulanmasını etkilemeyeceğinin açık olduğu; bu durumda, 5337 sayılı Yasa ile getirilen hüküm gerekçe gösterilerek, askerlik hizmet süresinin rütbe terfiinde kıdemden sayılmamak suretiyle tesis edilen işlemde hukuka uyarlık görülmediği gerekçesiyle iptaline karar verilmiştir.

Davalı idare, dava konusu işlemin hukuka uygun olduğunu öne sürmekte ve İdare Mahkemesinin işlemin iptaline dair kararının temyizen incelenerek bozulmasını istemektedir.

3201 sayılı Emniyet Teşkilatı Kanunu'nun 55. maddesinde terfi ve atama ile ilgili kriterler düzenlenmiştir. 55. maddenin 2. fıkrasında; rütbelere terfilerin öngörülen sınav ve eğitim şartı saklı kalmak üzere, kıdem ve liyakata göre yapılacağı, 3. fıkrasında; kıdem sırasının tespitinde, bulunulan rütbeye terfi tarihinin esas alınacağı, aynı tarihte terfi edenlerden sicil notu yüksek, sicil notlarının eşitliği halinde ödül ve takdirnamesi fazla, ödül ve takdirnamelerin sayıca eşitliği halinde ise sicil numarası daha küçük olanların diğerlerine göre kıdemli sayılacağı, 5. fıkrasında; terfilerin ve atamaların, kanuni zorunluluk halleri dışında her yıl Haziran ayında topluca yapılacağı, 13. fıkrasında; polis amirlerinin bir üst rütbeye terfiinde bu rütbedeki fiili çalışma süresinin esas alınacağı, 14. fıkrasında; kazanılmış hak aylığında değerlendirilmesi yapılan her türlü uzmanlık, master, doktora ve avukatlık stajının rütbe kıdeminde değerlendirilmeyeceği, ancak bu Kanunun 13 üncü maddesinde sayılan rütbeler içerisinde yapılan askerlik hizmetinin, yurt dışı misyon koruma, yurt dışı kurs ve diğer görevler sebebi ile geçirilen süreler ile tedavi ve istirahat sürelerinin, hangi rütbede ifa edilmiş veya geçirilmiş ise o rütbedeki fiili çalışma süresi içerisinde değerlendirileceği, Emniyet Teşkilatına girmeden önce yapılan askerlik hizmetinin, atanılan ilk rütbede ve adaylığın onanmasından sonra fiili çalışma süresinden sayılacağı, 15. fıkrasında; taksirli suçlar hariç, paraya çevrilse veya tecil edilse dahi alınan hapis cezalarının, aylıksız izinde geçen sürelerin, uzun ve kısa süreli durdurma cezaları ile meslekten ve memuriyetten men cezalarının, ceza süreleri kadar rütbe terfiini geri bıraktıracığı hüküm altına alınmıştır.

Emniyet Hizmetleri Sınıfı Personeli Rütbe Terfileri ve Değerlendirme Kurullarının Çalışmalarına İlişkin Yönetmeliğin 15. maddesinde; kıdem tespitinde polis amirlerinin bulundukları rütbeye atandıkları tarih ve rütbe terfiinde değerlendirilen çalışma sürelerinin esas alınacağı düzenlenmişken, 18. maddesinde; polis amirlerinin rütbe terfi ve atamalarının kanuni zorunluluk halleri dışında her yıl 30 Haziran tarihinde topluca yapılacağı hüküm altına alınmıştır.

Dosyanın incelenmesinden; davacının 30.6.1999 tarihinde komiser yardımcılığına atandığı, polislik mesleğine başlamadan yapmış olduğu 20 aylık askerlik hizmet süresinin rütbe terfiinde değerlendirilmesi için yaptığı başvurusunun reddine ilişkin işlemin Trabzon İdare Mahkemesinin 24.11.2004 günlü, E:2004/210, K:2004/1156 sayılı kararıyla iptal edildiği, komiser yardımcılığı rütbesindeki zorunlu bekleme süresini 30.6.2005 tarihinde tamamlayarak komiser rütbesine terfi ettirildiği, komiser rütbesindeki kıdemine esas alınan tarihin 30.6.2005 olarak belirlendiği, davacının askerlik hizmetinin komiser rütbesindeki kıdemine eklenmediğinden bahisle bakılan davayı açtığı anlaşılmıştır.

Yukarıda belirtilen Yasa ve Yönetmelik hükümlerinin birlikte değerlendirilmesinden; kıdem sırasının tespitinde bulunulan rütbeye terfi tarihinin ve rütbe terfiinde değerlendirilecek çalışma sürelerinin esas alınacağı, terfilerin her yılın 30 Haziran tarihinde topluca yapılacağı, askerlik süresinin fiili çalışma süresinden sayılacağı, üst rütbeye terfide bulunulan rütbedeki fiili çalışmanın ve fiilen çalışılmış sayılan sürelerin (askerlik süresi gibi) dikkate alınacağı anlaşılmaktadır.

Uyuşmazlıkta; davacının 30.6.1999 tarihinde atanmış olduğu komiser yardımcılığı rütbesinde bekleme süresini 30.6.2005 tarihinde doldurduğu, askerlik hizmetinin rütbe terfiinde değerlendirilmesine yönelik İdare Mahkemesi kararının 24.11.2004 tarihinde verildiği ve 20 aylık askerlik hizmetinin yargı kararından sonra atanmış olduğu ilk rütbede (komiser) değerlendirilmesi gerektiği açıktır. Ancak; 20 aylık askerlik hizmetinin rütbe

terfiinde değerlendirilmesi; davacının atandığı rütbeye terfi tarihinin geri çekilmesini değil, atandığı rütbeye esas alınan kıdem tarihinin düzeltilmesini gerektirmektedir.

Olayda; davacının komiser rütbesine terfi tarihi yine 30.6.2005 tarihi olacak fakat bu rütbedeki bekleme süresi yargı kararı uyarınca fiilen çalışılmış kabul edilen 20 aylık askerlik süresi kadar kılacaktır. Bir diğer ifadeyle, komiser olan davacının başkomiser rütbesine terfi ettirilmesi için zorunlu bekleme süresinin dolduğu 2011 yılı yerine 20 aylık askerlik hizmetinin kıdeminden sayılması nedeniyle 2009 yılında bir üst rütbeye terfi durumu görüőülecektir.

Öte yandan, davacının komiserlerin kıdem sıralamalarını gösteren listedeki yeri de, askerlik hizmetinin rütbe kıdeminden sayılması suretiyle tespit edilen "kıdemine esas alınan tarih" e göre belirlenecektir.

Ayrıca, davacının askerlik hizmetine ilişkin yargı kararı bulunduğu rütbeye terfi tarihinin geri çekilmesi suretiyle uygulanmayacağından, bu aşamada herhangi bir maddi kayıp da oluşmayacaktır.

Bu durumda; davacının askerlik hizmet süresinin komiser rütbesindeki kıdemine eklenip eklenmediği de araştırılmak suretiyle talebe uygun bir karar verilmesi gerekirken, 5337 sayılı Kanun gerekçe gösterilerek askerlikte geçen sürenin rütbe terfiinde değerlendirilmemesine ilişkin dava konusu işlemde hukuka uyarlık görülmediği gerekçesiyle iptali yolunda verilen İdare Mahkemesi kararında hukuki isabet görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle, davalı idarenin temyiz isteminin kabulüyle Trabzon İdare Mahkemesince verilen 15.3.2006 günlü ve E:2005/976, K:2006/334 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 7.00.- YTL posta ücretinin istemi halinde davalı idareye iadesine, 17.11.2008 tarihinde oybirliği ile karar verildi.

T.C.
DANIşTAY
Onikinci Daire

Esas No : 2006/5473
Karar No : 2008/6486

Özeti : Polis memuru olan davacının, Devlet memurluğundan çıkarma cezası ile cezalandırılmasına ilişkin işlemin iptali istemiyle açılan davanın reddi yolunda, idare mahkemesince verilen kararda ısrar edilmesi ve bu ısrar kararının, Danıştay İdari Dava Dairelerince bozulması karşısında, davacının ısrar kararı uyarınca görevle iliőinin kesilmesi işlemin dayanaksız kaldığı hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan(Davacı): ...

Vekili : Av. ...

Karşı Taraf : İçişleri Bakanlığı

İsteğin Özeti :Edirne İdare Mahkemesinin 28.6.2006 günlü E:2005/1522, K:2006/1769 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 : Müjgan Karyağdı

Düşüncesi : Davacının Devlet memurluğundan çıkarma cezasıyla cezalandırılmasına ilişkin işlemin iptali istemiyle açılan davada yargılama süreci sonunda Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulunun kararından sonra oluşan hukuki durumun gözetilerek İdare Mahkemesi kararının bozulmasının uygun olacağı düşünülmüştür.

Danıştay Savcısı : Nazmiye Kılıç

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 davacının polis memuru olarak görev yapmakta iken meslekten ilişiğinin kesilmesi yolunda tesis edilen 14.7.2005 günlü işlemin iptali yoksun kaldığı parasal haklarının yasal faiziyle tazminine hükmedilmesi istemiyle açılmıştır.

Edirne İdare Mahkemesinin 28.6.2006 günlü E:2005/1522, K:2006/1769 sayılı kararıyla dava dosyasının incelenmesinden; polis memuru olarak görev yapan davacının 14.8.2002 tarih ve 72 sayılı Yüksek Disiplin Kurulu kararı ile Devlet memurluğundan çıkarma cezası ile cezalandırıldığı, bu işlemin iptali istemiyle Mahkemelerinin E:2002/901 sayılı dosyasına kayden açılan davanın 30.5.2003 tarih ve 402 sayılı kararı ile reddedildiği, bunun üzerine davacı vekilince bu kararın temyiz edildiği, Danıştay 12. Dairesince bu kararın önce yürütülmesinin durdurularak 22.11.2004 tarih ve E:2004/194, K:2004/3702 sayılı karar ile yeniden bir karar verilmek üzere bozulduğu, Danıştay 12. Dairesinin kararı üzerine davacının yeniden işine döndürüldüğü, Mahkemelerinin bozma karara uymayarak 7.6.2005 tarih ve E:2005/764, K:2005/740 sayılı kararı ile ilk kararda ısrar edilerek davanın reddine karar verildiği, bunun üzerine davacının dava konusu işlemle meslekle ilişiğinin kesilmesine karar verildiği, bu işlemin iptali ve yoksun kalınan hakların tazminin ödenmesi istemiyle de bakılan davanın açıldığı idarelerin mahkeme kararlarını aynen ve gecikmeksizin uygulaması Anayasal bir zorunluluk olduğundan, ısrar kararı üzerine davacının meslekten ilişiğinin kesilmesi yolunda tesis edilen işlemde hukuka aykırılık görülmediği gerekçesiyle dava reddedilmiştir.

Davacı tesis edilen işlemin hukuka aykırı olduğunu öne sürmekte ve kararın temyizen incelenerek bozulmasını istemektedir.

Dosyanın incelenmesinden davacının Devlet Memurluğundan çıkarma cezasıyla cezalandırılmasına ilişkin işlemin iptali istemiyle açılan davada, davanın reddi yolundaki İdare Mahkemesi kararının Dairemizce bozulması üzerine davacının göreve döndürüldüğü ancak Mahkemenin bozma kararımıza uymayarak ısrar etmesi üzerine tekrar mesleği ile ilişiği kesilen davacının bu işlemin iptali istemiyle görülen davayı açtığı anlaşılmıştır.

İdare Mahkemesince; idarelerin mahkeme kararlarının aynen ve gecikmeksizin uygulanmasının Anayasal bir zorunluluk olduğu ve Mahkemelerinin ısrar kararı uyarınca idarenin davacının meslekten ilişiğinin kesilmesi yolunda tesis ettiği işlemde hukuka aykırılık görülmediği gerekçesiyle dava reddedilmiş ise de İdare Mahkemesinin bu gerekçesi kararın verildiği tarihte hukuka uygun olmakla beraber yukarıda sözü edilen ısrar kararının hukuka aykırı bulunarak Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulunun 6.11.2008 tarihli K:2008/1868 sayılı kararıyla bozulması üzerine oluşan bu yeni hukuki durum karşısında dava konusu işlemin hukuki dayanağının kalmadığı açıktır.

Açıklanan nedenlerle, davacının temyiz isteminin kabulüyle Edirne İdare Mahkemesince verilen 28.6.2006 günlü, E:2005/1522, K:2006/1769 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 17.11.2008 tarihinde oybirliği ile karar verildi.

T.C.
DANIŞTAY
Onikinci Daire

Esas No : 2007/6563

Karar No : 2008/6622

Özeti : Davacının 2001 yılında 4 yıllık Anadolu Üniversitesi İşletme bölümünden mezun olduğu halde, 1998 yılında bitirdiği 2 yıllık Gazi Üniversitesi Kırşehir Meslek Yüksekokulu mezunu olduğunu beyan ederek, önlisans mezunu gibi katıldığı sınav sonucu yapılan atamasının iptal edilerek, yerine başkasının atanmasında, hukuka aykırılık bulunmadığı hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan (Davacı): ...

Vekili : Av. ...

Karşı Taraf : Adalet Bakanlığı

İsteğin Özeti : Kamu Personeli Seçme Sınavında başarılı olan ve infaz ve koruma memurluğu sınavını kazanarak ataması uygun görülen davacının, sözlü sınavda başarılı sayıldığına dair kararın iptal edilerek yerine ... isimli kişinin atanmasına dair 26.7.2006 günlü ve 395 sayılı kararın iptali istemiyle açtığı davada; Adalet Bakanlığı'nın infaz ve koruma memurluğunun karşılanması amacıyla 2006 yılında yapılan sınava katılan davacının, 2001 yılında 4 yıllık Anadolu Üniversitesi İşletme Bölümünden (lisans) mezun olmasına rağmen, 1998 yılında bitirdiği 2 yıllık Gazi Üniversitesi Kırşehir Meslek Yüksekokulu mezunu olduğunu beyan ederek önlisans mezunu gibi katıldığı 2004 yılı Kamu Personel Seçme Sınavında davacının gerçeğe aykırı beyanı ile davalı idareyi yanılttığı açık olduğundan atamasının iptal edilerek yerine başka birinin atanması yönündeki işlemde hukuka aykırılık bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddi yolunda Ankara 12. İdare Mahkemesince verilen 30.5.2007 günlü, E:2006/2165, K:2007/810 sayılı kararının dilekçede yazılı nedenlerle 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 49. maddesi uyarınca temyizen incelenerek bozulması istenilmektedir.

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 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 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 12. İdare Mahkemesince verilen 30.5.2007 günlü, E:2006/2165, K:2007/810 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, kullanılmayan 22.90. YTL yürütmenin durdurulması harcı ile 9.00 YTL posta ücretinin isteği halinde davacıya iadesine, 24.11.2008 tarihinde oybirliği ile karar verildi.

YARGILAMA USULÜ

T.C. DANIŞTAY Onikinci Daire

Esas No : 2006/3650
Karar No : 2008/6021

Özeti : Türkiye Elektrik Dağıtım A.Ş' de işçi kadrosunda şoför olarak görev yapmakta iken, almış olduğu ağır hapis ve hapis cezaları nedeniyle işten çıkarılan davacının, yeniden atanma istemiyle yaptığı başvurunun reddine ilişkin işlemin iptali istemiyle açılan davanın görüm ve çözümünün, adli yargıya ait bulunduğu hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan (Davacı): ...

Karşı Taraf : Türkiye Elektrik Dağıtım A.Ş Genel Müdürlüğü

Vekili : Av. ...

İsteğin Özeti : Ankara 8. İdare Mahkemesince verilen 30.12.2005 günlü, E: 2005/51,K:2005/2113 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 : 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 : Yücel Bulmuş

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; Türkiye Elektrik Dağıtım A.Ş.'de işçi kadrosunda şoför olarak görev yapmakta iken, 6 yıl 8 ay ağır hapis ve 10 ay hapis cezası ile cezalandırılmasına karar verilmesi üzerine görevine son verilen davacının, yeniden göreve atanma istemiyle yaptığı başvurusunun reddine ilişkin 20.12.2004 günlü, 13091 sayılı işlemin iptali istemiyle açılmıştır.

Ankara 8. İdare Mahkemesinin 30.12.2005 günlü, E:2005/51, K:2005/2113 sayılı kararıyla; bir kamu görevine açıktan veya yeniden atama yapmak konusunda idarelere takdir yetkisinin tanınmış bulunduğu, idarenin bu konuda yargı kararı ile zorlanamayacağı, kardeşini öldürmeye teşebbüs, 6136 sayılı Kanuna muhalefet, silahlı tehdit, mesken masuniyetini ihlale eksik teşebbüs ve mütecaviz sarhoşluk suçlarından 6 yıl 8 ay ağır hapis ve 10 ay hapis cezası ile cezalandırılan ve görevine devam edememesi nedeniyle sözleşmesi fesh olan davacının, yeniden işe alınma yolundaki isteminin davalı idare tarafından takdir hakkı kullanılmak suretiyle reddedilmesinde hukuka aykırılık bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir.

Davacı; idarelerin takdir yetkisinin kamu yararı ve hizmet gerekleri ile sınırlı olduğunu, dava konusu işlemde kamu yararı bulunmadığını öne sürmekte ve İdare Mahkemesi kararının temyizen incelenerek bozulmasını istemektedir.

5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanununun 1. maddesinde; "İş Kanununa göre işçi sayılan kimselerle (o kanunun değiştirilen ikinci maddesinin Ç,D ve E fıkralarında istisna edilen işlerde çalışanlar hariç) işveren veya işveren vekilleri arasında iş akdinden veya İş Kanununa dayanan her türlü hak iddialarından doğan hukuk uyuşmazlıklarının çözülmesi ile görevli olarak lüzum görülen yerlerde iş mahkemeleri kurulur." hükmü yer almakta olup, bu madde metninden, işçi sayılan kimselerle işveren veya işveren vekilleri arasında İş Kanununa dayanan ve iş akdinden doğan uyuşmazlıkların iş mahkemelerinde görüleceği anlaşılmaktadır.

Dava dosyasının incelenmesinden; davacının, davalı idareye bağlı ... Elektrik Dağıtım Müessesesinde 4857 sayılı İş Kanunu hükümlerine göre görev yapmakta iken, kardeşini öldürmeye teşebbüs, 6136 sayılı Kanuna muhalefet, silahlı tehdit, mesken masuniyetini ihlale eksik teşebbüs ve mütecaviz sarhoşluk suçlarını işlediğinden bahisle yargıldığı, Zile Ağır Ceza Mahkemesince 6 yıl 8 ay ağır hapis ve 10 ay hapis cezası ile cezalandırılmasına karar verildiği, 10.6.2002 tarihinde Toplu İş Sözleşmesinin 48. maddesinin 2. fıkrası uyarınca sözleşmesinin feshedildiği, 25.11.2004 tarihinde tahliye olması üzerine göreve iade istemiyle davalı idareye başvurduğu, durumunun, Toplu İş Sözleşmesinin "Gözüaltına Alma-Tutukluluk ve Mahkumiyet Halinde Fesih ve Tekrar İşe Başlama" başlıklı 48. maddesi kapsamında bulunmadığı gerekçesiyle başvurusunun reddi üzerine bakılmakta olan davanın açıldığı anlaşılmış olup, bu durumda; uyuşmazlığın esasını 4857 sayılı İş Kanununa bağlı olarak çalışan davacının, toplu iş sözleşmesi hükümleri uyarınca görevine tekrar dönüp dönemeyeceği oluşturduğundan ve bu tür uyuşmazlıkların görüm ve çözümü görevi de adli yargı yerine ait olduğundan, davanın görev yönünden reddine karar verilmesi gerekirken işin esasına girilerek verilen İdare Mahkemesi kararında hukuki isabet bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle, davacının temyiz isteminin kabulüyle Ankara 8.İdare Mahkemesince verilen 30.12.2005 günlü, E:2005/51, K:2005/2113 sayılı kararın 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 49. maddesinin 1/a 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, 7.11.2008 tarihinde oybirliği ile karar verildi.

T.C.
DANIŞTAY
Onikinci Daire
Esas No : 2006/6026
Karar No : 2008/6489

Özeti : Emniyet amiri olan davacının, 2003 yılı terfi döneminde 4. sınıf Emniyet Müdürlüğüne yükseltilmemesine ilişkin işlemin idare mahkemesince iptal edilip, kararın kanun yollarından geçerek kesinleşmesi karşısında, aynı taleple 2005 yılı terfi döneminde yaptığı başvurunun reddi üzerine açtığı davanın konusunun kalmadığı hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan (Davalı): İçişleri Bakanlığı

Karşı Taraf : ...

Vekili : Av. ...

İsteğin Özeti : İstanbul 5. İdare Mahkemesinin 12.10.2006 günlü E:2005/1433, K:2006/2280 sayılı kararının dilekçede yazılı nedenlerle temyizen incelenerek bozulması isteminden ibarettir.

Savunmanın Özeti: Savunma verilmemiştir.

Danıştay Tetkik Hakimi : Müjgan Karyağdı

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 : Nazmiye Kılıç

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, emniyet amiri olan davacının 2005 yılı terfi döneminde bir üst rütbeye terfi ettirilmemesine ilişkin işlemin iptali istemiyle açılmıştır.

İstanbul 5. İdare Mahkemesinin 12.10.2006 günlü E:2005/1433, K:2006/2280 sayılı kararıyla;2005 yılı terfi döneminde kıdem ve liyakat yönünden davacının terfisine engel bir durum bulunmadığı, emniyet amiri iken aldığı kınama cezasının terfi ettirilmemesine engel nitelikte olmadığı, davacıdan daha kıdemsizlerin terfi ettirildiği dikkate alındığında, davacının terfi ettirilmemesi işleminde hukuka uyarlık bulunmadığı gerekçesiyle dava konusu işlemin iptaline karar verilmiştir.

Davalı idare, davacının liyakat durumu dikkate alınarak terfi ettirilmediğini İdare mahkemesi kararının usul ve kanuna aykırı olduğunu ileri sürmekte, kararın temyizen incelenerek bozulmasını istemektedir.

Davacının 2003 yılı terfi döneminde 4. sınıf Emniyet Müdürlüğü rütbesine terfi ettirilmemesine ilişkin işlemin iptali istemiyle açılan davada, dava konusu işlemin iptali yolunda İstanbul 5. İdare Mahkemesince verilen 31.5.2004 günlü, E:2003/825, K:2004/719 sayılı kararın; Danıştay Onikinci Dairesinin 26.4.2006 günlü E:2004/4238, K:2006/1708 sayılı

kararıyla onanmasına karar verildiği 23.6.2008 günlü ve K:2008/3916 sayılı kararıyla da karar düzeltme isteminin reddedildiği görülmektedir.

Bu durumda, davacının 2003 yılı terfi döneminden geçerli olmak üzere 4. sınıf emniyet müdürlüğü rütbesine terfi edeceği, bu nedenle 2005 yılı terfi döneminde bir üst rütbeye terfi ettirilmemesine ilişkin işleme karşı açılan bu davanın konusunun kalmadığı açık olduğundan İdare Mahkemesi kararına bu nedenle ve bu aşamada isabet bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle, davalı idarenin temyiz isteminin kabulü ile İstanbul 5. İdare Mahkemesinin 12.10.2006 günlü E:2005/1433, K:2006/2280 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 17.11.2008 tarihinde oy birliği ile karar verildi.

T.C.

DANIŞTAY

Onikinci Daire

Esas No : 2007/2831

Karar No : 2008/7006

Özeti : Öğretmen olan davacının, 657 sayılı Yasa'nın 125/B-c maddesi uyarınca, kınama cezası ile cezalandırılmasına ilişkin işlemin iptali istemiyle açılan davanın, esasının incelenemeyeceği gerekçesiyle reddi hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan (Davacı): ...

Karşı Taraf : Gaziantep Valiliği

İsteğin Özeti : Öğretmen olarak görev yapan davacının 657 sayılı Yasanın 125/B-c maddesi uyarınca kınama cezasıyla cezalandırılmasına ilişkin işlemin iptali istemiyle açılan davada; dava konusu işleme karşı yargı yolunun kapalı olduğu, uyumsuzluğun esasını inceleme olanağı bulunmadığı gerekçesiyle davanın incelenmeksizin reddi yolunda Gaziantep 2. İdare Mahkemesince verilen 28.12.2006 tarih, E:2006/589, K:2006/3159 sayılı kararın dilekçede yazılı nedenlerle 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 49. maddesi uyarınca temyizen incelenerek bozulması isteminden ibarettir.

Savunmanın Özeti : Savunma verilmemiştir.

Danıştay Tetkik Hakimi : Mustafa Kuş

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 : Nazmiye Kılıç

Düşüncesi : Uyuşmazlık; öğretmen olarak görev yapan davacının, 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 125. maddesinin B bendi uyarınca Kınama cezasıyla cezalandırılmasına ilişkin işlemde doğmuştur. İdare Mahkemesince kınama cezalarına karşı yargı yolunun kapalı olduğundan bahisle davanın incelenmeksizin reddine karar verilmiştir.

2709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının, Temel Hak ve Ödevler Kısımının, Kişinin Hakları ve Ödevleri Bölümünde yer alan "Hak Arama Hürriyeti" başlıklı 36. maddesinin 1. fıkrasında, "Herkes meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir", 90. maddesinde, "...Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası antlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine

başvurulamaz. (5170 sayılı kanunun 7.maddesi ile ek cümle:)Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası antlaşma hükümleri esas alınır., "125. maddesinde, "İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır...", 129. maddesinin 3. paragrafında, " Uyarma ve kınama cezalarıyla ilgili olanlar hariç disiplin kararları yargı denetimi dışında bırakılamaz" kuralları getirilmiştir. Yani Anayasanın 129. maddesi ile, uyarma ve kınama cezalarına karşı yargı yolu kapatılmamış, kapatılmasına imkan verilmiştir. Temel Hak ve Hürriyetlerin, Anayasanın 13. maddesi uyarınca Anayasanın sözüne ve ruhuna uygun olarak ancak kanunla sınırlandırılabilceği de çok açıktır.

657 sayılı Devlet Memurları Kanunun 135. maddesinde, disiplin amirleri tarafından verilen uyarma ve kınama cezalarına karşı itirazın varsa bir üst disiplin amirine, yoksa disiplin kurullarına yapılabileceği, aylıktan kesme, kademe ilerlemesinin durdurulması ve devlet memurluğundan çıkarma cezalarına karşı idarî yargı yoluna başvurulabileceği, 136. maddesinin 4. fıkrasında ise, itiraz edilmeyen kararlar ile itiraz üzerine verilen kararların kesin olup bu kararlar aleyhine idari yargı yoluna başvurulamayacağı belirtilerek bu tür (uyarma ve kınama) cezalarına karşı yargı yolu kapatılmıştır. Ancak, 657 sayılı yasa kapsamı dışında kalan, diğer pek çok kamu görevlilerine ilişkin özel yasal düzenlemelerde bu tür cezalara karşı yargı yolu kapatılmamış, ilgili personele uyarma ve kınama cezalarına karşı yargı mercileri önünde hakkını arama ve bu tür idari işlemlerin hukuka uygunluğunu denetleme imkanı verilmiştir. Anayasanın 10. maddesinde ifadesini bulan Kanun Önünde Eşitlik ilkesi gereğince; tüm vatandaşların hiç bir ayırım gözetilmeden kanun önünde eşit bulundukları, devlet organları ve idare makamlarının bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun şekilde hareket etmek zorunda oldukları da tartışma götürmez bir kural olduğundan, 657 sayılı yasaya tabi memurlar aleyhine bu konuda Anayasanın özüne ve ruhuna aykırı bir sınırlama getirildiği fikri de kuvvet kazanmıştır.

Ayrıca; akit devlet olmamız nedeniyle ülkemiz açısından da bağlayıcılığı bulunan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin Adil Yargılanma Hakkını düzenleyen 6. maddesinde "Herkes, gerek medeni hak ve yükümlülükleriyle ilgili nizalar, gerek cezai alanda kendisine yöneltilen suçlamalar konusunda karar verecek olan, yasayla kurulmuş, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından davasının makul bir süre içinde, hakkaniyete uygun ve açık olarak görülmesini isteme hakkına sahiptir...", Etkili Başvuru Hakkı başlıklı 13.maddesinde; "Bu sözleşmede tanınmış olan hak ve özgürlükleri ihlal edilen herkes, ihlal fiili resmi görev yapan kimseler tarafından bu sıfatlarına dayanılarak yapılmış olsa da, ulusal bir makama etkili bir başvuru yapabilme hakkına sahiptir.", hükümleri yer almaktadır. Yine, Sözleşmenin ayrımcılık yasağı başlıklı 14. maddesinde de, bu sözleşmede tanınan hak ve özgürlüklerden yararlanmanın hiç bir ayrımcılık yapılmadan sağlanacağı ifade edilmiştir.

Birleşmiş Milletler İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına İlişkin Sözleşmenin yukarıda bahsedilen hükümleri ile uyarma ve kınama cezalarına karşı iç hukukta sadece 657 sayılı Devlet Memurları Kanununa bağlı kamu görevlileri açısından yargı yolunu kapayan 657 sayılı Yasanın 135. ve 136/4. maddesi hükümlerinin; aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle, devletin tüm organlarını bağlayacağı tartışmasız bulunan Anayasanın 90. maddesi uyarınca,Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin bu davada çözüme esas alınması gereken hukuk kuralı olduğu sonucuna ulaşılmıştır.

Bütün bu değerlendirmeler sonucunda, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi hükümleriyle farklı içerik taşıyan 657 sayılı yasanın 135. ve 136./4 maddelerinin uygulanması yerine Sözleşme hükümlerinin esas alınarak 657 sayılı yasaya tabi personel açısından da uyarma ve kınama cezalarına karşı dava açılabilceği kanısıyla, idare mahkemesince işin esasına girilerek bir karar verilmesi gerektiğinden, davanın incelenmeksizin reddi yolunda verilen idare mahkemesi kararının bozulması gerektiği düşünülmüştür.

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. Gaziantep 2. İdare Mahkemesince verilen 28.12.2006 tarih, E:2006/589, K:2006/3159 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 19.12.2008 tarihinde oy birliği ile karar verildi.

T.C.

DANIŞTAY

Onikinci Daire

Esas No : 2007/2918

Karar No : 2008/7008

Özeti : Doktor olarak görev yapan davacının, 657 sayılı Yasa'nın 125/C-b maddesi uyarınca 1/30 oranında aylıktan kesme cezası ile cezalandırılmasına ilişkin işleme karşı yaptığı itirazın, dava süresini durdurmayacağı hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan (Davacı): ...

Karşı Taraf : Antalya Valiliği

İsteğin Özeti : Doktor olarak görev yapan davacının 657 sayılı Yasanın 125/C-b maddesi uyarınca 1/30 oranında aylıktan kesme cezasıyla cezalandırılmasına ilişkin 9.10.2006 tarihli işlemin iptali istemiyle açılan davada; aylıktan kesme cezasına karşı yapılan itirazın 2577 sayılı Yasanın 11. maddesi kapsamında bulunmadığı, işlemeye başlayan yasal dava açma süresini durdurmayacağı, davada süre aşımı bulunduğu gerekçesiyle davanın süre aşımı nedeniyle reddi yolunda Antalya 2. İdare Mahkemesince verilen 15.3.2007 tarih, E:2007/453, K:2007/415 sayılı kararın dilekçede yazılı nedenlerle 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 49. maddesi uyarınca temyizen incelenerek bozulması isteminden ibarettir.

Savunmanın Özeti : Savunma verilmemiştir.

Danıştay Tetkik Hakimi : Mustafa Kuş

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. Antalya 2. İdare Mahkemesince verilen

15.3.2007 tarih, E:2007/453, K:2007/415 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 19.12.2008 tarihinde oy birliği ile karar verildi.

ONÜÇÜNCÜ DAİRE KARARLARI

BELEDİYE İŞLERİ

T.C.
DANIŞTAY
Onüçüncü Daire
Esas No : 2007/1174
Karar No : 2008/6763

Özeti : 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu'nda açık teklif usulüyle yapılabileceği öngörülen ihalelerde istekli çıkmadığı, isteklilerin belgeleri veya son teklifleri uygun görülmediği takdirde, yeniden aynı usulle ihale açılacağı veya idare yararı görüldüğü takdirde işin pazarlık usulüyle yaptırılabilceği kurala bağlandığından, davacının ihalesine katılıp teklif verdiği taşınmazın açık teklif usulüne göre yapılan ihalesinin onaylanmaması üzerine, sebepleri açıkça ortaya konulmaksızın pazarlık suretiyle ihaleye çıkarılmasına karar verilmesinde ve daha sonra pazarlık usulü de uygulanmayarak takas suretiyle bir başka taşınmazı satın almış olan kişiye devredilmesinde hukuka uyarlık bulunmadığından, iptali istemiyle açılan davayı reddeden mahkeme kararının bozulması hakkında.

Temyiz Eden : ...
Karşı Taraf : Narman Belediye Başkanlığı
Vekili : Av. ...

İstemnin Özeti : Erzurum İdare Mahkemesi'nce verilen 25.12.2003 tarih ve E:2003/944, K:2003/1791 sayılı kararın; davacı tarafından 10.07.2002 tarihli ihaleye katılarak ... Blok ... no'lu daire için 12.500 YTL teklif verildiği halde, Mahkeme kararında 10.000 YTL teklif verildiğinin belirtilmesinin eksik inceleme yapıldığını gösterdiği, anılan ihalenin iptalinin kendisine tebliğ edilmediği ve bu nedenle bu işleme karşı dava açılmadığı gerekçesinin kabul edilemeyeceği, söz konusu ihalede teklif edilen 20.000 YTL'lik bedelin dahi hadde layık görülmediği halde sonradan ... adlı şahsa pazarlık usulü ile 15.000 YTL bedelle ... Blok ... no'lu taşınmazın satıldığı, bu taşınmazın ise önce 18.11.2002 tarihli encümen kararı ile ... Blok ... No'lu daire ile ve daha sonra da ... Blok ... no'lu dava konusu taşınmaz ile takas edildiği, 2886 sayılı Kanun'da takas yapılabileceğini öngören bir hüküm bulunmadığı, takas işleminin sebebi olarak gösterilen ... Blok'ta öğrenci yurdu yapılmasına ilişkin olarak ise herhangi bir resmi karar alınmadığı ileri sürülerek bozulması istenilmektedir.

Savunmanın Özeti: Savunma verilmemiştir.

Danıştay Tetkik Hâkimi Burcu SİNOPLU'nun Düşüncesi: Temyize konu mahkeme kararının bozulması gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı Metin ÇETİNKAYA'nın Düşüncesi: İdare ve vergi mahkemelerince verilen kararların temyizden 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 Hâkiminin açıklamaları dinlendikten ve dosyadaki belgeler incelendikten sonra işin gereği görüldü:

Dava, Narman Belediye Encümeni'nce 10.07.2002 tarihinde yapılan ihalede satışa çıkarılıp teklifi yeterli görülmediği için 2886 sayılı Kanun'un 43. ve 49. maddeleri uyarınca pazarlık usulü ile satışına karar verilen taşınmazın davacıya satışı isteminin reddine ilişkin 11.06.2003 tarih ve 351 sayılı işlemin ve bu işlemin gerekçesini oluşturan takas işleminin iptali istemiyle açılmış, İdare Mahkemesi'nce; davacı tarafından 19.06.2002 tarihinde açık teklif usulü ile yapılan ihaleye ... Blok ... no'lu dairenin satın alınması amacı ile katılımda bulunulduğu, ancak yapılan ihalede yeterli rekabetin oluşmadığı ve teklif edilen bedellerin düşük görüldüğü gerekçesiyle davalı idare tarafından ihalenin iptaline ve ihalenin pazarlık usulü ile yapılmasına karar verildiği, anılan işleme karşı herhangi bir iptal davası açılmadığı, bu arada pazarlık usulü ile ... Blok ... No'lu dairenin ... isimli kişiye satıldığı, ... Blok'un davalı idare tarafından öğrenci yurdu yapılmasına karar verilmesi üzerine davacının almak istediği ... Blok ... no'lu daire ile ... Blok ... no'lu dairenin takas yapılmak sureti ile ... isimli kişiye devredildiği, bu itibarla, usulüne uygun olarak pazarlık usulü ile yapılan satış ve takas işleminden bir hayli vakit geçtikten sonra tesis edilen davacı isteminin reddine ilişkin dava konusu işlemde herhangi bir hukuka aykırılık görülmediği gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiş olup; bu karar davacı tarafından temyiz edilmiştir.

2886 sayılı Devlet İhale Kanunu'nun 1. maddesinde belediyeye ait taşınmazların alım satımının bu kanuna tabi olduğu belirtilmiş, Kanun'un 36. maddesinde bu Kanunun 1. maddesinde yazılı işlere ilişkin ihalelerde, tekliflerin gizli olarak verilmesini sağlayan kapalı teklif usulünün esas olduğu, ancak 45. maddede gösterilen işlerin açık teklif usulüyle yapılabileceği öngörülmüştür. Kanun'un 49. maddesinde de açık teklif usulüyle yapılan ihalelerde istekli çıkmadığı, isteklilerin belgeleri veya son teklifleri uygun görülmediği takdirde, yeniden aynı usulle ihale açılacağı, veya idare yararı görüldüğü takdirde, ihalenin bitiş tarihinden itibaren 15 gün içinde işin 43. maddenin ikinci fıkrasında belirtilen esaslar dahilinde pazarlık usulüyle yaptırılabilmesi hükmüne bağlanmıştır. Kanun'un 43. maddesinin ikinci fıkrasında ise, işin pazarlığa bırakılması halinde şartnamede belirtilen nitelik ve şartların aynen muhafazasının zorunlu olduğu hükmüne yer verilmiştir.

Dosyanın incelenmesinden ... Blok ... no'lu taşınmazın 10.07.2002 tarihinde 2886 sayılı Kanun'un 45. maddesi uyarınca açık teklif usulü ile ihaleye çıkarıldığı, davacının da anılan ihaleye katıldığı ancak fiyatların günün şartlarına uygun olmadığı ve haddi layık görülmediği gerekçesiyle ihalenin yapılmamasına ve 2886 sayılı Kanun'un 43. ve 49. maddelerinin uygulanmasına ihale komisyonunca karar verildiği, 17.07.2002 tarihli dilekçeyle ... isimli kişinin ... Blok ... no'lu daireyi pazarlık usulüyle satın almak için idareye başvurduğu, aynı tarihli Encümen kararı ile ... Blok ... no'lu dairenin anılan şahsa satıldığı, daha sonra ... tarafından tekrar idareye başvurularak ... Blok ... no'lu dairenin aynı vasıfta başka bir daireyle değiştirme istemi kabul edilerek 18.11.2002 tarih ve 103 sayılı Encümen kararıyla bu taşınmazın ... Blok ... no'lu daireyle takas edildiği, ancak ... Blok'ta idare tarafından öğrenci yurdu yapılmasının istenmesi sebebiyle ...'a 13.03.2003 tarihli yazının gönderilerek istemesi halinde eşdeğer bir başka daireyle takas yapılabileceğinin idarece bildirildiği, 18.03.2003 tarihli dilekçeyle ... Blok ... no'lu daireyi almak istediğini bildirmesi üzerine 19.03.2003 tarih ve 17 sayılı Encümen kararıyla bu dairenin ...'a verilmesine karar verildiği, davacının ise, 04.06.2003 tarihli dilekçesiyle ... Blok ... no'lu lojmanın kendisine satılması istemiyle davalı idareye başvurduğu, 11.06.2003 tarih ve 351 sayılı işlem ile

başvurusunun reddi üzerine söz konusu işlemin ve usulsüz olarak yapıldığı ileri sürülen takas işleminin iptali istemiyle bu davayı açtığı anlaşılmıştır.

Kanun'un 45. maddesine göre açık teklif usulüne göre yapılacak ihale yoluyla satışına karar verilen bir taşınmazın 49. maddeye göre yeniden aynı usulle ihaleye çıkmasının esas olduğu, ancak idare yararı görülmesi halinde ihalenin bitiş tarihinden itibaren 15 gün içinde istisnai olarak pazarlık usulüyle satışa çıkarılabilmesinin mümkün kılındığı görülmektedir. Daha önce açık teklif usulüyle ihaleye çıkmış olan taşınmazların ise, ihale yapılmayarak pazarlık usulüne bırakılması ve sonra pazarlık usulüyle de satılmayarak takas yoluyla bir başka kişiye devredilmesi mümkün değildir. Şartnamede belirtilen nitelik ve şartların aynen muhafazasını zorunlu tutan hüküm de bu nedenle getirilmiştir. Nitekim, 2886 sayılı Kanun'da da daha önce ihaleye çıkarılmış olan taşınmazların takas yoluyla devrine olanak tanıyan bir düzenleme bulunmamaktadır.

Bu durumda, davacının ihalesine katılıp teklif verdiği ... Blok ... no'lu taşınmazın açık teklif usulüne göre yapılan ihalesinin onaylanmaması üzerine sebepleri açıkça ortaya konulmaksızın pazarlık suretiyle ihaleye çıkarılmasına karar verilmesinde ve daha sonra, pazarlık usulü de uygulanmayarak takas suretiyle bir başka taşınmazı satın almış olan kişiye devredilmesinde, açıkça 2886 sayılı Kanuna aykırılık bulunduğu ve bu işlemin iptali gerekmektedir.

Davacının anılan taşınmazın kendisine satılması istemiyle yaptığı başvurusunun reddine ilişkin işlem ise, taşınmazın ihale yapılmadan satışına olanak bulunmaması nedeniyle sonucu itibarıyla uygun olmakla beraber işlemin sebep unsuru yönünden hukuka uygun bulunmamıştır.

Açıklanan nedenlerle, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 49. maddesi uyarınca, Erzurum İdare Mahkemesi'nin 25.12.2003 tarih ve E:2003/944, K:2003/1791 sayılı kararının bozulmasına, yeniden bir karar verilmek üzere dosyanın anılan Mahkemeye gönderilmesine, 13.10.2008 tarihinde oybirliği ile karar verildi.

T.C.

DANIŞTAY

Onüçüncü Daire

Esas No : 2008/3526

Karar No : 2008/6807

Özeti : 5393 sayılı Belediye Kanunu'nun 18. maddesinin (e) bendi uyarınca, belediyelere ait taşınmazların satışı konusunda karar verme yetkisinin esas olarak belediye meclisi'ne ait olduğu, yasanın açık bir biçimde izin vermesi halinde yetkinin sınır ve kapsamı belirtilerek devredilebileceği, bu yetkinin sınırları açıkça belirtilmeksizin belediye encümeni'ne devrinde hukuka uyarlık bulunmadığı hakkında.

Temyiz Eden (Davalı) : Bingöl Belediye Başkanlığı

Vekili : Av. ...

Temyiz Eden (Davalı Yanında Müdahiller): 1-... 2- ... 3- ...

Vekili : Av. ...

Karşı Taraf (Davacı): ...

Vekili : Av. ...

İstemin Özeti : Elazığ İdare Mahkemesi'nce verilen 05.02.2008 tarih ve E:2006/2455, K:2008/216 sayılı kararın; 2886 sayılı Kanun'un 18. maddesinde ihale ilânında

bulunması gereken hususların sayma suretiyle belirtildiği, anılan madde kapsamında sayılmayan bir hususa ihale ilanında yer verilmemesinin ihale işlemini sakatlayıcı bir yönü bulunmadığı ileri sürülerek bozulması istenilmektedir.

Savunmanın Özeti: Savunma verilmemiştir.

Danıştay Tetkik Hâkimi Şehnaz GENÇAY KARABULUT'un Düşüncesi : 5393 sayılı Kanun'un 18. maddesinin (e) bendi uyarınca, belediyelere ait taşınmazların satışı konusunda karar verme yetkisi Belediye Meclisine ait olup, bu yetkinin sınırları açıkça belirtilemeksizin devri mümkün olmadığından, yetki yönünden hukuka aykırı Belediye Meclisi kararına istinaden yapılan ihalede hukuka uyarlık bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenle, dava konusu ihale işleminin iptaline karar veren İdare Mahkemesi kararının belirtilen gerekçeyle onanmasına karar verilmesi gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı Ünal DEMİRCİ'nin Düşüncesi: İdare ve vergi mahkemelerince verilen kararların temyizden 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 Hâkiminin açıklamaları dinlendikten ve dosyadaki belgeler incelendikten sonra, dosyanın tekemmül ettiği anlaşıldığından, yürütmenin durdurulması istemi görüşülmeksizin işin esasına geçildi, gereği görüldü:

Dava, mülkiyeti Bingöl Belediye Başkanlığı'na ait Bingöl, Merkez, Yenişehir Mah. ... ada, ... pafta, ...parsel sayılı taşınmaz arsa üzerinde A ve B blok bodrum + 4 kat, C blok bodrum + 2 kattan oluşan ve kat mülkiyetine tabi 91 bağımsız bölümlük taşınmazın blok olarak satılmasına ilişkin 02.11.2006 tarihli ihale komisyonu kararının iptali istemiyle açılmış, İdare Mahkemesince; 2886 sayılı Kanun'un 2.maddesinde ihalelerde açıklık ve rekabetin sağlanmasının esas olduğunun kurala bağlandığı, anılan ilkenin, hem idareler tarafından yapılacak ihalelerin şeffaflığını sağlamak hem de isteklilerin talip olacakları ihaleyle ilgili bilgi sahibi olmaları amacına hizmet edeceği, bu hususlar çerçevesinde uyuşmazlık konusu olay değerlendirildiğinde, ödeme şekli ile ilgili hususların ihale ilânında yer almamasına rağmen şartnamede ihale bedelinin %50'lik kısmının 15 gün içinde peşin, geri kalan %50'lik kısmının ise 90 gün içinde ödenebileceğinin belirtilmesinin ihaleye katılımı etkileyecek nitelikte olduğu, bu durumda, Kanunda belirtilen esaslara uygun olmaksızın alınan ihale komisyonu kararında hukuka uyarlık görülmediği gerekçesiyle dava konusu işlemin iptaline karar verilmiş, bu karar davalı idare ile müdahil vekillerince temyiz edilmiştir.

Dosyanın incelenmesinden; Bingöl Belediye Meclisi'nin 02.10.2006 tarih ve 65 sayılı kararıyla, Belediyeye ait olan ve satışına ihtiyaç duyulan tüm gayrimenkullerin satışı konusunda Belediye Encümenine yetki verildiği, verilen bu yetkiye istinaden, Belediye Encümeninin 10.10.2006 tarih ve 250 sayılı kararıyla, mülkiyeti Belediyeye ait Merkez, Yenişehir Mah. ... ada, ... pafta, ... parsel sayılı taşınmaz arsa üzerinde A ve B blok bodrum + 4 kat, C blok bodrum + 2 kattan oluşan işhanının 2886 sayılı Kanun'u 35. maddesi uyarınca satışına karar verildiği, yapılan ihale sonucunda da dava konusu edilen ihale komisyonu kararıyla sözü edilen taşınmazın ihalede en yüksek teklifte bulunan ... ve ortaklarına satışının yapıldığı anlaşılmaktadır.

Bingöl Belediye Meclisi'nin 02.10.2006 tarih ve 65 sayılı kararıyla, Belediyeye ait olan ve satışına ihtiyaç duyulan tüm gayrimenkullerin satışı konusunda Belediye Encümenine yetki devri yapıldığı, bu yetki devrine dayanılarak Belediye Encümenince uyuşmazlık konusu

taşınmazın ihale ile satışına karar verildiği hususu dikkate alındığında, öncelikle, yetki devrinin niteliğinin ve kapsamının belirlenmesi gerekmektedir.

5393 sayılı Belediye Kanunu'nun 18. maddesinin (e) bendinde; taşınmaz mal alımına, satımına, takasına, tahsisine, tahsis şeklinin değiştirilmesine veya tahsisli bir taşınmazın kamu hizmetinde ihtiyaç duyulmaması halinde tahsisinin kaldırılmasına; üç yıldan fazla kiralanmasına ve süresi otuz yılı geçmemek kaydıyla bunlar üzerinde sınırlı aynı hak tesisine karar vermek Belediye Meclisinin görev ve yetkileri arasında sayılmıştır.

Görüldüğü üzere, Kanunla Belediye Meclisine verilen ve kural olarak devredilemeyen yetkilerin, yasanın açık bir biçimde buna izin vermesi halinde, sınır ve kapsamı açıkça belirtilerek devredilebileceği tartışmasızdır.

Ancak, karar alma sürecinde asıl yetki sahibi olan Belediye Meclisinin ayda bir kez toplanabilecek olması ve Meclisin yüklendiği görevlerin etkin ve süratli bir şekilde yerine getirilmesi gerekliliği karşısında, Belediye Meclisinin Kanunla kendisine görev olarak verilen konulardaki yetkisini ancak, sınır ve kapsamını açıkça belirterek devredilebileceğinin kabulü gerekmektedir.

Bu bağlamda, Belediye Meclisinin 02.10.2006 tarih ve 65 sayılı kararı incelendiğinde, Belediyeye ait olan ve satışına ihtiyaç duyulan tüm gayrimenkullerin satış konusunda Belediye Encümenine yetki verilmesine karar verildiği anlaşılmakta olup, bu taşınmazların ada ve parsel numaraları belirtilmeksizin, tüm taşınmazların satış konusunda yapılan yetki devrinin, sınırları açıkça belirlenen bir yetki devri niteliği taşımadığı, diğer bir ifadeyle, Belediyeye ait tüm taşınmazların satış konusunda her türlü kararı alabilmeye yönelik yetki devrinin, yetkinin sınırlarının belirlenmesi suretiyle devredilmesi ilkesi ile amaçlanan hukuki ve kamusal yararları aşar nitelikte olduğu sonucuna varılmıştır.

Bu itibarla, hukuka aykırı olan Belediye Meclisi kararına istinaden yapılan ihale ile ihaleyi sonuçlandıran ihale komisyonu kararında hukuka uyarlık bulunmadığından, İdare Mahkemesi'nce dava konusu işlemin iptaline karar verilmesinde sonuç olarak hukuka aykırılık görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle, temyize konu Elazığ İdare Mahkemesi'nce verilen 05.02.2008 tarih ve E:2006/2455, K:2008/216 sayılı kararında, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 49. maddesinin 1. fıkrasında sayılan bozma nedenlerinden hiçbirisi bulunmadığından, bozma istemi yerinde görülmeyle anılan Mahkeme kararının belirtilen gerekçe ile onanmasına, dosyanın adı geçen Mahkeme'ye gönderilmesine 15.10.2008 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

T.C.
DANIŞTAY
Onüçüncü Daire

Esas No : 2007/4476

Karar No : 2008/6874

Özeti : Belediyenin mülkiyetindeki taşınmazın, 2886 sayılı Kanun'un 51. maddesinin (g) bendi uyarınca, pazarlık usulü ile turizm amaçlı tesis yapılmak ve işletilmek üzere mülkiyetten gayri aynı hak tesis edilmek suretiyle, (daimi ve sürekli üst hakkı kurulmak suretiyle) 30 yıllığına kiralanmasına ilişkin belediye encümeni kararını, belediyelere ait taşınmazların "Devletin özel mülkü" ve "Devletin hüküm ve tasarrufu altındaki yer" lerden olmadığı, bu nedenle 2886 sayılı Yasa'nın 51/g maddesi

kapsamında kiralanmasının, trampasının ve mülkiyetin gayri ayni hak tesisi yoluyla devrinin, olanaklı olmadığı gerekçesiyle, iptal eden mahkeme kararının hukuka uygun olduğu hakkında.

Temyiz Eden (Davalı) :Manavgat Belediye Başkanlığı

Vekili : Av. ...

Karşı Taraf (Davacı) : ...

İstemin Özeti : Antalya 2. İdare Mahkemesi'nce verilen 31.10.2006 tarih ve E:2006/4, K:2006/1861 sayılı kararın; 2886 sayılı Kanun'un 51. maddesinin (g) bendinin bütün kamu kurum ve kuruluşları için uygulanacağı, anılan Kanunun 1. maddesinde kapsamın belirlendiği ve bu kapsama Belediyelerin de girdiği, maddede yer alan "devlet" kavramının genel olarak kamu kurum ve kuruluşlarını içerdiği, aynı maddede başka bentlerde "hazine" sözcüğünün kullanıldığı, bu nedenle 51/g bendinde kullanılan "devlet " sözcüğünün "hazine" manasında kullanılmadığı ileri sürülerek bozulması istenilmektedir.

Savunmanın Özeti: Davalı idarenin temyiz isteminin reddi gerektiği savunulmaktadır.

Danıştay Tetkik Hâkimi Zühal Aysun SUNAY'ın Düşüncesi: Temyize konu mahkeme kararının onanması gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı Ünal DEMİRCİ'nin Düşüncesi: Antalya İli Manavgat İlçesi Evrenseki Kasabası sınırları içinde Tapunun ... ada, ... parsel sayısında kayıtlı mülkiyeti davalı idareye ait taşınmazın üst hakkının 2886 sayılı Kanunun 51/g maddesi uyarınca 30 yıllığına kiraya verilmesine ilişkin 7.12.2005 gün ve 633 sayılı encümen kararı ile yapılan ihale işleminin iptali istemiyle açılan davada; idare mahkemesince, 2886 sayılı Kanunun 51/g maddesinde, pazarlık usulü ile kiralanması, trampası ve mülkiyetin gayri hak tesisi ile devri yapılabilecek yerlerin, Devletin özel mülkiyetindeki veya hüküm ve tasarrufu altındaki yerlerle sınırlı tutulduğunu, belediyenin özel mülkiyetinde olduğu çekişmesiz olan taşınmazın, pazarlık usulü uygulanmak suretiyle yapılan ihalesinde hukuka uyarlık bulunmadığı gerekçesiyle dava konusu işlemin iptaline karar verilmiş, davalı idare tarafından bu karar temyiz edilmiştir.

2886 sayılı Devlet İhale Kanununun "Kapsam" başlıklı 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 kanundaki yazılı hükümlere göre yürütüleceği belirtilmiş, aynı Kanunun ihale usullerinin sayıldığı 35. maddesinde ise, bu Kanunun 1. maddesinde yazılı işlerin ihalelerinde uygulanacak usuller arasında "pazarlık" usulü de sayılmış, pazarlık usulünde ihalenin usul ve esaslarının düzenlendiği 50. maddesinde de, bu usulün uygulanmasında 1. madde kapsamındaki idareler yönünden herhangi bir ayırımı yer verilmemiştir.

Anılan Kanunun "Pazarlık usulüyle yapılacak işler" başlıklı 51. maddesinde bu usulün uygulanacağı işler 17 bent halinde sayılmış olup, bu bentlerden (g) bendinde: "Kullanışlarının özelliği, idarelere yararlı olması, veya ivediliği nedeniyle kapalı veya açık teklif yöntemleriyle ihalesi uygun görülmeyen, Devletin özel mülkiyetindeki taşınır ve taşınmaz malların kiralanması, trampası ve mülkiyetin gayri ayni hak tesisi ile Devletin hüküm ve tasarrufu altındaki yerlerin kiralanması ve mülkiyetin gayri ayni hak tesisi" kuralına yer verilmiştir.

Yukarıdaki yer alan hükümlerinin birlikte değerlendirilmesinden, 2886 sayılı Kanunun belediyeleri de kapsadığı, pazarlık usulünün ihale usulleri arasında sayıldığı ve bu usulün kullanılmasında, Kanun kapsamındaki idareler yönünden bir ayırım yapılmadığı, bunun yerine Kanun kapsamındaki işleri esas alan bir ayırımın tercih edildiği sonucuna varılmaktadır.

Öte yandan, 2886 sayılı Kanunun 51. maddesinin (g) bendi bir bütün olarak irdelendiğinde anılan bentte yer alan "... idarelere ..." ibaresi ile bu Kanun kapsamına dahil tüm idarelerin kastedildiği, ancak, Kanun kapsamındaki idarelerin anılan bentte sayılan işlerin

ihalesinde pazarlık usulünü kullanabilmelerinin; taşınır veya taşınmaz malların kullanışlarının özelliği, idarelere yararlı olması veya ivediliği nedeniyle kapalı veya açık teklif yöntemleriyle ihalesinin uygun görülmemesi ölçütlerinden birinin varlığı şartına bağlandığı, Devletin özel mülkiyetindeki veya Devletin hüküm ve tasarrufu altındaki yerlerin kiralanması, trampası ve mülkiyetin gayri ayni hak tesisi söz konusu ise bu koşulların aranmayacağı kuşkusuzdur.

Bu durumda, belediyenin mülkiyetindeki taşınmaz üzerinde mülkiyetin gayri ayni hak tesisi ve kiralanması işinin pazarlık usulü ile ihalesi konusunda, 2886 sayılı Kanunun 51. maddesinde öngörülen şartlar yönünden değerlendirme yapılmak suretiyle bir karar verilmesi gerekirken, söz konusu taşınmazın Devletin özel mülkiyetindeki veya Devletin hüküm ve tasarrufu altındaki yerlerden olmadığından bahisle pazarlık usulü ile ihale edilemeyeceği yolunda verilen kararda hukuki isabet görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle temyiz isteminin kabulüyle idare mahkemesi kararının bozulmasına karar verilmesinin 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, Antalya İli, Manavgat İlçesi, Evrenseki Beldesi sınırları içerisinde yer alan ... ada ... parsel sayılı taşınmazın 2886 sayılı Kanunun 51. maddesinin (g) bendi uyarınca pazarlık usulü ile turizm amaçlı tesis yapılmak ve işletilmek üzere mülkiyetten gayri ayni hak tesis edilmek suretiyle (daimi ve sürekli üst hakkı kurulmak suretiyle) 30 yıllığına kiralanmasına ilişkin 07.12.2005 gün ve 633 sayılı Belediye Encümeninin kararının iptali istemiyle açılmış; İdare Mahkemesince, mülkiyeti belediyelere ait taşınmazların "Devletin özel mülkü" ve "Devletin hüküm ve tasarrufu altındaki yer" lerden (kayalar, tepeler, dağlar, kaynaklar, sahipsiz şeyler, akarsular, kıyılar v.b) olmadığından tartışmasız olduğu, bu nedenle belediyelere ait taşınmazların 2886 sayılı Yasa'nın 51. maddesinin (g) bendi kapsamında kiralanması, trampası ve mülkiyetin gayri ayni hak tesisi yoluyla devrinin olanaklı olmadığı, davalı Belediyeye ait ... ada ... parsel no'lu taşınmazın 2886 sayılı Yasa'nın 51/g maddesi uyarınca 30 yıllığına kiraya verilmesine ilişkin dava konusu ihale işleminde hukuka uyarlık bulunmadığı gerekçesiyle dava konusu işlemin iptaline karar verilmiş, anılan karar davalı idare vekilince temyiz edilmiştir.

Dava konusu işlemin yukarıda özetlenen gerekçeyle iptali yolundaki temyize konu Antalya 2. İdare Mahkemesi'nce verilen 31.10.2006 tarih ve E:2006/4, K:2006/1861 sayılı kararında, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 49.maddesinin birinci fıkrasında sayılan bozma nedenlerinden hiçbirisi bulunmadığından, bozma istemi yerinde görülmeyle anılan Mahkeme kararının onanmasına, dosyanın adı geçen Mahkemeye gönderilmesine 21.10.2008 tarihinde oyçokluğu ile karar verildi.

KARŞI OY

Dosyanın incelenmesinden, davanın, Antalya İli, Manavgat İlçesi, Evrenseki Beldesi sınırları içinde yer alan ... ada ... parsel sayılı taşınmazın 2886 sayılı Kanunun 51. maddesinin (g) bendi uyarınca pazarlık usulü ile turizm amaçlı tesis yapılmak ve işletilmek üzere mülkiyetten gayri ayni hak tesis edilmek suretiyle (daimi ve sürekli üst hakkı kurulmak suretiyle) 30 yıllığına kiralanmasına ilişkin 07.12.2005 gün ve 633 sayılı Belediye Encümeninin kararının iptali istemiyle açıldığı anlaşılmaktadır.

2886 sayılı Devlet İhale Kanunu'nun "Kapsam" başlıklı 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 kanundaki yazılı hükümlere göre yürütüleceği belirtilmiş, aynı Kanun'un ihale usullerinin sayıldığı 35. maddesinde ise, bu Kanunun 1. maddesinde yazılı işlerin ihalelerinde uygulanacak usuller arasında "pazarlık" usulü de sayılmış, pazarlık usulünde ihalenin usul ve esaslarının

düzenlendiği 50. maddesinde de bu usulün uygulanmasında 1. madde kapsamındaki idareler yönünden herhangi bir ayırıma yer verilmemiştir.

Anılan Kanun'un "Pazarlık usulüyle yapılacak işler" başlıklı 51. maddesinde bu usulün uygulanacağı işler 17 bent halinde sayılmış olup, bu işlerin sayıldığı bentlerden biri olan (g) bendinde ise, kullanışlarının özelliği, idarelere yararlı olması veya ivediliği nedeniyle kapalı veya açık teklif yöntemleriyle ihalesi uygun görülme, Devletin özel mülkiyetindeki taşınır ve taşınmaz malların kiralanması, trampası ve mülkiyetin gayri ayni hak tesisi ile Devletin hüküm ve tasarrufu altındaki yerlerin kiralanması ve mülkiyetin gayri ayni hak tesisinin pazarlık usulüyle yapılabileceği kurala bağlanmıştır.

Yukarıdaki Kanun hükümlerinin birlikte değerlendirilmesinden, 2886 sayılı Kanunun belediyeleri de kapsadığı, pazarlık usulünün ihale usulleri arasında sayıldığı ve bu usulün kullanılmasında, Kanun kapsamındaki idareler yönünden bir ayırım yapılmadığı, bunun yerine Kanun kapsamındaki işleri esas alan bir ayırımın tercih edildiği hususunda kuşkuya yer yoktur.

Öte yandan, 2886 sayılı Kanun'un 51. maddesinin (g) bendi bir bütün olarak irdelendiğinde anılan bentte yer alan "...idarelere ..." ibaresi ile bu Kanun kapsamına dahil tüm idarelerin kastedildiği ancak, Kanun kapsamındaki idarelerin anılan bentte sayılan işlerin ihalesinde pazarlık usulünü kullanabilmelerinin; taşınır veya taşınmaz malların kullanışlarının özelliği, idarelere yararlı olması, veya ivediliği nedeniyle kapalı veya açık teklif yöntemleriyle ihalesinin uygun görülmemesi ölçütlerinden birinin varlığı koşuluna bağlandığı, Devletin özel mülkiyetindeki veya Devletin hüküm ve tasarrufu altındaki yerlerin kiralanması, trampası ve mülkiyetin gayri ayni hak tesisi söz konusu ise bu koşulların aranmayacağı sonucuna ulaşılmaktadır.

Bu durumda, İdare Mahkemesince, belediyenin mülkiyetindeki taşınmaz üzerinde gayri ayni hak tesisi ve kiralanması işinin pazarlık usulü ile ihalesinin, 2886 sayılı Yasanın 51. maddesindeki koşullar yönünden değerlendirilerek bir karar verilmesi gerekirken, Devletin özel mülkiyetindeki veya Devletin hüküm ve tasarrufu altındaki yerlerden olmadığı ve bu nedenle de pazarlık usulü ile ihale edilemeyeceği gerekçesiyle verilen temyize konu kararda hukuka uyarlık bulunmadığından, temyize konu mahkeme kararının bozulması oyuyla karara katılmıyorum.

ELEKTRONİK HABER ARAÇLARI

T.C.
DANIŞTAY
Onüçüncü Daire
Esas No : 2007/6405
Karar No : 2008/6854

Özeti . Davacı Türk Telekomünikasyon A.Ş.'nin ... A.Ş.'ne ait işyerinde internet bağlantısı üzerinden ücret karşılığında telefon görüşmesi yaptırıldığından bahisle, işyeri hakkında 406 sayılı Kanun'un 18. maddesi uyarınca işlem yapılması isteminin reddine ilişkin, Kırıkkale Valiliği İl İdare Kurulu Müdürlüğü işleminin iptali istemiyle açılan davada, 406 sayılı Kanun'un 18. maddesi hükmü uyarınca öncelikle Telekomünikasyon Kurumu'na başvurulması ve mevzuata aykırılığın kurumca saptanması, kurumun

talebi üzerine de mülki amirlerce işyerinin kapatılarak faaliyetine son verilmesi gerektiğinden, davayı reddeden mahkeme kararının sonuç itibariyle hukuka uygun olması nedeniyle, belirtilen gerekçeyle onanması hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan : Türk Telekomünikasyon A.Ş.

Vekili : Av. ...

Karşı Taraf : Kırıkkale Valiliği

İstem Özet: Kırıkkale İdare Mahkemesi'nin 29.12.2006 tarih ve E:2005/1766, K:2006/1872 sayılı kararının; yasal olmayan yollardan ses taşındığı, 406 sayılı Kanun'un 18. maddesi uyarınca idarenin işlem tesis etmesi gerektiği ileri sürülerek bozulması istenilmektedir.

Savunmanın Özeti: Savunma verilmemiştir.

Danıştay Tetkik Hâkimi Ahmet EĞERCİ'nin Düşüncesi: 406 sayılı Kanun'un 18. maddesi, mülki amirlere doğrudan işyerinin kapatılarak faaliyetine son verilebilmesi hususunda işlem tesis etme yetkisi vermediğinden, davacının izinsiz ve ruhsatsız olarak telekomünikasyon tesisi kurarak faaliyet gösterdiği iddia edilen işyeri hakkında 406 sayılı Kanun'un 18. maddesi uyarınca işlem yapılması isteminin reddine ilişkin davalı idare işleminde hukuka aykırılık bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenle, temyiz isteminin reddi ile kararın belirtilen gerekçe ile onanmasına karar verilmesi gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı Ünal DEMİRCİ'nin 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 Hâkiminin açıklamaları dinlendikten ve dosyadaki belgeler incelendikten sonra işin gereği görüşüldü:

Dava, ... A.Ş.'ne ait işyerinde internet bağlantısı üzerinden ücret karşılığında telefon görüşmesi yaptırıldığından bahisle, işyeri hakkında 406 sayılı Kanun'un 18. maddesi uyarınca işlem yapılması isteminin reddine ilişkin Kırıkkale Valiliği İl İdare Kurulu Müdürlüğü'nün 08.09.2005 tarih ve 667 sayılı işleminin iptali istemiyle açılmış, İdare Mahkemesi'nce; 406 sayılı Kanun'un 18. maddesi uyarınca hakkında işlem yapılması istenilen ... A.Ş.'nin merkezinin Ankara'da olması nedeniyle ancak bulunduğu yer mülki amirince karar alınabileceğinden, bahse konu şirketle ilgili olarak davalı idare tarafından karar alınmamasında hukuka aykırılık bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiş, bu karar davacı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

406 sayılı Telgraf ve Telefon Kanunu'nun 18. maddesinin 1. fıkrasında, "2 nci maddenin (a) fıkrasına aykırı olarak imtiyaz sözleşmesi veya görev sözleşmesi yapılmaksızın telekomünikasyon tesisi kuran ve işletenlerin tesisleri Kurum'un talebi üzerine ilgili mülki amirlerce kapatılır ve işletmeye son verilir. Ayrıca failleri hakkında iki milyar liradan otuz milyar liraya kadar ağır para cezasına hükmolunur. Tekerrürü halinde failler hakkında altı aydan iki yıla kadar hapis ve dört milyar liradan altmış milyar liraya kadar ağır para cezası verilir." , 2. fıkrasında da, "2 nci maddenin (a) fıkrasına aykırı olarak genel izin ve ruhsat almaksızın telekomünikasyon hizmeti verenlerin tesisleri Kurum'un talebi üzerine ilgili mülki

amirlerce kapatılarak hizmetlerine son verilir. Tekerrürü halinde failleri hakkında ikiyüz milyon liradan üç milyar liraya kadar para cezasına hükmolunur" kuralları yer almıştır.

Bu bağlamda, davacı da; izinsiz ve ruhsatsız olarak telekomünikasyon tesisi kurarak faaliyet gösterdiğini iddia ettiği işyeri hakkında, 406 sayılı Kanun'un 18. maddesi uyarınca işlem tesis edilmesini doğrudan mülki amirden istemiştir. Ancak, 406 sayılı Kanun'un 18. maddesi, mülki amirlere doğrudan işyerinin kapatılarak faaliyetine son verilebilmesi hususunda işlem tesis etme yetkisi vermemektedir. Bu madde uyarınca, davacı başvurusuyla ilgili olarak mülki amirlerince işlem tesis edilebilmesi için, öncelikle Telekomünikasyon Kurumu'na başvurulması ve söz konusu mevzuata aykırılığın Kurum'ca saptanması, Kurum'un talebi üzerine de mülki amirlerince ilgili işyerinin kapatılarak faaliyetine son vermesi gerekmektedir.

Bu durumda, ... A.Ş. hakkında 406 sayılı Kanun'un 18. maddesi uyarınca işlem yapılması isteminin reddine ilişkin davalı idare işleminde hukuka aykırılık görülmediğinden, temyize konu İdare Mahkemesi kararı sonucu itibarıyla hukuka uygun bulunmaktadır.

Davanın yukarıda özetlenen gerekçeyle reddi yolundaki temyize konu Kırıkkale İdare Mahkemesi'nin 29.12.2006 tarih ve E:2005/1766, K:2006/1872 sayılı kararında sonucu itibarıyla 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 49. maddesinin 1. fıkrasında sayılan bozma nedenlerinden hiçbirisi bulunmadığından, bozma istemi yerinde görülmeyle anılan Mahkeme kararının yukarıda belirtilen değişik gerekçeyle onanmasına, dosyanın adı geçen Mahkeme'ye gönderilmesine, 21.10.2008 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

ENERJİ PİYASASI İŞLERİ

T.C. DANIŞTAY Onüçüncü Daire

Esas No : 2006/4709

Karar No : 2008/6762

Özeti : 5015 sayılı Petrol Piyasası Kanunu ve Petrol Piyasası Lisans Yönetmeliği uyarınca, davacı hakkında soruşturma açılması ve aykırılığın giderilmesi için süre verilmesi, giderilmediği takdirde öncelikle davacının faaliyetinin geçici bir süre durdurulması, davacının lisansının iptal edilebilmesi için öncelikle soruşturma açılması ya da ön araştırma ve soruşturma prosedürüne gerek olmadığı yönünde kurul kararı alınması ve mutlak surette davacının savunması alındıktan sonra işlem tesis edilmesi gerekirken, il özel idaresi yazısı üzerine belirtilen işlemler yapılmadan ve davacının savunması alınmadan lisansının iptaline ilişkin Enerji Piyasası Düzenleme Kurulu kararında, hukuka uyarlık bulunmadığı hakkında.

Davacı : ...

Vekili : Av. ...

Davalı : Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu

Vekili : Av. ...

Davanın Özeti : Davacının bayilik lisansının iptaline ilişkin Enerji Piyasası Düzenleme Kurulu'nun 11.05.2006 tarih ve 753-118 sayılı kararının; Haymana İlçesi, ... Köyünde 13.09.1988 tarihinden itibaren faaliyet gösterdiği, 5015 sayılı Petrol Piyasası Kanunu'nun yürürlüğe girmesi ile 08.12.2005 tarihinde bayilik lisansı alındığı, ilgili belediyece verilen 2. sınıf gayrisihhi müessese açma ruhsatının halen elinde olduğu, bu ruhsatın iptalinin söz konusu olmadığı ileri sürülerek iptali istenilmektedir.

Savunmanın Özeti : Davacının lisans başvurusu sırasında sunmuş olduğu İşyeri Açma ve Çalışma Ruhsatının Yurtbeyli Belediye Başkanlığı'nca iptal edildiğinin bildirilmesi üzerine bu belge dikkate alınarak verilen bayilik lisansının iptalinde hukuka aykırılık bulunmadığı, davanın reddi gerektiği savunulmaktadır.

Danıştay Tetkik Hâkimi Cengiz MASYAN'ın Düşüncesi : Dava, davacının bayilik lisansının iptaline ilişkin Enerji Piyasası Düzenleme Kurulu kararının iptali istemiyle açılmış olup, davalı idarece dava konusu işlem tesis edilirken 5015 sayılı Yasanın 20. maddesi uyarınca ön araştırma ve soruşturma yapılmadığı ve davacının savunması alınmadığı anlaşıldığından, dava konusu işlemin iptaline karar verilmesi gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı Ünal DEMİRCİ'nin Düşüncesi : Dava; davacının bayilik lisansının iptaline ilişkin Enerji Piyasası Düzenleme Kurulunun 11.05.2006 tarih ve 753/118 sayılı kararının iptali istemiyle açılmıştır.

4628 sayılı Elektrik Piyasası Kanununun "Kurulun petrol piyasası ile ilgili görevleri" başlıklı 5/B maddesinin (h) bendinde, Petrol Piyasası Kanunu hükümlerine, çıkarılan yönetmelik hükümlerine, Kurul tarafından onaylanan tarife ve Yönetmeliklere, lisans hüküm ve şartlarına ve Kurul kararlarına aykırı davranıldığı durumlarda, idari para cezası vermek ve lisansları iptal etmek Kurulun görevleri arasında sayılmıştır.

5015 sayılı Petrol Piyasası Kanununun (Kanun) 3. maddesinin onuncu fıkrasının (i) bendinde, lisans kapsamında olsun veya olmasın piyasa ile ilgili faaliyetlerin yönlendirilmesi, gözetimi, denetimi ve benzeri konulara ait usul ve esasların Kurumca çıkarılacak yönetmeliklerle düzenleneceği, 20. maddesinin 1. fıkrasında; lisans sahibi kişiler hakkında, bu Kanuna göre yürürlüğe konulmuş yönetmeliklere, Kurumun yazılı talimatlarına veya lisanslarına kayıtlı hususların herhangi birine riayet edilmediği takdirde, Kurum tarafından ön araştırma veya soruşturma başlatılacağı, ayrıca, ilgiliye onbeş gün içerisinde aykırılıkların giderilmesi, aksi halde bahse konu piyasa faaliyetlerinin geçici bir süre için durdurulabileceği veya doğrudan doğruya iptal yaptırımının uygulanacağını ihbar edileceği, bu ihbara rağmen onbeş günlük sürenin bitiminde aykırılıklar giderilmezse, Kurumun piyasa faaliyetini otuz günden az yüzseksen günden çok olmamak üzere geçici olarak durduracağı, geçici durdurma süresince, tehlikeli eylemin veya kötü niyetin veya ürünlerde zarar oluşmasının önlenmesi ile faaliyetin durdurulmasına neden olan durumun ortadan kaldırılmasına ilişkin faaliyetler dışında hiçbir piyasa faaliyetinin yapılamayacağı, lisans iptallerinin Kurumca yapılacak soruşturma neticesine göre karara bağlanacağı; 5. fıkrasında ise, bu Kanuna göre yapılan talep ve işlemlerde, kanuna karşı hile veya gerçek dışı beyanda bulunulduğunun tespiti halinde lisansın iptal olunacağı belirtilmiştir.

Aynı Kanunun 21. maddesinin 2. fıkrasında, ön araştırma ve soruşturmada takip edilecek usul ve esasların, Kurum tarafından yürürlüğe konulacak Yönetmelikle düzenleneceği kuralına yer verilmiştir.

Petrol Piyasasında Yapılacak Denetimler ile Ön Araştırma ve Soruşturmalarda Takip Edilecek Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmeliğin 19. maddesinin 1. fıkrasında, Kurulun resen veya kendisine intikal eden ihbar ve şikâyet üzerine, petrol piyasasında faaliyette bulunan gerçek ve tüzel kişilerin ilgili mevzuat hükümlerine aykırı faaliyet ve işlemleri nedeniyle, doğrudan soruşturma açılmasına ya da soruşturma açılmasına gerek olup olmadığının tespiti için ön araştırma yapılmasına karar vereceği; 20. maddesinde; ön araştırma raporunun, Başkan tarafından Kurul gündemine öncelikle alınacağı, Kurul'un, raporu değerlendirerek

soruşturma açılıp açılmamasına karar vereceği; 21. maddesinin 1. fıkrasında; doğrudan veya ön araştırma neticesinde soruşturma açılmasına karar verildiği takdirde Başkanın, soruşturmayı yürütmek üzere Daire Başkanlığını görevlendireceği, 3. fıkrasında; Daire Başkanlığınca, hakkında soruşturma açılan gerçek veya tüzel kişiye başlatılan soruşturma bildirilerek, varsa ilgili mevzuat hükümlerine aykırılığın onbeş günlük süre içinde giderilmesi gerektiği, aksi halde yapılmakta olan piyasa faaliyetinin geçici bir süre için durdurulabileceği veya lisansının doğrudan iptal edilebileceğinin ihbar edileceği; 23. maddesinin 1. fıkrasında; soruşturma yapmakla görevlendirilen Kurum personeli tarafından düzenlenen soruşturma raporunun, Daire Başkanlığına iletileceği, raporda ilgili mevzuat hükümlerine aykırılık tespit edilmiş olması halinde, raporun bir nüshasının daire başkanı tarafından hakkında soruşturma yapılan gerçek veya tüzel kişiye tebliğ edileceği, raporda, ihbar veya şikâyet sahiplerinin kimlikleri ile üçüncü kişilerin ticari nitelikli sırlarının korunması amacıyla gerekli önlemlerin alınacağı, 2. fıkrasında ise; soruşturma raporunun tebliğ yazısında, hakkında soruşturma yapılan gerçek veya tüzel kişiye otuz günlük süre verilerek, raporda tespit edilen hususlarla ilgili yazılı savunmasını Kuruma göndermesinin isteneceği, süresi içerisinde verilmeyen savunmanın dikkate alınmayacağı, hakkında soruşturma yapılan gerçek veya tüzel kişinin haklı gerekçeler göstermesi halinde bu sürenin bir kereye mahsus olmak üzere ve en çok bir katına kadar uzatılabileceği; 25. maddesinin 1. fıkrasında, petrol piyasasında faaliyette bulunan gerçek veya tüzel kişilerin ilgili mevzuat hükümlerine aykırı faaliyet ve işlemlerinden bu Yönetmelikte düzenlenen ön araştırma ve soruşturma prosedürüne gerek olmayacak derecede açık olduğu Kurul tarafından belirlenenler için, Daire Başkanlığı vasıtasıyla ilgili gerçek veya tüzel kişiye onbeş günden az olmamak üzere uygun bir süre verilerek yazılı savunmasının alınacağı, Daire Başkanının, ilgili gerçek veya tüzel kişinin yazılı savunmasını, kendi görüşüyle birlikte Başkanlığa sunacağı, Başkanın, konuyu Kurul gündemine öncelikle alacağı, 2. fıkrasında ise, Kurul'un, yazılı savunma ve konuya ilişkin Daire Başkanlığı görüşünü inceleyerek kararını vereceği; 26. maddesinde, ihbar ve şikâyet üzerine ya da yapılan denetimler sırasında; (a) alınan numunenin ilgili teknik düzenlemeye uymadığının analiz raporu ile tespit edilmesi halinde, (b) lisansa tabi bir piyasa faaliyetinin lisans alınmaksızın yapılmakta olduğunun tespit edilmesi halinde, herhangi bir ön araştırma veya soruşturma yapmaya ya da savunma almaya gerek olmaksızın Kurul tarafından 19 uncu madde hükümlerinin uygulanacağı kurala bağlanmıştır.

Dosyanın incelenmesinden, Enerji Piyasası Düzenleme Kurulu'nca 08.12.2005 tarih ve 15186 sayılı Kurul kararı ile verilen istasyonlu bayilik lisansı kapsamında ... Köyü Haymana-ANKARA adresinde faaliyet gösteren davacıya ait akaryakıt istasyonu ile ilgili olarak 5216 sayılı Büyükşehir Belediye Kanununun 7. maddesinin 2. fıkrasının (c) alt bendinin verdiği yetki çerçevesinde Haymana İlçesi Yurtbeyli Belediye Başkanlığı'nca verilen 2. sınıf işyeri açma ve çalışma ruhsatının, söz konusu akaryakıt istasyonunun Haymana İlçesi, Yurtbeyli Belediye Başkanlığının mücavir alanı dışında bulunduğu Ankara Valiliği İl Özel İdaresi Genel Sekreterliğinin denetim elamanlarınca yapılan denetimlerde tespiti üzerine, 5302 sayılı İl Özel İdaresi Kanununun 7/g maddesinin verdiği yetki uyarınca, söz konusu istasyona ruhsat verme yetkisinin İl Özel İdaresine ait olduğunun anlaşılması üzerine, İl Özel İdaresinin 13.03.2006 tarih ve 355 sayılı yazısı ile Yurtbeyli Belediyesi Başkanlığı'ndan ruhsatın iptal edilmesinin istendiği, adı geçen Belediyece ruhsatın iptal edilmesini müteakip İl Özel İdaresince Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu Başkanlığı'na gönderilen 29.03.2006 tarih ve 14/423 sayılı yazıda, Yurtbeyli Belediye Başkanlığı'nın 13.03.2006 tarih ve 2006/160 sayılı yazısında, ... adına verilen ruhsatın iptal edildiğinin bildirildiği, bu nedenle Kurum'ca verilen akaryakıt istasyonu lisans belgesinin iptal edilmesi gerektiğinin bildirilmesi üzerine, davacı hakkında herhangi bir ön araştırma veya soruşturma açılmadan ve savunma da alınmadan doğrudan doğruya bayilik lisansının iptal edildiği anlaşılmaktadır.

Bu durumda, İl Özel İdaresinin yazısı üzerine mevzuatta öngörülen prosedür işletilmeden, doğrudan lisans iptali yoluna gidilmesine dair Enerji Piyasası Düzenleme Kurulu kararında hukuka uyarlık görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle dava konusu Enerji Piyasası Düzenleme Kurulu kararının iptaline karar verilmesinin uygun olacağı düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Karar veren Danıştay Onüçüncü Dairesi'nce Tetkik Hâkiminin açıklamaları dinlendikten ve dosyadaki belgeler incelendikten sonra işin gereği görüldü:

Dava, davacının bayilik lisansının iptaline ilişkin Enerji Piyasası Düzenleme Kurulu'nun 11.05.2006 tarih ve 753-118 sayılı kararının iptali istemiyle açılmıştır.

4628 sayılı Elektrik Piyasası Kanunu'nun "Kurulun petrol piyasası ile ilgili görevleri" başlıklı 5/B maddesinin (h) bendinde, Petrol Piyasası Kanunu hükümlerine, çıkarılan yönetmelik hükümlerine, Kurul tarafından onaylanan tarife ve Yönetmeliklere, lisans hüküm ve şartlarına ve Kurul kararlarına aykırı davranıldığı durumlarda, idarî para cezası vermek ve lisansları iptal etmek Kurulun görevleri arasında sayılmıştır.

5015 sayılı Petrol Piyasası Kanunu'nun 3. maddesinin onuncu fıkrasının (ı) bendinde, lisans kapsamında olsun veya olmasın piyasa ile ilgili faaliyetlerin yönlendirilmesi, gözetimi, denetimi ve benzeri konulara ait usul ve esasların Kurumca çıkarılacak yönetmeliklerle düzenleneceği, 20. maddesinin 1. fıkrasında; lisans sahibi kişiler hakkında, bu Kanuna göre yürürlüğe konulmuş yönetmeliklere, Kurumun yazılı talimatlarına veya lisanslarına kayıtlı hususların herhangi birine riayet edilmediği takdirde, Kurum tarafından ön araştırma veya soruşturma başlatılacağı, ayrıca, ilgiliye onbeş gün içerisinde aykırılıkların giderilmesi, aksi halde bahse konu piyasa faaliyetlerinin geçici bir süre için durdurulabileceği veya doğrudan doğruya iptal yaptırımının uygulanacağını ihbar edileceği, bu ihbara rağmen onbeş günlük sürenin bitiminde aykırılıklar giderilmezse, Kurumun piyasa faaliyetini otuz günden az yüzseksen günden çok olmamak üzere geçici olarak durduracağı, geçici durdurma süresince, tehlikeli eylemin veya kötü niyetin veya ürünlerde zarar oluşmasının önlenmesi ile faaliyetin durdurulmasına neden olan durumun ortadan kaldırılmasına ilişkin faaliyetler dışında hiçbir piyasa faaliyetinin yapılamayacağı, lisans iptallerinin Kurumca yapılacak soruşturma neticesine göre karara bağlanacağı; 5. fıkrasında ise, bu Kanuna göre yapılan talep ve işlemlerde, kanuna karşı hile veya gerçek dışı beyanda bulunulduğunun tespiti halinde lisansın iptal olunacağı, hükmüne yer verilmiştir.

Aynı Kanunun 21. maddesinin 2. fıkrasında; ön araştırma ve soruşturmada takip edilecek usul ve esasların, Kurum tarafından yürürlüğe konulacak Yönetmelikle düzenleneceği kuralına yer verilmiştir.

Petrol Piyasasında Yapılacak Denetimler ile Ön Araştırma ve Soruşturmelerde Takip Edilecek Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik'in 19. maddesinin 1. fıkrasında, Kurulun resen veya kendisine intikal eden ihbar ve şikâyet üzerine, petrol piyasasında faaliyette bulunan gerçek ve tüzel kişilerin ilgili mevzuat hükümlerine aykırı faaliyet ve işlemleri nedeniyle, doğrudan soruşturma açılmasına ya da soruşturma açılmasına gerek olup olmadığının tespiti için ön araştırma yapılmasına karar vereceği, 20. maddesinde; ön araştırma raporunun, Başkan tarafından Kurul gündemine öncelikle alınacağı, Kurul'un, raporu değerlendirerek soruşturma açılıp açılmamasına karar vereceği, 21. maddesinin 1. fıkrasında; doğrudan veya ön araştırma neticesinde soruşturma açılmasına karar verildiği takdirde Başkanın, soruşturmayı yürütmek üzere Daire Başkanlığını görevlendireceği, 3. fıkrasında; Daire Başkanlığınca, hakkında soruşturma açılan gerçek veya tüzel kişiye başlatılan soruşturma bildirilerek, varsa ilgili mevzuat hükümlerine aykırılığın onbeş günlük süre içinde giderilmesi gerektiği, aksi halde yapılmakta olan piyasa faaliyetinin geçici bir süre için durdurulabileceği veya lisansının doğrudan iptal edilebileceğinin ihbar edileceği, 23. maddesinin 1. fıkrasında; soruşturma yapmakla görevlendirilen Kurum personeli tarafından düzenlenen soruşturma

raporunun, Daire Başkanlığına iletileceği, raporda ilgili mevzuat hükümlerine aykırılık tespit edilmiş olması halinde, raporun bir nüshasının daire başkanı tarafından hakkında soruşturma yapılan gerçek veya tüzel kişiye tebliğ edileceği, raporda, ihbar veya şikâyet sahiplerinin kimlikleri ile üçüncü kişilerin ticarî nitelikli sırlarının korunması amacıyla gerekli önlemlerin alınacağı, 2. fıkrasında ise; soruşturma raporunun tebliğ yazısında, hakkında soruşturma yapılan gerçek veya tüzel kişiye otuz günlük süre verilerek, raporda tespit edilen hususlarla ilgili yazılı savunmasını Kuruma göndermesinin isteneceği, süresi içerisinde verilmeyen savunmanın dikkate alınmayacağı, hakkında soruşturma yapılan gerçek veya tüzel kişinin haklı gerekçeler göstermesi halinde bu sürenin bir kereye mahsus olmak üzere ve en çok bir katına kadar uzatılabileceği düzenlenmiştir.

Aynı Yönetmeliğin Ön Araştırma ve Soruşturma Prosedürüne Gerek Olmayan Haller başlıklı 25. maddesinin 1. fıkrasında; petrol piyasasında faaliyette bulunan gerçek veya tüzel kişilerin ilgili mevzuat hükümlerine aykırı faaliyet ve işlemlerinden bu Yönetmelikte düzenlenen ön araştırma ve soruşturma prosedürüne gerek olmayacak derecede açık olduğu Kurul tarafından belirlenenler için, Daire Başkanlığı vasıtasıyla ilgili gerçek veya tüzel kişiye onbeş günden az olmamak üzere uygun bir süre verilerek yazılı savunmasının alınacağı, Daire Başkanının, ilgili gerçek veya tüzel kişinin yazılı savunmasını, kendi görüşüyle birlikte Başkanlığa sunacağı, Başkanın, konuyu Kurul gündemine öncelikle alacağı, 2. fıkrasında ise, Kurul'un, yazılı savunma ve konuya ilişkin Daire Başkanlığı görüşünü inceleyerek kararını vereceği belirtilmiştir.

Söz konusu Yönetmeliğin doğrudan para cezası uygulanabilecek haller başlıklı 26. maddesinde; "ihbar ve şikâyet üzerine ya da yapılan denetimler sırasında (a): alınan numunenin ilgili teknik düzenlemeye uymadığının analiz raporu ile tespit edilmesi halinde, (b): lisansa tabi bir piyasa faaliyetinin lisans alınmaksızın yapılmakta olduğunun tespit edilmesi halinde, herhangi bir ön araştırma veya soruşturma yapmaya ya da savunma almaya gerek olmaksızın Kurul tarafından 19 uncu madde hükümlerinin uygulanacağı," kuralına yer verilmiştir.

Petrol Piyasası Lisans Yönetmeliği'nin lisans başvurusu başlıklı 7. maddesinin 5. fıkrasının (d) bendinde, bayilik lisansları için; dağıtıcı lisansı sahipleriyle yapılmış bayilik sözleşmesi ve gayri sihhî müesseseler hakkında mevzuata göre verilmiş ikinci sınıf gayri sihhî müessese açılma ruhsatının bulunmasının gerektiği kurala bağlanmıştır.

Dosyanın incelenmesinden, Enerji Piyasası Düzenleme Kurulu'nca 08.12.2005 tarih ve 15186 sayılı Kurul kararı ile verilen istasyonlu bayilik lisansı kapsamında ... Haymana-ANKARA adresinde faaliyet gösteren davacıya ait akaryakıt istasyonu ile ilgili olarak 5216 sayılı Büyükşehir Belediye Kanunu'nun 7. maddesi 2. fıkrasının (c) alt bendinin verdiği yetki çerçevesinde Haymana ilçesi Yurtbeyli Belediye Başkanlığı'nca verilen 2. sınıf işyeri açma ve çalışma ruhsatının, söz konusu akaryakıt istasyonunun Haymana ilçesi, Yurtbeyli Belediye Başkanlığının mücavir alanı dışında bulunduğu Ankara Valiliği İl Özel İdaresi Genel Sekreterliğinin denetim elemanlarınca yapılan denetimlerde tespiti sonucu ve 5302 sayılı İl Özel İdaresi Kanunu'nun 7/g maddesinin verdiği yetki uyarınca , söz konusu istasyona ruhsat verme yetkisinin İl Özel İdaresine ait olduğunun anlaşılması üzerine, İl Özel İdaresinin 13.03.2006 tarih ve 355 sayılı yazısı ile Yurtbeyli Belediyesi Başkanlığı'ndan ruhsatın iptal edilmesinin istendiği, adı geçen Belediyece ruhsatın iptal edilmesinden sonra İl Özel İdaresince Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu Başkanlığı'na gönderilen 29.03.2006 tarih ve 14/423 sayılı yazıda, Yurtbeyli Belediye Başkanlığı'nın 13.03.2006 tarih ve 2006/160 sayılı yazısında, ... adına verilen ruhsatın iptal edildiğinin bildirildiği, bu nedenle Kurum'ca verilen akaryakıt istasyonu lisans belgesinin iptal edilmesi gerektiğinin bildirilmesi üzerine, davacı hakkında herhangi bir ön araştırma veya soruşturma açılmadan ve savunması da alınmadan doğrudan doğruya bayilik lisansının iptal edildiği anlaşılmıştır.

Yasa ve yönetmelikle yapılan ve yukarıda yer verilen düzenlemeler uyarınca, idarenin öncelikle davacı hakkında soruşturma açıp davacıya aykırılığın giderilmesi için süre

vermesi, giderilmediği takdirde öncelikle davacının yaptığı piyasa faaliyetini geçici bir süre için durdurması, ancak davacının lisansını iptal edebilmek için ise, öncelikle davacı hakkında soruşturma açıp savunmasının alınması ya da önaraştırma ve soruşturma prosedürüne gerek olmadığı yönünde Kurul kararı alarak, ancak mutlak suretle davacının savunmasını aldıktan sonra işlem tesis edilmesi gerekirken, İl Özel İdaresinin yazısı üzerine yukarıda belirtilen işlemleri yapmadan ve davacının savunması alınmadan doğrudan lisans iptaline ilişkin Enerji Piyasası Düzenleme Kurulu'nun 11.05.2006 tarih ve 753/118 sayılı kararı hukuka aykırı bulunmaktadır.

Açıklanan nedenlerle, dava konusu Enerji Piyasası Düzenleme Kurulu'nun 11.05.2006 tarih ve 753/118 sayılı kararının iptaline, aşağıda dökümü yapılan 96,60.-YTL yargılama giderinin davalı idareden alınarak davacıya verilmesine, Asgari Avukatlık Ücret Tarifesi uyarınca 500,00.-YTL avukatlık ücretinin davalı idareden alınarak davacı vekiline verilmesine, artan posta ücretinin isteği halinde davacıya iadesine, 13.10.2008 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

RADYO VE TELEVİZYON ÜST KURULU İŞLERİ

T.C.
DANIŞTAY
Onüçüncü Daire
Esas No : 2007/9565
Karar No : 2008/6764

Özeti : **1-** İdari yaptırımların Kanunda düzenlenmesi veya Kanunun açıkça verdiği yetkiye dayanarak idarenin düzenleyici işlemlerinde öngörülmesi gerektiği; idarenin ancak, yetkili kılındığı konularda yaptırımı gerektiren fiili saptaması halinde, koşullarına uygun idari işlemlerle yaptırım uygulayabileceği,
2- Uydu platform işletmecisi olan davacı yayın kuruluşunun yayın buketinde yer alan ve yurt dışı kaynaklı yayın yapan dört adet kanalın yayın buketinden çıkarılmasına ilişkin işlemin, mevzuatta "yayın buketinden çıkarma" şeklinde bir yaptırım öngörülmemesi nedeniyle hukuka aykırı olduğu, işlemin iptali istemiyle açılan davanın reddi yolundaki mahkeme kararının bozulması hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan : ... İletişim Hizmetleri A.Ş.

Vekili : Av. ...

Karşı Taraf : Radyo ve Televizyon Üst Kurulu

Vekili : Av. ...

İstem Özet : Ankara 5. İdare Mahkemesi'nce verilen 17.11.2006 tarih ve E:2005/945, K:2006/3412 sayılı kararın; yasa da öngörülme yen bir yaptırım uygulanmasının kanunilik ilkesine aykırı olduğu, idarenin düzenleyici işlemleriyle suç ve ceza yaratamayacağı, Uydu Yayını Lisans ve İzin Yönetmeliği'nde dahi "yayın buketinden çıkarma" şeklinde bir yaptırımın öngörülmediği, Avrupa Sınırötesi Televizyon Sözleşmesi'nin 28. maddesinde tarafların kendi yetki alanındaki yayıncılara daha ağır cezalar verebileceği öngörülmüş olmasına rağmen, davalı idarenin başka bir âkit devlette bulunan yayıncı kuruluşlara yetki

alanındaki yayıncılara uyguladığından daha ağır bir yaptırım uygulayarak sözleşmede öngörülen anlaşmazlık çözüm yollarına gitmeden dört adet kanalın Türkiye'deki gösterimini engellediği, anılan sözleşme ve yönetmelik maddelerine göre davalı idareye bu yönde yetki veren bir düzenlemenin bulunmadığı, söz konusu kanalların halen sözleşmeye taraf devletlerde yayınlanmaya devam ettiği, idarenin kendi yorumuyla yayınları "soft pornografi" olarak değerlendirdiği, Avrupa ülkelerinde ve dünyada erotik ve pornografik yayınları yasaklayan herhangi bir hükmün bulunmadığı, yalnızca çocukların ve gençlerin korunması amaçlı hükümler getirildiği, yayınların halka açık olmadığı ve ancak özel bir abonelik ve pin kodu girilerek izlenebileceğinin Mahkemece dikkate alınmadığı, bu yayınların çocukların izleyebileceği saatlerde yayınlanmadığı ve kanal kilidi konulabileceği, bu kanalların iletiminin engellenmesi halinde internet ve uydu üzerinden porno ve erotik yayın kullanımının ve yasa dışı cd kullanımının artacağı ve denetiminin güçleşeceği, davacının yayımı engellenen kanallarla uzun süreli lisans sözleşmeleri yapması nedeniyle büyük zarara uğrayacağı, aboneliklerin de bu nedenle iptal edilebileceği, benzer nitelikte yayın yapan bazı kuruluşlar hakkında işlem tesis edilmeyerek ayrımcılık yapıldığı, Yasada uyarı cezasını gerektiren fiiller dışındaki ihlallerde ilgili tarafın savunmasının alınacağı düzenlenmiş olmasına rağmen savunmanın alınmadığı, yaptırım öncesinde uyarıda da bulunulmadığı, işlemde kamu yararı bulunmadığı, ileri sürülerek bozulması istenilmektedir.

Savunmanın Özeti: Uydu aracılığı ile yurt içine yapılan yayınların da ulusal ve uluslararası ilke ve esaslara uygunluğunun Üst Kurul'ca denetlenebileceği, yayın buketi içerisindeki dört kanalın izlenerek değerlendirilmesi sonucu "erotik yayın" sınıfından çıkarak "pornografik yayın" tanımlamasına girdiklerinin tespit edildiği, bu yayınlara erişimin extra üyelik paketiyle yapılabilmesine karşın izle-öde sisteminin de uygulanabilmesi ve kullanılan şifrelerin çocuk ve gençler tarafından kolaylıkla çözülebilmesi nedenleriyle ulusal ve uluslararası ilke ve esaslara aykırı yayın yapıldığı belirtilerek dava konusu işlemin hukuka uygun olduğu savunulmaktadır.

Danıştay Tetkik Hâkimi Burcu SİNOPLU'nun Düşüncesi: İdare, denetim yetkisine sahip olduğu alanlarda ancak Kanun'da veya Kanun'un açıkça yetki vermesi halinde düzenleyici işlemlerde öngörülen yaptırım türlerini uygulayabilir. 3984 sayılı Kanun'da ve Uydu Yayınlarının Lisans ve İzin Yönetmeliği'nde "yayın buketinden çıkarma" şeklinde herhangi bir yaptırım türü öngörülmediğinden, hukuka aykırılığın tespiti halinde 3984 sayılı Kanun'un 33. maddesi uyarınca ihlâlin değerlendirilmesi suretiyle yaptırım kararı verilmesi gerekirken, bu husus dikkate alınmaksızın tesis edilen işlemde hukuka uyarlık bulunmadığından temyize konu İdare Mahkemesi kararının bozulması gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı Mürteza GÜLER'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 Onüçüncü Dairesi'nce Tetkik Hâkiminin açıklamaları dinlendikten ve dosyadaki belgeler incelendikten sonra işin gereği görüldü:

Dava, davacı şirkete ait yayın kuruluşunun, Avrupa Sınırötesi Televizyon Sözleşmesi'nin 7/1/a maddesi ile Uydu Yayını Lisans ve İzin Yönetmeliği'nin 7. maddesinin (a) ve (g) bentlerini ihlâl ettiği belirtilerek ...yayın buketi içinde yurt dışı çıkışı olarak yayın yapan ... TV International B.V. (... Channel), ... B.V. (... TV), ... TV International B.V. (... TV), ... Ltd. (... TV) logolu dört yayın kuruluşunun yayın buketinden çıkarılmasına ilişkin

Radyo ve Televizyon Üst Kurulu'nun 05.05.2005 tarih ve 5020 sayılı işlemi ile tebliğ edilen 26.04.2005 tarihli kararının iptali istemiyle açılmış, İdare Mahkemesince; ... tarafından Üst Kurula iletilen GP/2 formunda yurt dışı çıkışlı kuruluş olarak beyan edilen ... TV, ... TV, ... Channel ve ... TV logolu yayınların Türkiye sınırları içinde faaliyet göstermeleri nedeniyle kaydedilerek izlenmesi sonucu söz konusu yayınların konu gereği ekrana taşınan cinsel içerikli görüntü sınırlarının dışına çıkarak "soft pornografi" tanımlanması içinde yer aldığı, bu yayınların Türkiye'nin 1993'ten beri taraf olduğu Avrupa Sınırötesi Televizyon Sözleşmesi'nin 7/1-a bendindeki hükme aykırı olduğu, ... uydu yayın platformunda yayın buketi içinde bu yayınları iletmekle Uydu Yayını Lisans ve İzin Yönetmeliği'nin 7. maddesinin (a) ve (g) bendini de ihlâl ettiği gerekçesiyle yayın yapan dört kuruluşun yayın buketinden çıkarılmasına karar verildiğinin anlaşıldığı, uyuşmazlığa konu yayını yapan dört kuruluşun dosyada bulunan ve belirtilen kuruluş tarafından yayınlanan film CD'lerinin incelenerek pornografi içerip içermediği hususunda her bir yayın kuruluşuna yönelik ayrı ayrı değerlendirme yapılması için bilirkişi incelemesi yaptırılmasına karar verildiği, bilirkişi heyetince, ... TV, ... TV, ... TV, ... Channel'e ait yayın örneklerini içeren tüm CD içeriği incelenerek tüm CD'ler hakkında özetle; "1-Filmlerin insan doğasına, insan ve kadın haklarına aykırı dikkate şayan eylemler içermediği, 2- Cinsel sahnelerde çocuk kullanılmadığı, dolayısıyla çocuk istismarı yapılmadığı, 3-Cinsellikle ilgili sahnelerin insan, hayvan, istismarı ve fiziksel şiddet, açık bir cinsel şiddet içermediği, 4- Kadın ve erkeğin birlikte bulunduğu sahnelerde kadın erkek eşitliğine ilişkin kültürel kabullere aykırı bir cinsellik sergilenmediği, 5-Yayın formatından (şifreli yayın sınıfında olmaları) insan, cinsel dürtü, arzu ve merakının bu materyallere istek dışı maruz bırakılma suretiyle istismarına yönelik bir amaç güdülmeyeceğinin anlaşıldığı, filmlerin yayınının bu kriterler açısından pornografik kabul edilmemesi gerektiği, ancak filmlerin hiçbir konusal, içeriksel ve iletişimsel bütünlüğe sahip olmamaları konusal, içeriksel ve iletişimsel bütünlükten yoksun cinsel organların da sık sık görüldüğü sevişme sahnelerine dakikalar boyu maruz bırakılmanın cinsel şiddet olarak değerlendirilmesi gerektiği, daha önemlisi dakikalarca süren bu sahnelerde cinselliğin açıkça ticarî bir meta haline getirildiği, bu açıdan bu filmlerin pornografik yayın sınıfında kabul edilmesi gerektiği" kanaatinin belirtildiği, bilirkişi incelemesi sonucu düzenlenen rapor Mahkemece hükme esas alınabilecek nitelikte bulunduğundan dava konusu işlemde mevzuata aykırılık bulunmadığı, öte yandan davacı tarafından bilirkişilerce "... kanalının da yayınlarının incelenerek hazırlanan rapora itibar edilemeyeceği ileri sürülerek itiraz edilmiş ise de, bilirkişiler tarafından davaya konu (4) yayın kuruluşuna ait yayınlar incelenerek ayrı ayrı rapor düzenlendiği, ... 'ya ait olan CD'lerin de gönderilmesi nedeniyle sehven gönderilen bu CD'ler hakkında da rapor düzenlendiği anlaşıldığından davayla ilgisi bulunmayan ve fazladan düzenlenen rapor düzenlenmiş olmasının davaya esas bilirkişi raporlarını kusurlandırıcı nitelikte bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiş olup; bu karar davacı şirket vekilince temyiz edilmiştir.

3984 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayınları Hakkında Kanun'un 8. maddesinin (k) bendinde uydu aracılığı ile yurt içinden veya yurt içine yapılacak yayınların ulusal ve uluslararası ilke ve esaslara uygunluğunu gözetmek, bu amaçla diğer ülkelerdeki yetkili kuruluşlarla işbirliği yapmak ile aynı maddenin (p) bendinde bu kanun ve Avrupa Sınır Ötesi Televizyon Sözleşmesi ilkelerine uygun biçimde çalışma ve faaliyetleri ile ilgili yönetmelik ve diğer düzenlemeleri hazırlamak Üst Kurul'un görev ve yetkileri arasında sayılmıştır. Avrupa Sınır Ötesi Sözleşmesi'nin "Yayıncının Sorumlulukları" başlıklı 7. maddesinin 1(a) bendinde de yayınların açık saçık olmaması ve bilhassa pornografi içermemesi gerektiği hükme bağlanmıştır. İşlem tarihinde yürürlükte olan 29.03.2001 tarih ve 24357 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan Uydu Yayını Lisans ve İzin Yönetmeliği'nin 7. maddesinde uydu platform işletmecilerinin yükümlülükleri sayılmış, (a) bendinde, kamu hizmeti anlayış ve sorumluluğu içinde Atatürk İlke ve İnkılaplarına, Anayasa'da ifadesini bulan Atatürk Milliyetçiliğine bağlı, Cumhuriyet İlkelerine saygılı, Türk Milletinin milli, ahlâki,

insani, manevi ve kültürel değerlerini benimseyen, Türkiye Cumhuriyetinin varlık ve bağımsızlığına, devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğüne ve demokratik kurallara uygun yayınların iletilmesini sağlamakla ve (g) bendinde Üst Kurulca uygun bulunmayan yurt dışı kaynaklı yayınları iletmemekle, yükümlü oldukları belirtilmiştir. Yönetmeliğin 31. maddesinde de, Yönetmelikte hüküm bulunmayan hallerde, 3984 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayınları Hakkında Kanun'da Üst Kurulca kabul edilen diğer yönetmeliklerde ve ilgili mevzuatta öngörülen diğer hükümlerin uygulanacağı hükme bağlanmıştır.

Öte yandan, 3984 sayılı Kanun'un 25. maddesinin 1. fıkrasında, yargı kararları saklı kalmak kaydıyla yayınların önceden denetlenemeyeceği ve durdurulamayacağı, ancak milli güvenliğin açıkça gerekli kıldığı hallerde yahut kamu düzeninin ciddi şekilde bozulması kuvvetle ihtimal dahilinde ise Başbakan veya görevlendireceği bakanın yayını durdurabileceği hükmüne yer verilmiştir. Kanun'un 33. maddesinde ise müeyyideler kademeli olarak düzenlenmiş, Üst Kurul'un, öngördüğü yükümlülükleri yerine getirmeyen, izin şartlarını ihlâl eden, yayın ilkeleri ve bu Kanunda belirtilen diğer esaslara aykırı yayın yapan özel radyo ve televizyon kuruluşları hakkında uyarma, program yayınının durdurulması, idarî para cezası verme, yayın izninin geçici veya süresiz olarak durdurulması ve yayın lisans izninin iptali müeyyidelerini uygulayabileceği belirtilmiştir.

Dosyanın incelenmesinden, Radyo ve Televizyon Üst Kurulu'nun 26.04.2005 tarihli toplantısında, ... İletişim Hizmetleri A.Ş. ünvanlı uydu yayın buketinde yer alan ... TV International B.V. (... Channel), ... B.V. (... TV), ... TV International B.V. (... TV), ... Ltd. (... TV) logoları ile yayın yapan ve GP/2 formunda yurtdışı çıkışlı yayın olarak beyan edilen kuruluşların yayınlarının ortak nitelikler taşıdığı, yayın içeriklerinde zaman zaman yakın çekimlerle kadın-erkek cinsel ilişkilerinin, mastürbasyonun, "grup seks" olarak tanımlanan cinsel ilişkilerin, oral seks görüntülerinin, "lezbiyen" ilişki örneklerinin, özellikle kadını alçaltıcı ve cinsel meta haline indirgeyen sıklıkta yer aldığı izlendiği, bu yayın içeriklerinin cinsel içerikli görüntü sınırları dışına çıkarak soft pornografi niteliğinde bulunduğu gerekçesiyle anılan dört kuruluşun yayın buketinden çıkarılmasına karar verildiği anlaşılmıştır.

Bilindiği gibi, idarî yaptırımların kanunda düzenlenmesi veya kanunun açıkça verdiği yetkiye dayanarak idarenin düzenleyici işlemlerinde öngörülmesi gerekmektedir. İdare ancak, yetkili kılındığı konularda yaptırımı gerektiren fiilin saptanması halinde koşullarına uygun olarak tesis edilen idarî işlemlerle yaptırım kararını uygulayabilir. 3984 sayılı Kanun'da uydu yayınlarının da Üst Kurul tarafından denetlenebileceği belirtilmiş, anılan denetimin sonucunda uygulanacak müeyyideler ise yine Kanun'da yer almıştır. Bu bağlamda, uydu platform işletmecilerinin, 3984 sayılı Kanun hükümleri çerçevesinde denetleneceği ve aykırılığın tespiti halinde Kanun'da yazılı müeyyidelerin uygulanacağı açıktır. Bunların arasında ise "yayın buketinden çıkarma" şeklinde bir yaptırım türü bulunmamaktadır. Yurt dışı kaynaklı yayın yapan kuruluşların yayın buketinden çıkarılmasına olanak veren bir hüküm Uydu Yayını Lisans ve İzin Yönetmeliğinde de yer almamaktadır.

Bu durumda, uydu platform işletmecisi statüsünde olan davacı kuruluşun yayın buketinde yer alan ve yurt dışı kaynaklı yayın yapan dört adet kanalın yayın buketinden çıkarılmasına ilişkin işlemde yetki unsuru yönünden hukuka uyarlık bulunmadığından, İdare Mahkemesi'nce yayınların niteliği hakkında bilirkişi incelemesi yaptırılarak hazırlanan raporun hükme esas alınması suretiyle davanın reddine karar verilmesinde hukukî isabet bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 49. maddesi uyarınca davacının temyiz isteminin kabulüne, Ankara 5. İdare Mahkemesi'nin 17.11.2006 tarih ve E:2005/945, K:2006/3412 sayılı kararının bozulmasına, dosyanın yeniden bir karar verilmek üzere anılan Mahkeme'ye gönderilmesine, 13.10.2008 tarihinde oyçokluğu ile karar verildi.

KARŞI OY

3984 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayınları Hakkında Kanun'un 8. maddesinin (k) bendinde uydu aracılığı ile yurt içinden veya yurt içine yapılacak yayınların ulusal ve uluslararası ilke ve esaslara uygunluğunu gözetmek, bu amaçla diğer ülkelerdeki yetkili kuruluşlarla işbirliği yapmak ile aynı maddenin (p) bendinde bu kanun ve Avrupa Sınır Ötesi Televizyon Sözleşmesi ilkelerine uygun biçimde çalışma ve faaliyetleri ile ilgili yönetmelik ve diğer düzenlemeleri hazırlamak Üst Kurul'un görev ve yetkileri arasında sayılmıştır. Avrupa Sınır Ötesi Sözleşmesi'nin "Yayıncının Sorumlulukları" başlıklı 7. maddesinin 1(a) bendinde de yayınların açık saçık olmaması ve bilhassa pornografi içermeyeceği hükme bağlanmıştır. Uydu Yayını Lisans ve İzin Yönetmeliği'nin 7. maddesinin (g) bendinde Üst Kurulca uygun bulunmayan yurt dışı kaynaklı yayınları iletmemekle, yükümlü oldukları belirtilmiştir.

Anılan hükümlerin birlikte değerlendirilmesinden, Radyo ve Televizyon Üst Kurulu'nun, yurt dışı kaynaklı yayın yapan kuruluşların yayınlarını da denetleyebileceği, bunların ulusal ve uluslararası mevzuata aykırılığının tespit edilmesi halinde ise, Kurul tarafından uygun bulunmayan yayınları iletmemekle yükümlü bulunan platform işletmecisinin yayın buketinden, ihlâl konu olan yayınları yapan kuruluşların çıkarılmasına karar verme yetkisinin bulunduğu sonucuna ulaşılmaktadır.

Uyuşmazlıkta, cinsel içerikli olduğu ileri sürülen yayınların ihlâl oluşturup oluşturmadığı bakımından yaptırılan bilirkişi incelemesi sonucunda, anılan görüntülerin pornografik nitelikte olduğu kanaatine varıldığı ve düzenlenen bilirkişi raporlarının hükme esas alınabilecek nitelikte olduğu anlaşılmaktadır.

Açıklanan nedenlerle, dava konusu işlemde hukuka aykırılık görülmediğinden, davanın reddi yolundaki mahkeme kararının onanması gerektiği oyuyla, bozulmasına ilişkin karara katılmıyorum.

T.C.
DANIŞTAY
Onüçüncü Daire

Esas No : 2007/12622

Karar No : 2008/6892

Özeti : Davacı yayın kuruluşunun televizyon kanalında "Ana Haber Bülteni"nde küçük bir bebeğin maruz kaldığı insanlık dışı muamelelerin açıklandığı yayında yer alan görüntüler ve ifadeler ile bunların sunuş biçimi itibarıyla, kamu hizmeti anlayışı içinde yayın yapmakla yükümlü olan yayın kuruluşunun, 3984 sayılı Kanun'un 4756 sayılı Kanun'la değişik 4. maddesinin (s) bendinde yer alan "program hizmetlerinin bütün unsurlarının insan onuruna ve temel insan haklarına saygılı olunması" ilkesini ihlâl ettiği sonucuna varıldığından, davacı yayın kuruluşunun uyarılmasına ilişkin işlemde, hukuka aykırılık bulunmadığı gerekçesiyle, davayı reddeden mahkeme kararının onanması hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan : ... Televizyon A.Ş.

Vekili : Av. ...

Karşı Taraf : Radyo ve Televizyon Üst Kurulu

Vekili : Av. ...

İstemin Özeti : Ankara 13. İdare Mahkemesi'nce verilen 25.05.2007 tarih ve E:2006/137, K:2007/732 sayılı kararın; davacı tarafından dava konusu edilen işlemin kendilerine tebliğ edilmediği, bu nedenle savunma hakkının kısıtlandığı, söz konusu yayın yapılırken tüm görüntülerde bebeğin yüzünün flulaştırılmış olduğu, bebeğin tanınmaması için haber verme işleminin doğal sonucu dışındaki tüm önlemlerin alındığı, kanunsuz suç ve ceza olmaz ilkesi gereğince uyarı yaptırımının yayınlanmasına karar verilemeyeceği, cezanın ölçülülük ilkesine aykırı olduğu ileri sürülerek bozulması istenilmektedir.

Savunmanın Özeti: Yasal dayanaktan yoksun bulunan temyiz isteminin reddi gerektiği savunulmaktadır.

Danıştay Tetkik Hâkimi Meral AVŞAR BİÇKEN'in Düşüncesi: Temyiz isteminin reddi gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı Ünal DEMİRCİ'nin 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 Hâkiminin açıklamaları dinlendikten ve dosyadaki belgeler incelendikten sonra, 2577 sayılı Yasa'nın 17. maddesi uyarınca duruşma istemi yerinde görülmeyerek işin gereği görüşüldü:

Davacı şirkete ait yayın kuruluşunun, 3984 sayılı Yasa'nın 4. maddesinin (s) bendinde öngörülen yayın ilkesini ihlâl ettiği belirtilerek uyarılmasına ilişkin Radyo ve Televizyon Üst Kurulu'nun 16.11.2006 tarih ve 13782 sayılı işlemi ile tebliğ edilen 09.11.2006 tarihli kararının iptali istemiyle açılan davada, İdare Mahkemesince, "... logosuyla yayın yapan televizyon kanalında 31 Ekim, 01-03 Kasım tarihlerinde yayınlanan "Ana Haber Bülteni"nde küçük bir bebeğin maruz kaldığı insanlık dışı muamelelerin açıklandığı yayında, F.B. adlı kadının kanepeden düştüğü gerekçesiyle 1 yaşındaki çocuğu hastaneye götürmesi üzerine, çocuğa tecavüz edildiğinin ortaya çıktığı, babası yaşındaki caninin tecavüzüne uğradığı belirtilirken, yüzü flulaştırılmış, alt tarafı bezli, çıplak bacakları morluklar içinde olan bebeğin sürekli ağlamasının ekrana yansıtıldığı, 01.11.2006 tarihli haber bülteninde de; "Tecavüze uğrayan bebek yürüyemiyor. Türkiye inanılmaz bir olayla sarsıldı. Daha 18 aylık olan bebeğe tecavüz edildiği ortaya çıktı.Tecavüz öncesi yürüyebilen talihsiz bebek, travmaya ve korkuya bağlı olarak şu an yürüyemiyor." şeklindeki ifadelerin ardından, bebeğin ağladığı görüntülere yer verildiği, 03.11.2006 tarihli haber bülteninde ise; "Bebeğe tecavüz çocuk pornosu mu? Daha bir buçuk yaşındaki çocuğa yapılan tecavüz Türkiye'yi sarstı. Yetiştirme yurduna konulan çocuk havale geçirince, yeniden hastaneye kaldırıldı." şeklindeki ifadelerin ardından, önceki haberlerdeki görüntüleriyle ekrana yansıtılan bebeğin, zaman zaman yüzünün açık olarak ekrana getirildiği dolayısıyla, 31 Ekim, 01-03 Kasım tarihlerinde yayınlanan Ana Haber Bülteninde yer alan görüntüler ve ifadeler ile bunların sunuş biçimi itibarıyla kamu hizmeti anlayışı içinde yayın yapmakla yükümlü olan yayın kuruluşunun, "3984 sayılı Kanunun 4756 sayılı Kanunla değişik 4. maddesinin (s) bendinde yer alan "program hizmetlerinin bütün unsurlarının insan onuruna ve temel insan haklarına saygılı olunması" ilkesini ihlâl ettiği sonucuna varıldığından tesis edilen dava konusu işlemde hukuka aykırılık görülmediği gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiş, bu karar davacı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Davanın yukarıda özetlenen gerekçeyle reddi yolundaki temyize konu Ankara 13. İdare Mahkemesi'nin 25.05.2007 tarih ve E:2006/137, K:2007/732 sayılı kararında, 2577

sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 49.maddesinin 1.fikrasında sayılan bozma nedenlerinden hiçbirisi bulunmadığından, bozma istemi yerinde görülmeyle anılan Mahkeme kararının onanmasına, dosyanın adı geçen Mahkemeye gönderilmesine 21.10.2008 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

T.C.
DANIŞTAY
Onüçüncü Daire
Esas No : 2008/56
Karar No : 2008/7151

Özeti : Davacı yayın kuruluşunun 01 Temmuz 2004 tarihinde saat 15:00'da yayınladığı "Sivas Özel" programında ifade edilen sözlerin, 1993 yılında yaşanan Sivas olayları ile ilgili ve Edebiyatçılar Derneği tarafından yayımlanan bir kitap kapağından alıntılar yapılan ifadeler olduğu anlaşıldığından, ayrıca Sivas'taki olaylar nedeniyle şiddete yönelik bir unsur olmasından ziyade aksine şiddeti ve yaşanan olayları irdelemek ve belli olayları vurgulamaktan başka bir amaç güdülmeyeceği sonucuna ulaşıldığından, anılan yayın ile 3984 sayılı Kanun'un 4756 sayılı Kanun'la değişik 4. maddesinin (b) bendinde belirlenen "Toplumu şiddete, teröre, etnik ayrımcılığa sevk eden veya halkı sınıf, ırk, dil, din, mezhep ve bölge farkı gözeterek kin ve düşmanlığa tahrik eden veya toplumda nefret duygularını oluşturan yayınlara imkân verilmemesi" yayın ilkesinin ihlâl edildiği öne sürülerek, yayın kuruluşunun yayınının bir ay (30 gün) süreyle geçici olarak durdurulmasına ilişkin dava konusu işlemlerde hukuka uyarlık bulunmadığı, iptali gerekirken açılan davanın reddi yolunda verilen mahkeme kararının bozulması hakkında.

Temyiz Eden (Davacı) : ... FM Televizyon Reklamcılık A.Ş.

Karşı Taraf (Davalı) : Radyo ve Televizyon Üst Kurulu

Vekili : Av. ...

İstem Özet: : Ankara 7. İdare Mahkemesi'nce verilen 29.03.2007

tarih ve E:2005/2858 K:2007/652 sayılı kararının; davacı tarafından ihlale konu yayında geçen ifadelerin 1994 yılında yayımlanan Edebiyatçılar Derneğine ait bir kitabın kapağında yazılı ifadeler olduğu, bu tür yayınlar ile Cumhuriyeti koruma ve kollama vazifelerini yerine getirerek toplumsal bir görevi ifa ettikleri ileri sürülerek bozulması istenilmektedir.

Savunmanın Özeti: Savunma verilmemiştir.

Danıştay Tetkik Hâkimi Zuhul Aysun SUNAY'ın Düşüncesi: 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 31.maddesi ile atıfta bulunulan Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 275.maddesinde ise "Mahkeme, çözümü özel veya teknik bir bilgiyi gerektiren hallerde bilirkişinin oy ve görüşünün alınmasına karar verir. Hakimlik mesleğinin gerektirdiği genel ve hukuki bilgi ile çözümlenmesi mümkün olan konularda bilirkişi dinlenemez." hükmüne yer verilmiştir.

Dosyanın incelenmesinden, İdare Mahkemesi'nin 23.12.2005 tarihli ara kararı ile dava konusu uyuşmazlığın çözümünün özel ve teknik bilgiyi gerektirmesi nedeniyle bilirkişi incelemesi yaptırılmasına karar verildiği, naip hakimin 27.12.2005 tarihli yazısıyla 600,00YTL bilirkişi ücretinin yatırılmasının istendiği, davacının 07.02.2006 tarihli dilekçesi ile 600,00 YTL bilirkişi incelemesi giderini ekonomik güçsüzlükleri nedeniyle yatıramayacağını bildirdiği, bunun üzerine 04.06.2006 tarihli naip hakim yazısı ile 450,00YTL bilirkişi incelemesi gideri istendiği, davacının 22.05.2006 tarihinde kayda giren dilekçesinde uyuşmazlığın çözümünde bilirkişi incelemesini gerektirecek özel ve teknik bir bilginin olmadığı belirterek bilirkişi ücretini yatırmayacağını bildirdiği, bunun üzerine, İdare Mahkemesince, davacının savının kanıtlanmadığı ve uyuşmazlık konusu yayında yer verilen ifadeler ile 3984 sayılı Yasa'nın 4. maddesinin (b) bendinin ihlâl edildiği kanaatine varılarak davanın reddedildiği anlaşılmıştır.

İdare Mahkemesi'nce söz konusu yayın içeriğinin, işlem tesisine neden olan "Toplumu şiddete teröre, etnik ayrımcılığa sevk eden veya halkı sınıf, ırk, dil, din, mezhep ve bölge farkı gözeterek kin ve düşmanlığa tahrik eden veya toplumda nefret duyguları oluşturan " türden bir program kapsamında olup olmadığının belirlenmesinin özel bilgiyi gerektiren hallerden olduğu kanaatiyle re'sen bilirkişi incelemesi yaptırılmasına karar verildikten sonra, uyuşmazlık konusu yayın hakkında bilirkişi incelemesi yaptırılmadan dava konusu işlemin hukukiliğinin irdelenmesine olanak bulunmadığından, bilirkişi masrafı Hazine'den karşılanarak bilirkişi incelemesi yaptırılmak suretiyle bir karar verilmesi gerekirken yukarıda belirtilen gerekçeyle davanın reddi yönünde verilen İdare Mahkemesi kararında hukuki isabet bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle temyiz konu İdare Mahkemesi kararının bozulması 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 Hâkiminin açıklamaları dinlendikten ve dosyadaki belgeler incelendikten sonra 2577 sayılı Kanun'un 17/2. maddesi uyarınca davacının duruşma istemi yerinde görülmeyle işin gereği görüldü:

Dava, davacı yayın kuruluşunun 01 Temmuz 2004 tarihinde yayınladığı "Sivas Özel" adlı programda 3984 sayılı Kanun'un 4756 sayılı Kanun'la değişik 4. maddesinin (b) bendinde düzenlenen "Toplumu şiddete teröre, etnik ayrımcılığa sevk eden veya halkı sınıf, ırk, dil, din, mezhep ve bölge farkı gözeterek kin ve düşmanlığa tahrik eden veya toplumda nefret duyguları oluşturan yayınlara imkan verilmemesi" hükmünün ihlâl edildiği öne sürülerek yayın kuruluşunun yayınının bir ay (30 gün) süreyle geçici olarak durdurulmasına ilişkin Radyo ve Televizyon Üst Kurulu'nun 30.11.2005 tarih ve 13995 sayılı işlem ile tebliğ edilen 23.11.2005 tarihli kararının iptali istemiyle açılmış, İdare Mahkemesi'nce; davacı şirketten iki kez bilirkişi ücreti yatırılması talep edilmesine rağmen davacı şirket tarafından bilirkişi ücretinin yatırılmaması üzerine, radyo programının yayın kaseti ve deşifre metninin incelenmesi sonucu yayında yer verilen ifadelerin, halkı sınıf, mezhep, bölge farkı gözeterek kin ve düşmanlığı tahrik edici ve toplumda nefret ve kin duygularının oluşmasına sebebiyet vereceği, söz konusu ifadelerin yayınlanmasının 3984 sayılı Kanun'un 4. maddesinin (b) bendinde yer alan yayın ilkesine aykırı nitelikte olduğu sonucuna varıldığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiş, bu karar davacı şirket tarafından temyiz edilmiştir.

3984 sayılı Kanunun 4756 sayılı Kanunla değişik 4. maddesinin (b) bendinde "Toplumu şiddete, teröre, etnik ayrımcılığa sevk eden veya halkı sınıf, ırk, dil, din, mezhep ve bölge farkı gözeterek kin ve düşmanlığa tahrik eden veya toplumda nefret duyguları oluşturan yayınlara imkan verilmemesi" hükmü yer almıştır.

Dava dosyasının incelenmesinden, yayın yapan radyo kanalının 01 Temmuz 2004 tarihinde saat 15:00'da yayınladığı "Sivas Özel" programının belirtilen bölümünde "Hiçbir şey birden bire olmaz. Önce ezanı Arapça'ya çevirdiler dinlediniz. Sonra siz isterseniz, hilafeti bile getirin, dendi; demokrasi sandınız. Sonra bir çığ gibi Kuran kursları, İmam Hatip Okulları açıldı, Din dersleri anayasal zorunluluk oldu; kabullendiniz. Tesettür arttı, cami sayısı okulları geçti; inanç özgürlüğü saydınız. Giyim kuşama müdahale ettiler. Oruç tutmayı öldürdüler, şaşırdınız. Daha sonra bilim adamı, yazarları yaktılar, vurdular. milletvekili ve gazetecileri parçaladılar. Şairleri ve dansçıları yaktılar. Kimin yaptığını düşünüp durdunuz. En sonunda kapınızı çalacaklar. Size kendinizden başka yardım edecek kimse kalmayacak" şeklinde ifade edilen sözlerin 1993 yılında yaşanan Sivas olayları ile ilgili ve Edebiyatçılar Derneği tarafından yayımlanan bir kitap kapağından alıntılar yapılan ifadeler olduğunun anlaşıldığı ayrıca, Sivas'taki olaylar nedeniyle şiddete yönelik bir unsur olmasından ziyade aksine şiddeti ve yaşanan olayları irdelenmek ve belli olayları vurgulamaktan başka bir amaç güdülmediği, dolayısıyla anılan yayın ile 3984 sayılı Kanun'un 4756 sayılı Kanun'la değişik 4. maddesinin (b) bendinde belirlenen yayın ilkesinin ihlâl edilmediği sonucuna ulaşıldığından, hukuka aykırı olan dava konusu işlemin iptali gerekirken idare mahkemesince aksi yönde sonuca varılarak davanın reddi yolunda verilen temyize konu kararda hukuki isabet görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 49. maddesi uyarınca davacının temyiz isteminin kabulüne, Ankara 7. İdare Mahkemesi'nce verilen 29.03.2007 tarih ve E:2005/2858 K:2007/652 sayılı kararın bozulmasına, dosyanın adı geçen Mahkemeye gönderilmesine 07.11.2008 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

ÖZELLEŞTİRME

T.C.
DANIŞTAY
Onüçüncü Daire
Esas No : 2007/9903
Karar No : 2008/6674

Özeti : TCDD Genel Müdürlüğüne ait İzmir Limanı'nın, 49 yıl süreyle işletme hakkının verilmesi yöntemiyle özelleştirilmesi amacıyla, 03.05.2007 tarihinde yapılan ihalenin iptali istemiyle açılan davanın, işlemde Kabotaj Kanunu'na, Rekabet Kanunu'na ve Özelleştirme Uygulamaları Hakkında Kanun'a aykırılık görülmendiğinden reddi hakkında.

Davacı : Kamu İşletmeciliğini Geliştirme Merkezi Vakfı
Davalı : Başbakanlık Özelleştirme İdaresi Başkanlığı
Vekili : Av. ...

Davanın Özeti : TCDD Genel Müdürlüğü'ne ait İzmir Limanının 49 yıl süreyle işletme hakkının verilmesi yöntemiyle özelleştirilmesi amacıyla 03.05.2007 tarihinde yapılan ihalenin; 815 sayılı Türkiye Sahillerinde Nakliyatı Bahriye (Kabotaj) ve Limanlarla Kara Suları Dahilinde İcraı San'at ve Ticaret Hakkında Kanun'un 1. maddesinde liman işletmeciliğinin

Türk sancağı taşıyan gemilere özgü olduğu, bu nedenle yabancı uyrukluların katılımına açık olarak yapılan ihalenin anılan Kanun'a aykırı olduğu, Rekabet Kurulu'nun ön görüşüne aykırı olarak, Limanın tek bir teşebbüse verilmesine olanak sağlayacak şekilde ihaleye çıkılmasında Rekabet Kanuna ve 4046 sayılı Kanuna uyarlık bulunmadığı ileri sürülerek iptali istenilmektedir.

Savunmanın Özeti : Davacının dava açma ehliyetinin bulunmadığı, dava konusu ihale işleminin kesin, yürütülmesi zorunlu bir idari işlem niteliğinin bulunmadığı, 4046 sayılı Kanun'un 1. maddesinde öngörülen özelleştirme amaçları doğrultusunda özelleştirme programına alınan Liman'a ait tevsii alanının ihale kapsamına alınmasının hukuka uygun olduğu, liman işletmeciliği kapsamında kısmen Türk karasularını ilgilendiren faaliyetler olsa da, asıl faaliyetin karada gerçekleştirilmesi nedeniyle ihale kapsamındaki faaliyetlerin yabancı uyruklularca görülebilmeye olanak tanınmasında Kabotaj Kanunu'na aykırılık bulunmadığı, 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'da Rekabet Kurulu'ndan ön izin alınacağına ilişkin bir düzenleme bulunmadığı gibi, ön iznin bağlayıcı olduğundan da söz edilemeyeceği, Rekabet Kurulu'nun ön izin kararının değerlendirilmesi sonucu Kurulca yapılan önerinin teknik ve ekonomik olarak rasyonel bulunmadığı, özelleştirme aşamasında Rekabet hukuku açısından ortaya çıkması muhtemel sorunların detaylı olarak hazırlanan imtiyaz sözleşmesi ile giderildiği ileri sürülerek davanın usul ve esas yönünden reddi gerektiği savunulmaktadır.

Danıştay Tetkik Hâkimi Şehnaz GENÇAY KARABULUT'un Düşüncesi : 815 sayılı Kabotaj Kanunu'nun 1. maddesinde; Türkiye kıyılarında, limanlarında veya limanları arasında kılavuzluk, çekme ve benzeri her türlü liman hizmetlerinin Türk bayrağı taşıyan gemilerle yapılabileceği öngörülmüş, bir geminin hangi şartlarla Türk bayrağı çekebileceğine ilişkin olarak Türk Ticaret Kanunu'nun 823. maddesinde 5136 sayılı Kanun'un 2. maddesiyle yapılan değişiklikle, geminin bir tüzel kişinin mülkiyetinde olması halinde maddede iki bent halinde sayılan koşulların taşınması durumunda, yabancılara da Türk gemilerinde pay sahibi olabileceği getirilmiştir.

Dava konusu ihalede, kılavuzluk ve römorkaj hizmetleri ihale kapsamı dışında tutulmuştur. Bu durumda, Limanda deniz araçlarıyla yapılacak olan hizmetlerden yalnızca palamar hizmeti ihale kapsamında bulunmakta olup, bu hizmetin 815 sayılı Kanun'un 1. maddesi kapsamında yer alması nedeniyle Türk bayrağı taşıyan gemilerle yapılması gerekmektedir. Ancak, Türk Ticaret Kanunu'nun 823. maddesinde yapılan değişiklikle yabancılara Türk gemilerinde pay sahibi olma imkanının verilmesi karşısında, ihalenin yabancı uyrukluların katılımına açık olmasında Kabotaj Kanunu'nun 1. maddesine aykırılık bulunmamaktadır.

Diğer yandan, İzmir Limanından ayrı ve farklı bir işletme niteliği bulunmayan tevsii inşaatı ile mevcut Limanda oluşan yük trafiğinin ortadan kalkması ve bu suretle Limanın günün koşullarına uygun şekilde hizmet vermesinin sağlanması amacıyla bir takım yatırımların yapılmasının öngörüldüğü anlaşıldığından, tevsii inşaatı sonrası oluşacak tevsii alanı için ayrıca bir Özelleştirme Yüksek Kurulu kararı alınmasına gerek bulunmamakta olup, sözü edilen alanın ihale kapsamına dahil edilmesinde 4046 sayılı Kanun hükümlerine aykırılık görülmemiştir.

Davacının Rekabet Hukukuna ilişkin iddialarına gelince,

Dava dosyasının incelenmesinden, davalı idarece özelleştirme sonrası işleticinin hâkim durumunu kötüye kullanmasını engelleyecek tedbirlere işletme hakkının devrini düzenleyen sözleşmede yer verildiği anlaşıldığından, Liman'ın tek parça olarak özelleştirilmesinde 4054 sayılı Kanuna aykırılık görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle, davanın reddine karar verilmesi gerekeceği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı Mürteza GÜLER'in Düşüncesi : Dava; TCDD İşletmesi Genel Müdürlüğüne ait İzmir Limanının 49 yılına işletme hakkının verilmesi yöntemiyle özelleştirilmesi amacıyla 3.5.2007 tarihinde yapılan ihalenin iptali istemiyle açılmıştır.

İhale şartnamesi incelendiğinde ihalenin konusu olarak; TCDD İşletmesinin limanda sunduğu veya limanda sunulabilecek barınma, yükleme, boşaltma, şifting, limbo, terminal, ardiye, palamar, gemilere su verme, atık alma, yolcu salonu işletmeciliği ve bakım onarım, iase v.b. diğer hizmetlerin, sunulması da dahil ancak bunlarla sınırlı olmamak şartıyla limanlarda olağan olarak sağlanan her türlü hizmetlerin, devri öngörülen işletme hakkı kapsamında olduğu belirtilmiştir. Böylece ihalenin konusu, limanda yürütülecek hizmetler yönünden tamamen sınırsız bırakılmıştır.

Oysa 815 sayılı Türkiye Sahillerinde Nakliyatı Bahriye (Kabotaj) ve Limanlarla Kara Suları Dahilinde İcrayı San'at ve Ticaret Hakkında Kanunun 1, 2, 3 üncü maddelerinde sahillerde limanlar dahilinde ticaret ve işletme hakkı yalnızca Türk vatandaşlarına ait olan hizmetler sayılmış olup bu hizmetler arasında kılavuzluk, romorköj gibi hizmetler de yer almıştır.

Nitekim Kılavuzluk ve Römorkörcülük Hizmetleri Teşkilatları Yönetmeliğinin 1. maddesinde; Yönetmeliğin amacının, Türk karasuları içinde bulunan denizlerde, boğazlarda, körfezlerde ve limanlarda seyir, can, mal ve çevre güvenliğini sağlamak için verilen ve verilecek kılavuzluk ve römorkörcülük hizmetlerini yerine getirecek teşkilatlarla ilgili şartları belirlemek olduğu, Yönetmeliğin, Türk karasuları içinde bulunan denizler, boğazlar, körfezler ve limanlar ile buralarda kılavuzluk ve römorkörcülük hizmetlerini yerine getirecek teşkilatları kapsadığı ifade edildikten sonra, Yönetmeliğin 4. maddesinde; Denizcilik Müsteşarlığı tarafından kılavuzluk/römorkörcülük teşkilatı izni verilebilmesi için, anonim veya limited şirket olarak kurulmuş özel şirket teşkilatlarının ana sermayelerinin tamamının Türk vatandaşlarına ait olması ve hisse senetlerinin en az %51'inin nama yazılı olmasının; kılavuzluk/römorkörcülük hizmetlerinde fiilen görevlendirilecek kara personelinin ve gemiadamlarının tamamının Türk vatandaşı olmasının zorunlu olduğu öngörülmüştür.

Yabancı uyruklu kişilerin de teklif verebildiği bu ihalede, ihale konusu şartname ile limanda yürütülecek hizmetlerin sayma yoluyla belirlenerek sınırlandırılması gerekirken, yürütülecek hizmetler yönünden herhangi bir sınır getirilmeyerek, yalnızca Türk vatandaşları tarafından yapılması zorunlu kabotaj hizmetlerini de kapsayabilecek şekilde hizmet kapsamının genişletilmesinde hukuka uyarlık bulunmamaktadır.

Ayrıca ihale şartnamesinde 4046 sayılı Özelleştirme Uygulamaları Hakkında Kanunun değişik 37 nci maddesine atıf yapılmış ise de yapılan bu atıf ihaleye yabancı uyruklu kişilerin teklif verebileceğine yönelik yapılmış bir atıf olup, ihale şartnamesinde 815 sayılı Kanun ile 618 sayılı Limanlar Kanunu hükümlerinin saklı olduğuna dair herhangi bir düzenleme de yer almamıştır.

Diğer yandan Özelleştirme Yüksek Kurulu 30.12.2004 günlü, 2004/128 sayılı kararıyla TCDD İşletmesi Genel Müdürlüğüne ait İzmir Limanının özelleştirme programına alınmasına, sonrasında 2.6.2005 günlü, 2005/54 sayılı kararıyla işletme hakkının verilmesi yöntemiyle özelleştirilmesine karar verilmiş iken ihale sürecinde İzmir Limanı tevsii alanının da ihale kapsamına alınarak İzmir Limanı ile birlikte ihale edildiği görülmektedir. Ancak İzmir Limanı tevsii alanının özelleştirme programına alınması ve İzmir Limanı ile birlikte aynı yöntem ile özelleştirilmesi konusunda Özelleştirme Yüksek Kurulu tarafından alınmış bir karar mevcut değildir. İzmir Limanının Başbakanlık Denizcilik Müsteşarlığı tarafından belirlenen koordinatlarının sözü edilen tevsii alanını da kapsamı nedeniyle, sonuçta tek bir liman gibi değerlendirilerek yeni bir Özelleştirme Yüksek Kurulu kararı alınmadığı anlaşılmaktadır. Fakat değer tespit komisyonu raporu incelendiğinde İzmir Limanı tevsii alanındaki taşınmazların mülkiyetinin TCDD İşletmesi Genel Müdürlüğüne ait olmadığı, buna karşılık bu taşınmazların Genel Müdürlüğün kullanımına verildiği görülmektedir.

Özelleştirme Yüksek Kurulunun 30.12.2004 günlü, 2004/128 sayılı kararı, mülkiyeti TCDD İşletmesi Genel Müdürlüğüne ait taşınmazları kapsadığına göre, İzmir Limanı tevsii alanında kalan ve mülkiyeti TCDD İşletmesi Genel Müdürlüğüne ait olmayan taşınmazların özelleştirme programına alındığına dair 4046 sayılı Kanuna göre yeni bir Özelleştirme Yüksek

Kurulu kararı alınması gerekirken böyle bir karar alınmaksızın bu taşınmazların ihale sürecine dahil edilmesi 4046 sayılı Kanun hükümlerine aykırılık teşkil etmektedir.

Ayrıca İzmir Limanının işletme hakkının verilmesi yöntemiyle özelleştirilmesine ilişkin olarak, 1998/4 sayılı "Özelleştirme Yoluyla Devralmaların Hukuki Geçerlilik Kazanabilmeleri İçin Rekabet Kurumu'na Yapılacak Ön Bildirimlerde ve İzin Başvurularında Takip Edilecek Usul ve Esaslar Hakkında Tebliğin 4 üncü maddesi uyarınca Rekabet Kurulu; İzmir Limanında konteyner elleçleme hizmetlerinin verildiği alanda özelleştirme sonrası hakim durum yaratılmasının önüne geçilmesi, yaratacağı rekabet ile hizmet bedellerinin piyasa koşullarında oluşmasına yardımcı olması ve hizmet etkinliğini sağlama amacıyla, limanın iki ayrı teşebbüsün hizmet verebilmesine imkan verebilecek şekilde ikiye ayrılarak birbirinden bağımsız olarak özelleştirilmesi, liman bölgesinde bulunan ve Demiryollar, Limanlar ve Hava Meydanları İnşaatı Genel Müdürlüğü tarafından proje konusu edilen coğrafi bölgenin yap işlet devret ya da benzeri bir usul ile devri halinde, İzmir Limanında yer alan konteyner rıhtımlarının işletmecileri dışında bir teşebbüs ve/veya teşebbüs birliğine verileceğinin ihale şartnamesi ile ilan edilmesi gerektiği şeklinde yöntemi de belirtilerek görüş vermiştir.

Ancak, davalı idarece rekabet hukuku açısından kabul edilebilir ve objektif olmayan nedenlerle bu görüşe itibar edilmemiş ve İzmir Limanı, limanın 2 nci Kısım da dahil olmak üzere tek bir teşebbüs ya da teşebbüs birliğine devredilecek şekilde ihale edilmiş olup, dava konusu ihalede bu yönden de hukuka aykırılık görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle, dava konusu ihalenin iptaline karar verilmesinin uygun olacağı düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Karar veren Danıştay Onüçüncü Dairesi'nce Tetkik Hâkiminin açıklamaları dinlendikten ve dosyadaki belgeler incelendikten sonra işin gereği görüldü:

Dava, TCDD Genel Müdürlüğü'ne ait İzmir Limanının 49 yıl süreyle işletme hakkının verilmesi yöntemiyle özelleştirilmesi amacıyla 03.05.2007 tarihinde yapılan ihalenin iptali istemiyle açılmıştır.

Dava konusu ihale işleminin kesin, yürütülmesi zorunlu ve tek başına iptal davasına konu olabilecek nitelikte olduğuna oyçokluğu ile karar verilerek Üye Orhun Yet'in usulde karşı oyuyla işin esasına geçildi.

Davalı idarenin usule ilişkin iddiaları yerinde görülmemiştir.

Anayasa'nın "Devletleştirme ve Özelleştirme" başlıklı 47. maddesinin üçüncü fıkrasında, "Devletin, kamu iktisadi teşebbüslerinin ve diğer kamu tüzel kişilerinin mülkiyetinde bulunan işletme ve varlıkların özelleştirilmesine ilişkin esas ve usuller kanunla gösterilir." hükmü bulunmaktadır.

4046 sayılı Özelleştirme Uygulamaları Hakkında Kanun'un "Amaç ve Kapsam" başlıklı 1.maddesinin (A) fıkrasında, bu Kanunun amacının, bu maddede sayılan kuruluşların ekonomide verimlilik artışı ve kamu giderlerinde azalma sağlamak için özelleştirilmesine ilişkin esasları düzenlemek olduğu belirtilmiş, aynı fıkranın (f) bendinde; genel ve katma bütçeli idarelerle bunlara bağlı döner sermayeli kuruluşların, mal ve hizmet üretim birimleri ve varlıkları (baraj, gölet, otoyol, yataklı tedavi kurumları, limanlar ve benzeri diğer mal ve hizmet üretim birimleri) ile bu Kanunun 35. maddesinin (B) fıkrasında belirtilen kamu iktisadî kuruluşlarının temel kuruluş amaçlarına uygun mal ve hizmet üretim birimlerinin işletilmesi hakları özelleştirilebilecek kuruluşlar arasında sayılmıştır.

Kanun'un 3/c maddesinde de, kuruluşların; satış, kiralama, işletme hakkı devri, mülkiyetin gayri ayrı hakların tesisi ve işin gereğine uygun sair hukukî tasarruflar ile devredilmelerine ilişkin özelleştirme yöntemlerinden hangisi ile özelleştirileceğini belirlemenin Özelleştirme Yüksek Kurulu'nun görevleri arasında olduğu kuralına yer verilmiştir. Anılan Kanun'un 15. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendinde, bu Kanun'un 35. maddesinin (B) bendinde belirtilen ve kamu hizmeti gören tekel niteliğinde mal ve hizmetleri üreten kamu

iktisadî kuruluşları ile bunların müessese, bağlı ortaklık, işletme ve işletme birimlerinin, işletme hakkının verilmesi veya kiralanması ve mülkiyetin devri dışındaki benzeri diğer yöntemlerle özelleştirilmesinin, bu Kanun hükümleri çerçevesinde yapılacağı, 37. maddesinin (a) bendinde, limanlar hakkında mülkiyetin devri suretiyle özelleştirme yapılamayacağı öngörülmüştür.

Yukarıda belirtilen mevzuat hükümlerinin birlikte değerlendirilmesinden, Kanun'da "kuruluş" olarak sayılanların, Kurul'ca, belirtilen usul ve esaslar çerçevesinde ekonomide verimlilik artışı ve kamu giderlerinde azalma sağlamak için özelleştirilmesi yoluna gidilebileceği, limanların da işletme hakkının verilmesi veya kiralanması ve mülkiyetin devri dışındaki benzeri yöntemlerle özelleştirilmesinin mümkün olduğu görülmektedir.

Uyuşmazlıkta, Özelleştirme Yüksek Kurulunun 30.12.2004 günlü, 2004/128 sayılı kararıyla; TCDD'na ait İzmir, Mersin, Derince, İskenderun, Bandırma ve Samsun limanlarının özelleştirme programına alınmasından ve İhale Şartları Belgesinin hazırlığına esas olacak Rekabet Kurulu öngörüşünden sonra Özelleştirme İdaresi Başkanlığının 03.01.2006 günlü, 07 sayılı Oluru ile İzmir Limanının 49 yıl süreyle işletme hakkının verilmesi yöntemiyle özelleştirilmesi amacıyla ihaleye çıkarılmasına karar verildiği; 03.05.2007 tarihinde ihale yapıldığı ve bu ihalede en yüksek teklifi veren Global- Hutchison -EİB Ortak Girişim Grubu, Çelebi Holding A.Ş ve Alsancak Ortak Girişim Gurubu için Rekabet Kurulu'ndan izin alınması istemiyle başvurulduğu ve Rekabet Kurulu'nun 05.06.2007 günlü, 07-47/507-182 sayılı kararıyla Alsancak Ortak Girişim Gurubu dışında adları belirtilenlerden herhangi birisinin Limanın işletme hakkını devralması işlemine izin verildiği anlaşılmaktadır.

Dava konusu ihale işleminin dayanağını oluşturan, İzmir Limanı'nın özelleştirme programına alınmasına ve özelleştirme yönteminin belirlenmesine ilişkin Özelleştirme Yüksek Kurulu'nun 30.12.2004 tarih ve 2004/128 sayılı kararının iptali istemiyle açılan davada, Dairemizin 21.01.2008 tarih ve E: 2007/10296, K:2008/950 sayılı kararıyla davanın reddine, yine aynı Liman'ın 49 yıl süre ile "işletme hakkı verilmesi" yöntemiyle özelleştirilmesi amacıyla ihaleye çıkılmasına ilişkin davalı idare işleminin iptali istemiyle açılan davada da, Dairemizin 21.01.2008 tarih ve E: 2006/555, K: 2008/963 sayılı kararıyla davanın reddine karar verilerek, söz konusu işlemler hukuka uygun bulunmuştur.

815 sayılı Türkiye Sahillerinde Nakliyatı Bahriye (Kabotaj) ve Limanlarla Kara Suları Dahilinde İcrayı San'at ve Ticaret Hakkında Kanunun, *"Türkiye Sahillerinin bir noktasından diğerine emtia ve yolcu alıp nakletmek ve sahillerde, limanlar dahilinde veya beyinde cer ve kılavuzluk ve her hangi mahiyette olursa olsun bilcümle liman hidematını ifa etmek yalnız Türkiye sancağını hamil sefain ve merakibe münhasırdır."* şeklindeki 1. maddesi gereğince Türkiye kıyılarında yük ve yolcu taşımacılığı "Türk bayrağını" taşıyan gemilere özgülenmiş, maddenin devamında, Türkiye kıyılarında, limanlarında veya limanları arasında kılavuzluk, çekme ve benzeri her türlü liman hizmetlerinin de ancak Türk bayrağı taşıyan gemilerle yapılabileceği ifade edilmiştir.

Anılan Kanun'un 2. maddesinde, Türkiye'nin bütün kıyıları, karasuları, limanları, gölleri, nehirleri ve benzeri yerlerinde, her türlü gemi ile ticaret yapma hakkı; 3. maddesinde, Türkiye karasularında balık ve öteki deniz ürünleri avcılığı, kum ve çakıl çıkarma, dalgıcılık, Türk gemilerinde kaptanlık, çarkçılık, katiplik, tayfalık, iskelelerde hamallık gibi hizmetler de Türk yurttaşlarına özgülenmiştir.

İhale Şartları Belgesi'nde, TCDD'nin Liman'da sunduğu veya Liman'da sunulabilecek barınma, yükleme, boşaltma, şifting, limbo, terminal, ardiye, palamar, gemilere su verme, atık alma, yolcu salonu işletmeciliği ve bakım-onarım, iase v.b diğer hizmetlerin, sunulması da dahil ancak bunlarla sınırlı olmamak şartıyla Liman'da karma kullanımlı limanlarda olağan olarak sağlanan her türlü hizmetler, ihale işleminin konuları arasında gösterilmiş olup, 815 sayılı Kanun'un 1. maddesinde de Türkiye kıyılarında, limanlarında veya limanları arasında kılavuzluk, çekme ve benzeri her türlü liman hizmetlerinin ancak Türk bayrağı taşıyan

gemilerle yapılabileceği ifade edildiğinden, dava konusu ihale işleminin sözü edilen madde çerçevesinde değerlendirilmesi gerekmektedir.

Bir geminin hangi şartlarla Türk bayrağı çekebileceği Türk Ticaret Kanunu'nun (TTK) 823. maddesi ve 824. maddesinin 2. fıkrası hükümleri ile düzenlenmiştir.

Anılan Kanun'un 823. maddesinde yer alan, *"Her Türk gemisi Türk Bayrağı çeker. Yalnız Türk vatandaşlarının malı olan gemi Türk gemisidir."* şeklindeki düzenlemeyle, gerçek kişinin mülkiyetinde olan geminin Türk gemisi olması için, malikinin Türk vatandaşı olması ilkesi benimsenmiş, geminin bir tüzel kişinin mülkiyetinde olması haline ise maddenin devamında yer verilerek;

"Türk Kanunları uyarınca kurulup da;

1- Tüzel kişiliği haiz olan teşekkül, müessese, dernek ve vakıfların malı olan gemiler idare organını teşkil eden kişilerin çoğunluğu Türk vatandaşı olmak,

2- Türk ticaret şirketlerinin malı olan gemiler, şirketi idare ve temsil etmeye yetkili ortakların çoğunluğu Türk vatandaşı olmak ve şirket sözleşmesine göre oy çoğunluğu Türk ortaklarda bulunmak....., şartıyla Türk gemisi sayılırlar."

yolundaki düzenlemeyle yabancılara da Türk gemilerinde pay sahibi olabilmek olanağı verilmiştir.

Yukarıda yer verilen Kanun maddelerinin birlikte değerlendirilmesinden, içinde yabancılik unsuru taşıyan tüzel kişilere ait olan gemilerle, bu tüzel kişilerin TTK'nun 823. maddesinde sayılan koşulları taşımaları halinde, 815 sayılı Kanun'un 1. maddesinde sayılan hizmetleri yerine getirebileceği sonucuna ulaşılmaktadır.

İzmir Limanı'nda kılavuzluk ve römorkaj hizmetleri Türkiye Denizcilik İşletmeleri A.Ş. tarafından yerine getirildiğinden, şartnamede bu hizmetlere açıkça yer verilmemesi, ihale kapsamı dışında tutulduklarını göstermekte olup, bu hizmetler dışında şartname kapsamında bulunan hizmetlerden yalnızca palamar hizmeti, denizde gemilerle ya da teknelerle yerine getirilebilecek hizmet niteliğindedir. Bu hizmetin 815 sayılı Kanun'un 1. maddesi kapsamında yer alması nedeniyle Türk bayrağı taşıyan gemilerle ifa edilmesi gerektiği kuşkusuzdur.

Bu nedenle de, palamar hizmetinin ihale kapsamında yer alması ve denizde verilen bu hizmete yönelik olarak Liman'da bir adet palamar botunun bulunması, işletcinin sözü edilen hizmeti Kabotaj Kanunu hükümlerine aykırı olarak yürüteceği sonucunu doğurmayacaktır.

Nitekim, ihale şartnamesinde, 4046 sayılı Kanun'un 5189 sayılı Kanunla değişik 37. madde hükümlerinin saklı olduğuna yer verilmiş olup; 4046 sayılı Kanun'un atıfta bulunulan 37. maddesinde, özelleştirme uygulamaları ile ilgili olarak Kabotaj Kanunu hükümlerinin saklı olduğu hükmüne bağlanmıştır.

Diğer yandan, yukarıda değinildiği üzere, TTK'nun 823. maddesinde yapılan değişiklikle yabancılara da Türk gemilerinde pay sahibi olabilmek olanağının verilmesi karşısında, yabancı uyruklu tüzel kişilerin katılımına açık olan ihalede Kabotaj Kanunu'nun 1. maddesine aykırılık görülmemiştir.

Kabotaj Kanunu'nun 2. maddesinde, Türkiye'nin bütün kıyıları, karasuları, limanları, gölleri, nehirleri ve benzeri yerlerinde, her türlü gemi ile ticaret yapma hakkı; 3. maddesinde, Türkiye karasularında balık ve öteki deniz ürünleri avcılığı, kum ve çakıl çıkarma, dalgıçlık, Türk gemilerinde kaptanlık, çarkçılık, katiplik, tayfalık, iskelelerde hamallık gibi hizmetler Türk yurttaşlarına özgülenmiştir. İhale şartnamesinde ihalenin kapsamında gösterilen barınma, yükleme, boşaltma, şifing, limbo, terminal, ardiye, gemilere su verme, atık alma, yolcu salonu işletmeciliği ve bakım-onarım, iase gibi liman hizmetlerinin ise Kabotaj Kanunu'nun 2. ve 3. maddeleri kapsamında olmadığı tartışmasızdır.

Dolayısıyla, 815 sayılı Yasa'nın yalnızca Türk yurttaşları tarafından görülebileceğini belirttiği hizmetlerin, ihale şartnamesinde yer alan hizmetlerden farklı olduğu hususu dikkate alındığında, ihale şartnamesinin, Kabotaj Kanunu'nun 2. ve 3. maddelerinde yer alan hizmetlerin yabancı uyruklularca görülmesine olanak sağlamadığı açıktır.

Özelleştirme Yüksek Kurulu'nun 30.12.2004 tarih ve 2004/128 sayılı kararıyla özelleştirme programına alınan ve 02.06.2005 tarih ve 05/54 sayılı kararıyla işletme hakkının verilmesi yöntemiyle özelleştirilmesine karar verilen İzmir Limanına ilişkin ihale şartnamesinde; Liman, "TCDD'nin işlettiği İzmir Limanı, TCDD mülkiyetindeki veya kullanımındaki limancılık faaliyetleri ile ilgili geri sahayı ve işletici tarafından "Tevsii İnşaatı" sonrasında, inşa edildikten sonra işletilecek olan Liman'ın ikinci kısmı" olarak tanımlanmış ve ihalenin konusu kısmında liman hizmetleri sayıldıktan sonra, Liman'ın kullanımında bulunan makine, ekipman, teçhizat, alet, edevat ve bunların fiili teslim tarihindeki yedek parçaları ile Limanda bulunan deniz vasıtaları ve kara taşıtları ile fiili teslim tarihi itibarıyla TCDD'nin Limanda kullanımında olan Devletin hüküm ve tasarrufu altındaki taşınmazlar ve Tevsii İnşaatının yapılacağı deniz alanı ile TCDD'nin mülkiyetinde bulunan diğer taşınmazlar ve bunların altyapı tesisleri, yerüstü yapıları ve bütünüleyici parçalarının 49 yıl süreyle işleticiye "İşletme Hakkının Verilmesi" yöntemiyle özelleştirilmesi ihalenin konusu olarak belirlenmiştir.

Dava dosyasının incelenmesinden, İzmir Limanı'nın yüklerinde konteynerizasyon oranlarının giderek artması sonucu Liman'da mevcut haliyle konteyner trafiğinde sıklıkla yaşanması nedeniyle Yüksek Planlama Kurulu'nun 11.05.1999 tarih ve 99/T-20 sayılı kararı ile İzmir Limanı'nın geliştirilmesinin öngörüldüğü ve hazırlanan plan ve projeler uyarınca bu konuda yetkili kılınan DLH Genel Müdürlüğü aracılığı ile "İzmir Limanı Tarama ve Tevsii İnşaatı" adı altında Yap-İşlet-Devret (YİD) modeli ile ihaleye çıkıldığı ancak, anılan model çerçevesinde ihalenin gerçekleşmemesi üzerine 11.05.1999 tarih ve 99/T-20 sayılı kararın, 27.12.2005 tarih ve 2005/T-25 sayılı Yüksek Planlama Kurulu kararıyla iptal edildiği, DLH Genel Müdürlüğü tarafından Özelleştirme İdaresi Başkanlığı'na gönderilen 10.03.2006 tarih ve 4311 sayılı yazıda, mevcut Liman ile bütünlük sağlaması ve bölgesel bazda sağlanacak yararlar açısından mevcut İzmir Limanı'nın özelleştirilmesi ile birlikte körfezi Limana bağlayan kanalın taranması ve tevsii işinin özelleştirme ihalesi kapsamına dahil edilmesinin uygun olarak değerlendirildiğinin bildirildiği, öte yandan, Türkiye Sınai ve Kalkınma Bankası'na yaptırılan İzmir Limanı Değer Tespit Komisyonu Raporunun teknik incelemeye ilişkin "Mevcut Durum" başlıklı kısmında, raporun, İzmir Limanı'nın değerlendirilmesinde mevcut limana ilave olarak İzmir Limanı Tarama ve Tevsii İnşaatı olarak bilinen yeni liman alanı ve bununla birlikte körfezde yapılması gerekli tarama yatırımlarının birlikte dikkate alınarak hazırlandığının vurgulandığı, benzer şekilde tevsii inşaatı alanı dahil İzmir Limanının özelleştirilmesine ilişkin Rekabet Kurulu'ndan 1998/4 sayılı Tebliğ uyarınca önce öngörüş, ihale sonrası da izin alındığı ve İzmir Limanının Başbakanlık Denizcilik Müsteşarlığı tarafından belirlenen koordinatlarının sözü edilen tevsii alanını da kapsadığı anlaşılmaktadır.

Yukarıda yer verilen bilgilerden de görüldüğü üzere, tevsii alanının İzmir Limanından ayrı ve farklı bir işletme niteliği bulunmamakta olup, tevsii inşaatı ile mevcut Limanda oluşan yoğun yük trafiğinin getireceği sakıncaların ortadan kalkmasına olanak sağlayacak yeni bazı yatırımların yapılması amaçlanmaktadır.

Dolayısıyla, tevsii inşaatının YİD modeliyle yapılması olanağının ortadan kalkması, Liman tesislerinin yapımına ilişkin olarak tevsii inşaatı sonrasında inşa edilecek olan Liman'ın ikinci kısmının, Liman'dan ayrı ve farklı bir işletme niteliğinin bulunmaması ve değer tespitinde tevsii inşaatının da dikkate alınması karşısında, İzmir Limanı'nın bir bütün olarak işletme hakkının devri suretiyle özelleştirilmesi amacıyla programa alındığı anlaşıldığından, bu hususun ihaleyi sakatlayıcı bir yönü bulunmadığı gibi, yüksek yatırım gerektiren tevsii inşaatının ihale kapsamına dahil edilmesinde 4046 sayılı Kanun'da sayılan "ekonomide verimlilik artışı" ve "kamu giderlerinde azalma sağlamak" amaçlarına da aykırılık görülmemiştir.

Davacının, uyuşmazlığa konu ihalenin Rekabet Kanunu'na aykırı olduğu yolundaki iddialarına gelince;

Davacı tarafından, davalı idareye yapılan ön bildirim üzerine ihale şartları belgesinin hazırlığına esas olacak Rekabet Kurulu görüşünde, İzmir Limanının konteyner elleçlemeye

ayrılmış rıhtımların ve geri kalanlarının tek teşebbüs ve/veya teşebbüs birliği hâkimiyetine geçmeyecek şekilde iki parça halinde özelleştirilmesi gerektiği bildirildiği halde, Limanın tek parça halinde özelleştirilmek üzere ihaleye çıkarıldığı, bu durumun 4054 sayılı Kanuna aykırı olduğu, sonradan Rekabet Kurulu'ndan alınan iznin sakat doğmuş bir hukukî işleme geçerlilik kazandırmayacağı iddia edildiğinden, Rekabet Kurulu "görüşü" ile "izin kararı" arasındaki farklılığın Rekabet Hukuku yönünden değerlendirilmesi gerekmektedir.

4046 sayılı Özelleştirme Uygulamaları Hakkında Kanun'un "İlkeler" başlıklı 2/d maddesinde, oluşabilecek tekeli bir yapının olumsuz etkilerinin önlenmesi, özelleştirme uygulamalarında esas alınacak ilkeler arasında sayılmıştır.

4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 7. maddesinde; "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 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 devralması hukuka aykırı ve yasaktır. Hangi tür birleşme ve devralmaların hukukî geçerlilik kazanabilmesi için Kurula bildirilerek izin alınması gerektiğini Kurul, çıkaracağı tebliğlerle ilân eder" hükmü yer almış, bu madde uyarınca düzenlenen 1998/4 sayılı "Özelleştirme Yoluyla Devralmaların Hukukî Geçerlilik Kazanabilmeleri İçin Rekabet Kurumuna Yapılacak Ön Bildirimlerde ve İzin Başvurularında Takip Edilecek Usul ve Esaslar Hakkında" Tebliğin 3. maddesinin birinci fıkrasında, bu Tebliğ kapsamındaki özelleştirme yolu ile devralma işlemlerinde; özelleştirilecek teşebbüs ya da mal veya hizmet üretimine yönelik birimin ilgili ürün piyasasındaki pazar payının % 20'yi veya cirosunun 20 trilyon Türk Lirasını aşması ya da bu eşikler aşılsa bile özelleştirilecek teşebbüsün hukukî veya fiili imtiyazlara sahip olması halinde, ihale şartlarının kamuoyuna duyurulmasından önce, Rekabet Kurumuna ön bildirimde bulunularak, ilgili pazarda böyle bir özelleştirmenin ne gibi sonuçlar doğuracağı, özelleştirilecek teşebbüsün varsa sahip olduğu hukukî veya fiili imtiyazların özelleştirme sonrası durumunun ne olacağı hususlarının değerlendirileceği ve bu konularda ihale şartları belgesinin hazırlığına esas olacak Rekabet Kurulu görüşünün alınmasının zorunlu olduğu; 4.maddesinde de, Rekabet Kurulunun görüşü alınmak üzere ön bildirimlerde takip edilecek usul düzenlendikten sonra, Tebliğin 5. maddesinde, Rekabet Kurumu'na ön bildirimde bulunulması zorunlu olan özelleştirme yolu ile devralma işlemlerinde ve ön bildirimde tabi olmamakla birlikte bu Tebliğ kapsamında olan özelleştirme yolu ile devralma işlemi taraflarının ilgili ürün piyasasındaki toplam pazar paylarının %25'i veya cirolarının 25 trilyon Türk Lirasını aşması halinde; devralma işlemlerinin hukukî geçerlilik kazanabilmeleri için Rekabet Kurulu'ndan izin alınmasının zorunlu olduğu, 6. maddesinde ise, Rekabet Kurumu'na izin başvurusunun, ihale işleminin sonuçlanmasından sonra ve fakat Özelleştirme Yüksek Kurulu'nun özelleştirilecek teşebbüs ya da mal veya hizmet üretimine yönelik birimin nihai devir işlemine ilişkin kararından önce, Özelleştirme İdaresi Başkanlığı'nın Özelleştirme Yüksek Kurulu'na sunacağı Özelleştirme Yüksek Kurulu karar taslağında yer alacak her teklif sahibi için bağımsız dosyalar şeklinde yapılacağı hükme bağlanmıştır.

Yukarıda anılan mevzuat hükümlerinden anlaşılacağı üzere, 4054 sayılı Kanun'un 7. maddesinde izin alınması gereken birleşme ve devralmaların türlerini belirleme ve anılan Kanun'un uygulaması ile ilgili olarak tebliğler çıkarma ve gerekli düzenlemeler yapma, 27/d maddesinde de birleşme ve devralmalara izin verme yetkisi Rekabet Kurulu'na verilmiştir. Bu yetki uyarınca da Rekabet Kurulu "Özelleştirme Yoluyla Devralmaların Hukukî Geçerlilik Kazanabilmeleri İçin Rekabet Kurumuna Yapılacak Ön Bildirimlerde ve İzin Başvurularında Takip Edilecek Usul ve Esaslar Hakkında 1998/4 nolu" Tebliği çıkararak Özelleştirme İdaresi Başkanlığı'na "Ön Bildirim"de bulunmayı ve "İzin" almayı özelleştirme yoluyla devralmaların hukukî geçerlilik kazanabilmeleri için gerekli koşul olarak getirmiştir.

Görüldüğü üzere "izin"ın dayanağı 4054 sayılı Kanun'un 7. maddesi olmakla birlikte, ön bildirim sonucu Rekabet Kuruluna verilen "görüş"ün dayanağını 1998/4 sayılı Tebliğ oluşturmaktadır.

Tebliğ'de yer alan düzenleme ile Özelleştirme İdaresi Başkanlığı'nca ihale koşullarının kamuoyuna duyurulmasından önce Rekabet Kurumu'na Rekabet Kurulu'nun görüşü alınmak üzere ön bildirimde bulunulması, Rekabet Kurulu'nun da ön bildirimin kayıtlarına giriş tarihinden itibaren 40 iş günü içerisinde "görüşünü" Özelleştirme İdaresi Başkanlığı'na bildirmesi öngörülerek özelleştirme yoluyla devralmaların özelliği gereği ileride izin aşamasında ortaya çıkabilecek sorunların ihale şartnamesi kamuoyuna duyurulmadan önce ortadan kaldırılması ve izin sisteminin işlerliğinin de etkili kılınması amacıyla Rekabet Kurulu'nun görüşü için ön bildirimde bulunma usul ve kuralları belirlenmiştir. İhale Şartnamesinin ihalenin hangi şartlarla yapılacağını belirlemesi ve taraflara bir kısım yükümlülükler getirmesi nedeniyle, sonuçta "izin" alınması gereken özelleştirme yoluyla devralmalarda Rekabet Kurulu'nun görüşünün dikkate alınması, bu aşamada özelleştirme sonrası rekabeti bozucu sonuçların önüne geçilmesi amaçlanmıştır. Anılan Tebliğin 5. maddesiyle ön bildirimde bulunulması zorunlu olan özelleştirme yolu ile devralma işlemlerinde Rekabet Kurulundan izin alınması zorunluluğu getirilmesi de bu hususu teyit ettiğinden, ön görüşün ihale koşullarını hazırlamakla görevli ve yetkili olan Özelleştirme İdaresi Başkanlığı'nın almak zorunda olduğu bir hazırlık işlemi niteliğinde olduğu, bu itibarla idareyi bağlayıcı niteliği bulunmadığından, görüşe uyulmamış olmasının tek başına idari işlemi sakatlamayacağı sonucuna ulaşılmaktadır.

Olayda, Özelleştirme Yüksek Kurulunun 30.12.2004 günlü, 2004/128 sayılı kararıyla; TCDD'na ait İzmir, Mersin, Derince, İskenderun, Bandırma ve Samsun limanlarının özelleştirme programına alındıktan sonra İhale Şartları Belgesinin hazırlığına esas olacak Rekabet Kurulu görüşünün bildirilmesi istemiyle Özelleştirme İdaresi Başkanlığı'nca 10.02.2005 günlü, 1469 sayılı yazı ile Rekabet Kurumu Başkanlığına başvurulduğu, Tebliğde öngörülen süreç sonucunda Rekabet Kurulunun 06.05.2005 günlü, 05-31 sayılı toplantısında yaptığı değerlendirmede; İzmir Limanının;

A) Limanda konteyner elleçleme hizmetlerinin verildiği alanda özelleştirme sonrası hakim durum yaratılmasının önüne geçilmesi, yaratacağı rekabet ile hizmet bedelinin piyasa koşullarında oluşmasına yardımcı olması ve hizmetlerin etkinliğini sağlama amacıyla; üç rıhtımın ve 10 terminalden (4-3-3) oluşan alanın diğer iki rıhtımın bütünlüğünü bozmayacak biçimde, bir rıhtımının ayrı bir teşebbüs işletmesine verilmesi suretiyle iki ayrı teşebbüsün hizmet verebilmesine imkan tanınacak şekilde konteyner elleçlemede kullanılan alan ve geri alanının ikiye ayrılarak özelleştirilmesi gerektiği,

B) Konvansiyonel yük elleçleme için ayrılmış rıhtım ve geri alanı ile yolcu gemisi rıhtımı ve tesislerinin aynı teşebbüs ve/veya teşebbüs birliğinin işletmesine verilmesinde sakınca bulunmadığı, bu sebeple bahse konu rıhtımların, geri alan ve tesislerin birlikte özelleştirilebileceği, alıcı adayları belli olduktan sonra 4054 sayılı Kanun'un 7. maddesi ile 1997/1 ve 1998/4 sayılı Tebliğler uyarınca konunun tekrar değerlendirileceği,

Yolunda görüş oluşturduğu, bu görüşün Özelleştirme İdaresi Başkanlığına bildirilmesi üzerine, anılan idarece, Rekabet Kurulu tarafından benimsenen yaklaşımın teknik ve ekonomik nedenlerle uygulanamayacağından bahisle Özelleştirme Yüksek Kurulu'nun 02.06.2005 günlü, 2005/54 sayılı kararıyla İzmir Limanının tamamının bir bütün olarak işletme hakkının verilmesi yöntemiyle özelleştirilmesine karar verildiği, öte yandan, davalı idarece özelleştirme sonrası işletcinin hâkim durumunu kötüye kullanmasını engelleyecek tedbirlere (etkinliğin sağlanması, ayrımcılığın engellenmesi, aşırı fiyatlandırmanın engellenmesi ve sözleşme hükümlerine uygunluğun denetlenmesi) işletme hakkının devrini düzenleyen sözleşmede yer verildiği, Rekabet Kurulu'na yapılan izin başvurusu üzerine ise Kurulun 05.06.2007 tarih ve 07-47/507-182 sayılı kararıyla; ihalede en yüksek teklifi veren Ortak Girişim Grupları yönünden 3. sırada teklif veren Alsancak Ortak Girişim Grubu dışında

4054 sayılı Kanun'un 7. maddesi anlamında hâkim durum yaratılması veya mevcut bir hâkim durumun güçlendirilmesinin söz konusu olmayacağı kanaatine varıldığı belirtilerek izin için başvuru 3. sıradaki ortak girişim grubu dışındaki Ortak Girişim Gruplarından herhangi birisine İzmir Limanı'nın işletme hakkını devralması işlemine izin verilmesine karar verildiği anlaşılmaktadır.

4054 sayılı Kanun'un 7. maddesinde, 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 devralmasının hukuka aykırı ve yasak olduğunun ifade edilmesine, 1998/4 nolu Tebliğin 3. maddesinde de, maddede belirtilen şartların varlığı durumunda Rekabet Hukuku açısından ilgili pazarda böyle bir özelleştirmenin ne gibi sonuçlar doğuracağına değerlendirilmesi amacıyla Rekabet Kurulu'nun görüşünün alınması zorunluluğu getirilmesine karşın, İzmir Limanı'na ilişkin Rekabet Kurulu görüşünde ilgili mevzuatında öngörülen kurallar çerçevesinde özelleştirmenin ilgili pazarda hâkim durum yaratılması veya hâkim durumun daha da güçlendirilmesi sonucunu doğurup, doğurmayacağı yönünde bir değerlendirmesinin yapılmasından çok, Limanın özelleştirme sonuçları tartışılıp, ilgili pazardaki denetim ve regülasyon eksikliği sebebiyle ortaya çıkması olası düzensizlikler dikkate alınarak Limanın bölümlendirilerek iki ayrı teşebbüs ve/veya teşebbüs birliğinin işletilmesine verilmesinin önerilmesi niteliğinde olduğu, öte yandan, işletme hakkını devrini düzenleyen sözleşmede işleticinin hâkim durumunu kötüye kullanmasını engelleyecek tedbirlerin alındığı görüldüğünden, davacının, Rekabet Kurulu'nun ön görüşüne uyulmayarak Limanın tek parça özelleştirilmesinin rekabet hukukuna aykırı olduğu yolundaki iddiasının dayanağı bulunmamaktadır.

Davacının ihale prosedürünün belirlenmesine ve ihaleye ilişkin iddialarına gelince;

4046 sayılı Özelleştirme Uygulamaları Hakkında Kanun'un "Özelleştirme Yöntemleri, Değer Tespiti, İhale Yöntemleri" başlıklı 18. maddesinin (B) bendinde, özelleştirme programına alınan kuruluşların değer tespiti çalışmalarının bu Kanuna göre idarece oluşturulan değer tespit komisyonları tarafından yürütüleceği öngörülmüş; bu bendin (c) alt bendinde de, komisyonun görevleri düzenlenerek Komisyonun, değer tespit çalışmalarını, özelleştirilecek kuruluşun niteliği, gördüğü hizmetin özelliği, gelecekteki nakit akımı potansiyeli, faaliyette bulunduğu sektör ve pazarın özellikleri, sahip olduğu sınaî, ticarî ve sosyal tesisler, makine araç ve gereçler, teçhizat, malzeme ve hammadde ile yarı mamul ve mamul madde stokları, her türlü taşınır ve taşınmaz malları, vasıfları ve hali hazır durumları, senetli ve senetsiz bütün alacak ve borçları ile bilumum hak ve yükümlülükleri ve özelleştirilecek kuruluşa uygulanacak özelleştirme yöntemini de dikkate alarak uluslararası kabul görmüş olan; indirgenmiş nakit akımları (net bugünkü değer), defter değeri, net aktif değeri, amortize edilmiş yenileme değeri, tasfiye değeri, fiyat/kazanç oranı, piyasa kapitalizasyon değeri, piyasa değeri/defter değeri, ekspertiz değeri, fiyat/nakit akım oranı metotlarından en az ikisi uygulamak suretiyle yürüteceği kurala bağlanmış, aynı maddenin "İhale Komisyonlarının Oluşumu ile İhale Usul ve İşlemleri" başlıklı (C) bendinde ise, bu maddenin (A) bendinde yer alan özelleştirme yöntemlerinin uygulanmasına ilişkin ihale işlemlerinin bu Kanuna göre oluşturulan ihale komisyonları tarafından yürütüleceği belirtildikten sonra, komisyonun oluşumu, çalışması ve görevleri düzenlenmiş, ihale usulleri arasında sayılan pazarlık usulü ile ilgili kurallar da "İhalelere birden fazla teklif sahibinden kapalı zarf içerisinde teklif almak şartıyla başlanabilir... Teklif sahipleri ile birden fazla pazarlık görüşmesi yapılabilir. Pazarlık görüşmeleri teklif sahipleri ile ayrı yapılır. Pazarlık görüşmelerinin, ihalenin herhangi bir aşamasında pazarlık görüşmelerine devam edilen teklif sahipleri ile müştereken yapılmasına komisyonca karar verilebilir. Komisyonca, pazarlık görüşmeleri sırasında ortaya çıkabilecek yeni durumlar karşısında, rekabete engel teşkil

etmemek, ihale ilânında ve/veya şartnamede yer alan hususlara aykırı olmamak ve pazarlık görüşmelerine devam edilen teklif sahiplerine eşit olarak uygulanmak kaydı ile yeni esaslar belirlenebilir. Komisyonca gerekli görüldüğü takdirde ihale, pazarlık görüşmesine devam edilen teklif sahiplerinin katılımı ile açık artırma suretiyle sonuçlandırılabilir. Bu husus ilânda ve/veya şartnamede belirtilir. Görüşmeler komisyon tarafından bir tutanakla tespit edilir, tutanak komisyon üyeleri ve teklif sahiplerince imzalanır." hükmü yer almıştır.

Dosyanın incelenmesinden; Özelleştirme Yüksek Kurulunun 02.06.2005 tarihli kararıyla, İzmir Limanının işletme hakkının devri yöntemiyle özelleştirilmesine karar verilmesi sonucu, ihale şartnamesinde belirtilen usul ve koşullarla yukarıda anılan Kanun hükümlerine uygun olarak ihaleye çıkarıldığı, Yasa'ya uygun oluşturulan değer tespit komisyonunca, danışmanlık hizmeti veren Türkiye Sınai Kalkınma Bankası A.Ş.'ne yaptırılan değerlendirme raporu ve değer tespit sonuç raporundaki veriler esas alınarak, indirgenmiş nakit akımı uygulamasıyla bulunan 49 yıllık sınırlı süreli işletme hakkı devri değerinin 626 milyon ABD Doları olarak tespit edildiği, bu değer esas alınarak ihale aşamasında uygulanan pazarlık usulü ile yapılan ihaleye dört teklif sahibinden kapalı zarf içerisinde teklif alınmak suretiyle başlandığı, bir elemesiz turdan oluşan pazarlık görüşmeleri sonucu, açık artırmaya geçildiği, İhale Komisyonu tarafından 03.05.2007 tarihinde açık artırma suretiyle yapılan görüşmelerde, en son turda ve nihai olarak 1.275.000.000 ABD Doları ile en yüksek teklifi veren Global- Hutchison -EİB Ortak Girişim Grubuna İhale Şartları Belgesi çerçevesinde işletme hakkının devredilmesine karar verildiği anlaşılmaktadır.

Bu durumda yukarıda anılan yasal düzenlemelere uygun olarak yapılan ihalede hukuka aykırı bir yön bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle, yasal dayanağı bulunmayan davanın reddine, yargılama giderlerinin davacı üzerinde bırakılmasına, yürürlükte bulunan Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi uyarınca belirlenen 500,00.- YTL avukatlık ücretinin davacıdan alınarak davalı idareye verilmesine, artan posta giderinin istemi halinde davacıya iadesine 09.10.2008 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

USULDE KARŞI OY

2577 Sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 2.maddesiyle tanımlanan iptal davasına, idarenin tek taraflı irade beyanı ile, kişilerin hukuksal durumlarında değişiklik meydana getiren etkili ve yürütülmesi zorunlu işleminin konu edilebileceği tartışmasızdır.

Kesin ve yürütülmesi zorunlu, idari davaya konu edilebilecek işlemler, idarenin kamu gücüne dayanarak, tek yanlı irade beyanı ile tesis ettikleri, hukuk düzeninde değişiklik yapan, başka bir deyişle ilgililerin hukukunu etkileyen işlemlerdir.

4046 sayılı Özelleştirme Uygulamalarının Düzenlenmesine ve Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun "Özelleştirme Yöntemleri, Değer Tespiti, İhale Yöntemleri" başlıklı 18.maddesinin son fıkrasında, "ihale işlemleri sonucunda ihale komisyonunca verilen kararlar idare tarafından Kurulun onayına sunulur. (Danışman Seçimine ilişkin ihale sonuçları hariç) ve sonuçlar Kurulun onayını müteakip kamu oyuna duyurulur." düzenlemesi yer almıştır.

Dava konusu edilen ihale, ancak ihale komisyonu kararının Özelleştirme Yüksek Kurulunun onayından sonra kesinleşeceğinden, bu aşamada ortada idarî davaya konu edilebilecek kesin ve yürütülmesi zorunlu bir idari işlem bulunmamaktadır. Bu nedenle 2577 sayılı Yasa'nın 15/1-b maddesi uyarınca davanın usul yönünden reddi gerektiği oyuyla aksi yöndeki karara katılmıyorum.

T.C.
DANIŞTAY
Onüçüncü Daire
Esas No : 2007/15673
Karar No : 2008/6897

Özeti 1- Doğal kaynak olan suya dayalı olarak üretim yapan hidroelektrik santralleri ile jeotermal santrallerin mülkiyetin devri suretiyle özelleştirilmesinin mümkün olmadığı, bu tür santrallerin işletme hakkı verilmesi yöntemiyle, diğer kaynaklara dayalı olarak üretim yapan elektrik santrallerinin ise mülkiyetin devri suretiyle özelleştirilebileceği,
2- Elektrik üretim özelleştirmelerinin kamu yararına ve hukuka uygun kabul edilebilmesi için, özelleştirmenin gerekli yatırımların yapılmasını öngören bir özelleştirme olması gerektiği,
3- Ankara Doğal Elektrik Üretim ve Ticaret A.Ş.'ne (ADÜAŞ) ait Tercan, Kuzgun, Mercan, İkizdere, Çıldır, Beyköy, Ataköy Hidroelektrik Santralleri ile Denizli Jeotermal Santrali'nin "işletme hakkı verilmesi"; Engil Gaz Tribünleri Santrali'nin ise "satış" yöntemi ile özelleştirilmesine ilişkin ihale ilânı ile bu ilânın dayanağı kararda mevzuata ve kamu yararına aykırılık görülmediği, açılan davanın reddi hakkında.

Davacı : Elektrik Mühendisleri Odası
Vekili : Av. ...
Davalı : Başbakanlık Özelleştirme İdaresi Başkanlığı - ANKARA
Vekili : Av. ...

İstemin Özeti : Ankara Doğal Elektrik Üretim ve Ticaret A.Ş. ne (ADÜAŞ) ait Tercan, Kuzgun, Mercan, İkizdere, Çıldır, Beyköy, Ataköy Hidroelektrik Santralleri ile Denizli Jeotermal Santrali'nin "işletme hakkı verilmesi"; Engil Gaz Tribünleri Santrali'nin ise "satış" yöntemi ile özelleştirilmesine ilişkin ihale ilânı ile bu ilânın dayanağı 08.10.2007 tarih ve 1110 sayılı kararın; dava konusu santrallerin özelleştirilmesinde kamu yararı bulunmadığı gibi, anılan özelleştirmenin bir kamu hizmeti olan elektrik enerjisinin üretiminde ciddi sıkıntıların yaşanmasına neden olacağı, halen üretimlerine devam eden santrallerin özelleştirilmesinin ekonomik açıdan da bir yarar sağlamayacağı, özel sektörün söz konusu santralleri işletecek bilgi ve deneyiminin bulunmadığı ileri sürülerek iptali istenilmektedir.

Savunmanın Özeti : Davacının dava açma ehliyetinin olmadığı, dava konusu işlemin kesin ve yürütülmesi gerekli işlem niteliğinde bulunmadığı, 4628 sayılı Elektrik Piyasası Kanunu'nun 2/a maddesi uyarınca özel hukuk tüzel kişilerinin elektrik üretim faaliyetinde bulunabilecekleri, bunun için Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu'ndan lisans alınması gerektiğinden, lisans başvurusunda bulunanların lisans konusu faaliyetlerde bulunmaya yeterli olduğunun tespiti halinde anılan Kurum tarafından lisans verildiği ve faaliyetlerinin denetlendiği, ihale şartnamesin 18/d maddesinde de bu hususlara yönelik hükümlere yer verildiği, yine şartnamenin 14/1. maddesine göre, işleticinin işletme hakkı devir sözleşmesi süresi sonunda santralleri tam ve eksiksiz olarak kullanıma hazır şekilde geri vermeyi sağlayacak her türlü yatırımı yapmakla yükümlü olduğu, söz konusu özelleştirme işleminin 4628 sayılı Kanunu'nun 14. maddesi uyarınca gerçekleştirildiği ileri sürerek davanın usul ve esas yönünden reddi gerektiği savunulmaktadır.

Danıştay Tetkik Hâkimi Şehnaz GENÇAY KARABULUT'un Düşüncesi : 4628 ve 4046 sayılı Kanunda öngörülen düzenlemelere uygun olarak gerçekleştirilen dava konusu işlemlerde kamu yararına ve hukuka aykırılık bulunmadığından davanın reddi gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı Ünal DEMİRCİ'nin Düşüncesi: Dava, Ankara Doğal Elektrik Üretim ve Ticaret A.Ş.'ye (ADÜAŞ) ait Tercan, Kuzgun, Mercan, İkizdere, Çıldır, Beyköy, Ataköy Hidroelektrik santralleri ile Denizli Jeotermal Santralinin işletme hakkı verilmesi; Engil Gaz tribünleri Santralinin ise satış yöntemiyle özelleştirilmesine ilişkin 10.10.2007 tarihinde yapılan ihale ilanı ve bu ilanın dayanağı kararın iptali istemiyle açılmıştır.

Davalı idarenin usule yönelik iddiaları yerinde görülmemiştir. İşin esasına gelince;

4628 sayılı Elektrik Piyasası Kanununun 1. maddesinde: "Bu Kanunun amacı; 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 sağlanmasıdır.

Bu Kanun; elektrik üretimi, iletimi, dağıtımı, toptan satışı, perakende satışı, perakende satış hizmeti, ithalat ve ihracatı ile bu faaliyetlerle ilişkili tüm gerçek ve tüzel kişilerin hak ve yükümlülüklerini, Elektrik Piyasası Düzenleme Kurumunun kurulması ile çalışma usul ve esaslarını ve elektrik üretim ve dağıtım varlıklarının özelleştirilmesinde izlenecek usulü kapsar" hükmü yer almış; 14. maddesinde de: "Bakanlık, TEDAŞ, Elektrik Üretim Anonim Şirketi, bunların müessese, bağlı ortaklık, iştirak, işletme ve işletme birimleri ile varlıklarının özelleştirilmesine yönelik öneri ve görüşlerini Özelleştirme İdaresi Başkanlığına bildirir. Özelleştirme işlemleri, 4046 sayılı Özelleştirme Uygulamalarının Düzenlenmesine ve Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun hükümleri dairesinde Özelleştirme İdaresi Başkanlığı tarafından yürütülür. (Ek fıkra:10/5/2006-5496/4 md.) TEDAŞ'ın faaliyet alanında yer alan ve dağıtım faaliyeti için gerekli olan işletme ve varlıklar üzerinde, mülkiyeti saklı kalmak kaydı ile TEDAŞ ile belirlenen dağıtım bölgelerinde faaliyet göstermek üzere kurulan elektrik dağıtım şirketleri arasında işletme hakkı devir sözleşmesi düzenlenebilir.

Bu özelleştirme uygulamaları çerçevesinde, bu Kanunda belirtilen piyasa faaliyetlerinde yer alan gerçek ve tüzel kişilerden, yabancı gerçek ve tüzel kişiler elektrik üretim, iletim ve dağıtım sektörlerinde, sektörel bazda kontrol oluşturacak şekilde pay sahibi olamazlar" hükmüne yer verilmiş bulunmaktadır.

Öte yandan, 4046 sayılı Kanunun 18. maddesinde, mülkiyetin devri sonucu doğuran satış yönteminin yanında, işletme hakkının verilmesi özelleştirme yöntemleri arasında gösterilmiş; 2. maddesinin birinci fıkrasının (h) bendinde ise; tabii kaynakların belli bir süre için sadece işletme hakkının verilmesi suretiyle özelleştirileceği ilkesine yer verilmiştir.

Buna göre; tabii kaynaklara dayalı elektrik santrallerinin işletme hakkı verilmesi, diğer kaynaklara dayalı olarak üretim yapan elektrik santrallerinin ise mülkiyetin devri suretiyle özelleştirilebileceği açıktır.

Dava dosyasında mevcut belgelerin incelenmesinden; Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığının Koordinatörlüğünde, Devlet Planlama Teşkilatı Müsteşarlığı, Hazine Müsteşarlığı, Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu, Özelleştirme İdaresi Başkanlığı ve diğer ilgili kurumların Elektrik Enerjisi Sektöründe yapılması planlanan reform ve özelleştirmelerle ilgili olarak yaptıkları çalışmaları neticesinde hazırlanan ve içeriğinde, elektrik dağıtım sektörü özelleştirmelerine paralel olarak elektrik üretim sektöründe de özelleştirme sürecinin başlaması ve 2009 yılının sonuna kadar üretim özelleştirmelerinin tamamlanmasına dair "Elektrik Enerjisi Sektörü Reformu ve Özelleştirme Stratejisi Belgesi" Yüksek Planlama Kurulu'nun 17.3.2004 tarih ve 2004/3 sayılı kararı ile onandığı, bu bağlamda Özelleştirme İdaresi Başkanlığının 14.11.2006 tarih ve 10446 sayılı yazısına istinaden Özelleştirme Yüksek Kurulunun 27.12.2006 tarih ve 2006/100 sayılı kararıyla; Elektrik Üretim A.Ş. (EÜAŞ)'ye ait

Tercan, Kuzgun, Mercan, İkizdere, Çıldır hidroelektrik santralleri ve Engil Gaz Tribünleri Santralinin özelleştirme kapsam ve programına; yine 30.05.2003 tarih ve 2003/34 sayılı kararı ile özelleştirme kapsamına alınarak özelleştirmeye hazırlık işlemine tabi tutulmasına karar verilmiş olan elektrik üretim santrallerinden Beykoz ve Ataköy hidroelektrik santralleri ile Denizli Jeotermal Santralinin özelleştirme programına alınmasına; söz konusu santrallerden Engil Gaz Tribünleri Santralinin satış yöntemi ile diğer santrallerin ise işletme hakkının verilmesi yöntemiyle özelleştirilmesine, özelleştirme işlemlerinin 31.12.2009 tarihine kadar tamamlanmasına karar verildiği, Özelleştirme İdaresi Başkanlık Makamının 19.04.2007 tarih ve 415 sayılı oluru ile 4046 sayılı Kanunun 4. maddesinin (h) bendi çerçevesinde Ankara Doğal Elektrik Üretim ve Ticaret A.Ş.'nin kurulduğu ve aynı olurla söz konusu santrallerin ADÜAŞ'a bağlandığı, Özelleştirme İdaresi Başkanlığının 08.10.2007 tarihli oluru çerçevesinde 10.10.2007 tarihinde ihale ilanının yapıldığı, ilanda ihalenin kapalı zarf içerisinde teklif almak ve görüşmeler yapılmak suretiyle pazarlık usulü ile gerçekleştirileceği, İhale Komisyonunca gerekli görüldüğü takdirde ihalenin pazarlık görüşmesine devam edilen teklif sahiplerinin katılımı ile açık artırma suretiyle sonuçlandırabileceği, ihaleye konu santraller için tek teklif verileceği, ayrı ayrı teklif verilemeyeceği ve verilen teklifin herhangi bir şart içeremeyeceği ile birlikte diğer hususlara yer verildiği anlaşılmaktadır.

Bu durumda, 4628 sayılı Kanun ve 4046 sayılı Kanun hükümleri uyarınca alınan Yüksek Planlama Kurulunun 17.3.2004 günlü ve 2004/3 sayılı kararı çerçevesinde, Özelleştirme Yüksek Kurulunun 27.12.2006 tarih ve 2006/100 sayılı kararına dayanılarak Özelleştirme İdaresi Başkanlığı tarafından Ankara Doğal Elektrik Üretim ve Ticaret A.Ş.'ye ait Tercan, Kuzgun, Mercan, İkizdere, Çıldır, Beyköy, Ataköy Hidroelektrik santralleri ile Denizli Jeotermal Santralinin işletme hakkı verilmesi; Engil Gaz tribünleri Santralinin ise satış yöntemiyle özelleştirilmesine ilişkin olarak tesis edilen dava konusu işlemlerde, kamu yararına ve mevzuata aykırı bir yön görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle davanın reddine karar verilmesinin 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, Ankara Doğal Elektrik Üretim ve Ticaret A.Ş. ne (ADÜAŞ) ait Tercan, Kuzgun, Mercan, İkizdere, Çıldır, Beyköy, Ataköy Hidroelektrik Santralleri ile Denizli Jeotermal Santrali'nin "işletme hakkı verilmesi"; Engil Gaz Tribünleri Santrali'nin ise "satış" yöntemi ile özelleştirilmesine ilişkin ihale ilânı ile bu ilânın dayanağı 08.10.2007 tarih ve 1110 sayılı kararın iptali istemiyle açılmıştır.

Davalı idarenin usule ilişkin iddiaları yerinde görülmemekle işin esasına geçildi:

4628 sayılı Elektrik Piyasası Kanunu'nun 1. maddesinin 1. fıkrasında Kanun'un amacı; elektriğin yeterli, kaliteli, sürekli, düşük maliyetli ve çevreye 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 olarak belirlenmiş; maddenin 2. fıkrasında, Kanun'un elektrik üretim ve dağıtım varlıklarının özelleştirilmesinde izlenecek usulü de kapsadığı hükme bağlanmıştır.

Aynı Kanun'un 14. maddesinde, Bakanlığın (Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı) TEDAŞ, Elektrik Üretim Anonim Şirketi, bunların müessese, bağlı ortaklık, iştirak, işletme ve işletme birimleri ile varlıklarının özelleştirilmesine yönelik öneri ve görüşlerini Özelleştirme İdaresi Başkanlığına bildireceği, özelleştirme işlemlerinin 4046 sayılı Kanun hükümleri dairesinde Özelleştirme İdaresi Başkanlığı tarafından yürütüleceği öngörülmüş, 4046 sayılı Kanun'un 18. maddesinde de, mülkiyetin devri sonucunu doğuran satış yönteminin yanında işletme hakkının verilmesi özelleştirme yöntemleri arasında gösterilmiş, 2. maddesinin birinci

fıkrasının (h) bendinde de, tabii kaynakların belli bir süre için sadece işletme hakkının verilmesi suretiyle özelleştirileceği ilkesine yer verilmiştir.

Yukarıda değinilen Yasa hükümlerinin birlikte değerlendirilmesinden, doğal kaynak olan suya dayalı olarak üretim yapan hidroelektrik santralleri ile jeotermal santrallerin mülkiyetin devri suretiyle özelleştirilmesinin mümkün olmadığı sonucuna ulaşılmakta olup, bu tür santrallerin işletme hakkı verilmesi yöntemiyle, diğer kaynaklara dayalı olarak üretim yapan elektrik santrallerinin ise mülkiyetin devri suretiyle özelleştirilebileceği açıktır.

Nitekim Danıştay 1. Dairesinin 05.03.2004 tarih ve E: 2004/17, K:2004/24 sayılı istişari düşüncesinde de aynı görüşlere yer verilmiştir.

Dava dosyasının incelenmesinden, 17.03.2004 tarihinde Yüksek Planlama Kurulu tarafından 2004/3 sayılı kararla onaylanarak yürürlüğe giren "Elektrik Enerjisi Sektörü Reformu ve Özelleştirme Stratejisi Belgesi" ile elektrik dağıtım ve üretim alanları için özelleştirme girişimi başlatılmış, bu çerçevede, altı adet portföy üretim grubu oluşturularak bu üretim grubu dışında kalan dava konusu dokuz santralin özelleştirilmesinin Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı tarafından istenilmesi üzerine, Özelleştirme Yüksek Kurulu'nun (ÖYK) 27.12.2006 tarih ve 2006/100 sayılı kararıyla; Elektrik Üretim A.Ş.ne ait Tercan, Kuzgun, Mercan, İkizdere, Çıldır Hidroelektrik Santralleri ve Engil Gaz Tribünleri Santralinin özelleştirme kapsam ve programına alınmasına; ÖYK'nın 30.05.2003 tarih ve 2003/34 sayılı kararıyla özelleştirme kapsamına alınarak özelleştirmeye hazırlık işlemine tabi tutulmasına karar verilmiş olan elektrik üretim santrallerinden Beyköy ve Ataköy Hidroelektrik Santralleri ile Denizli Jeotermal Santralinin özelleştirme programına alınmasına, söz konusu santrallerden Engil Gaz Tribünleri Santralinin "satış" yöntemi, diğer santrallerin "işletme hakkının verilmesi" yöntemiyle özelleştirilmesine karar verildiği, santrallerin özelleştirilmesine ilişkin yapılan çalışmalar kapsamında, Özelleştirme İdaresi Başkanlığı'nın 19.04.2007 tarih ve 415 sayılı Olur'u ile 4046 sayılı Kanun'un 4. maddesinin (h) bendi uyarınca Ankara Doğal Elektrik Üretim ve Ticaret A.Ş. nin kurulduğu ve söz konusu dokuz santralin bu şirkete bağlandığı, Özelleştirme İdaresi Başkanlığı'nın 08.10.2007 tarihli Olur'una istinaden santrallerin özelleştirilmesi amacıyla ihaleye çıkıldığı anlaşılmaktadır.

Gerek ihale ilânında, gerekse ihale şartnamesinde ihaleye konu santraller için tek teklif verileceği, ayrı ayrı teklif verilemeyeceği öngörüldüğünden, Dairemizin 18.02.2008 tarih ve E: 2007/15259 sayılı kararıyla bunun nedenleri sorulmuş; davalı idarece verilen yanıttan, santrallerden bazılarının işletme maliyetlerinin yüksek, verimliliklerinin düşük olması, işletmecilik açısından birtakım sorunlarının bulunması nedeniyle ayrı ayrı ihale edilmesi halinde ilgi çekmeme ve kamunun elinde kalarak kamuya yük olma riskinin mevcut olduğu, öte yandan, termik, hidrolik ve jeotermal santraller bir araya getirilerek kaynak çeşitliliğinin sağlanmasının amaçlandığından bahisle dokuz santralin birlikte ihale edilmesine karar verildiği görülmüştür.

4628 sayılı Kanun'un gerekçesinde; elektrik enerjisi piyasasını serbest piyasa şartlarında yeniden yapılandırmak üzere, yatırımlardaki kamu payı daraltılırken özel sektör payının daha çok artırılmasının, bunun yanında kamunun denetim ve yönlendirme faaliyetlerindeki etkinliğinin ise çoğaltılmasına dair hukuki ve idari düzenlemelerin yapılmasının büyük önem arz ettiği ifade edilmektedir.

Bu nedenle, elektrik üretim özelleştirmelerinin kamu yararına ve hukuka uygun kabul edilebilmesi için, yukarıda yer verilen gerekçede ifade edildiği gibi özelleştirmenin gerekli yatırımların yapılmasını öngören bir özelleştirme olması gerekmektedir.

Dava konusu ihale bu kapsamda değerlendirildiğinde; ihale şartnamesinin 14. maddesinde yer alan; *"Alıcı, işletme hakkı devir sözleşmesi sonunda santralleri tam ve eksiksiz olarak kullanıma hazır bir şekilde geri vermeyi sağlayacak her türlü yatırımı yapmakla yükümlüdür. Bu amaçla, Alıcı işletme hakkını aldığı üretim tesislerinde sözleşme süresi boyunca; ihtiyaç duyulacak her türlü ilave tesis ile rehabilitasyon ve gelişme amaçlı*

yatırımları ADÜAŞ ve varsa diğer kamu kurumlarından onay alarak gerçekleştirecektir." şeklindeki hüküm ile yatırım koşulunun öngörüldüğü anlaşılmaktadır.

Öte yandan, şartnamenin 18. maddesi uyarınca alıcının idarece belirlenecek süre içerisinde, santrallerde üretim faaliyetinde bulunabilmesi için Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu'na lisans başvurusunda bulunması gerekmekte olup, Kurumca ilgiliye, Elektrik Piyasası Lisans Yönetmeliği ile belirlenen koşulları taşıması, diğer bir anlatımla, lisans konusu faaliyette bulunmaya yeterli olduğunun tespiti halinde lisans verilecek ve lisans süresi boyunca bu koşulları taşımaya devam edip etmediği de anılan Kurumca denetlenecek olduğundan, dava konusu ihalede bu yönüyle de hukuka aykırılık görülmemiştir.

Bu durumda, Ankara Doğal Elektrik Üretim ve Ticaret A.Ş. ne (ADÜAŞ) ait Tercan, Kuzgun, Mercan, İkizdere, Çıldır, Beyköy, Ataköy Hidroelektrik Santralleri ile Denizli Jeotermal Santrali'nin "işletme hakkı verilmesi"; Engil Gaz Tribünleri Santrali'nin ise "satış" yöntemi ile özelleştirilmesine ilişkin ihale ilânı ile bu ilânın dayanağı kararda mevzuata ve kamu yararına aykırılık bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle, yasal dayanağı bulunmayan davanın reddine, aşağıda dökümü gösterilen yargılama giderlerinin davacı üzerinde bırakılmasına, yürürlükte bulunan Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi uyarınca belirlenen 500,00.-YTL avukatlık ücretinin davacıdan alınarak davalı idareye verilmesine, artan posta giderinin istemi halinde davacıya iadesine, 22.10.2008 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

YARGILAMA USULÜ

T.C.
DANIŞTAY
Onüçüncü Daire

Esas No : 2007/4549

Karar No : 2008/5019

Özeti : 5393 sayılı Belediye Kanunu'nun "Hemşehri Hukuku" başlıklı 13. maddesi uyarınca, hemşehrilerin belediye idaresinin karar ve hizmetlerine iştirak etme haklarının bulunduğu; bu hakların belediye hizmetlerinden yararlanan kişiler açısından, hizmetin hukuka uygun yürütülüp, yürütülmediği hususunu yargı önüne getirme hakkını içerdiği, buna göre de, Jeotermal Merkezi Isıtma Sisteminin işletme ve irtifak hakkı verilmek suretiyle yaygınlaştırılması ve işletilmesi işi ile ilgili olarak tesis edilen idarî işlemlerle, davacıların belde sakini olarak meşru, kişisel ve güncel menfaatlerinin etkileneceğinin tabii olduğu sonucuna varıldığından, davacıların dava konusu işlemle menfaat ilişkisi bulunmadığı gerekçesiyle, davanın ehliyet yönünden reddi yolunda verilen idare mahkemesi kararında, hukukî isabet görülmediği hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunanlar : 1- ...

2- ...

3- ...

4- ...

Karşı Taraf : Edremit Belediye Başkanlığı - BALIKESİR

İstemın Özeti : Bursa 3. İdare Mahkemesi'nin 15.09.2006 tarih ve E:2006/1818, K:2006/1502 sayılı kararının; vatandaş olarak da bu davanın açılmasına yönelik menfaatlerinin bulunduğu, jeotermalle ilgili yapılan ihale ve öncesi işlemlerin Edremit'te yaşayanlar olarak tüm hemşehrileri ilgilendirdiğinden, tüm vatandaşların menfaatini ihlâl ettiği, kaldı ki, Belediye meclis üyelerinin meclise katılmalarını, oturumu yöneten Başkan'ın tutumunun engellediği ileri sürülerek bozulması istenilmektedir.

Savunmanın Özeti: Savunma verilmemiştir.

Danıştay Tetkik Hâkimi Erkan DEMİRTAŞ'ın Düşüncesi: Mevzuata aykırı ihale yapıldığı iddiasında bulunan davacıların, söz konusu işlemle belde halkı olarak dahi meşru, kişisel ve güncel menfaatlerinin etkileneceği tabii olduğundan, menfaat ilişkisi bulunmadığı gerekçesiyle, davanın ehliyet yönünden reddi yolunda verilen İdare Mahkemesi kararında hukuka uyarlık bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle, temyiz isteminin kabulü ile İdare Mahkemesi kararının bozulması 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 Hâkiminin açıklamaları dinlendikten ve dosyadaki belgeler incelendikten sonra işin gereği görüldü:

Dava, Balıkesir İli, Edremit İlçesi Jeotermal Merkezi Isıtma Sisteminin işletme ve irtifak hakkı verilerek suretiyle yaygınlaştırılması ve işletilmesi işinin, 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu'nun 51/g maddesi uyarınca ihale edilmesine ilişkin 10.04.2006 tarih ve 2006/130 sayılı Belediye Encümeni kararı ile, Edremit Jeotermal Merkezi Isıtma Sistemleri Termal Turizm Yatırım ve İşletme A.Ş. uhdesinde kalan söz konusu ihaleye ait sözleşme akdi ve tahkim sözleşmesinin onaylanmasının kabulüne dair 05.05.2006 tarih ve 94 sayılı Belediye Meclisi kararının iptali istemiyle açılmış; İdare Mahkemesince, davacılar CHP İlçe Başkanı olduğu ve belediye meclisi ya da belediye encümeni üyeliği sıfatı bulunmadığı anlaşılan ...'nın bu nedenle, belediye meclisi üyesi oldukları anlaşılan diğer davacıların ise; toplantısına katılmadıkları belediye meclisi kararının ve istekli olmadıkları ihale işleminin (10.04.2006 tarih ve 2006/130 sayılı belediye encümeni kararının) iptalini istemede meşru, kişisel ve güncel menfaatlerinin, dolayısıyla dava açma ehliyetlerinin bulunmadığı gerekçesiyle, davanın ehliyet yönünden reddine karar verilmiş olup, bu karar davacılar tarafından temyiz edilmiştir.

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 2. maddesinin 1/a fıkrasında; 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 tanımlanmakta; yargı kararlarında "menfaat" kavramının davacı ile iptalini istediği idarî işlem arasındaki bağı, ilgiyi ifade ettiği belirtilmekte ve idarî işlem ile dava açan kişi arasında meşru, güncel ve ciddi bir ilişki söz konusu ise, davada menfaat bağının bulunduğu kabul edilmekte; bunun dışında ayrıca sübjektif bir hakkın ihlâl edilmesi koşulu aranmamaktadır.

13/7/2005 tarih ve 25874 sayılı Resmî Gazetede yayımlanan 5393 sayılı Belediye Kanunu'nun hemşehri hukukunu düzenleyen 13.maddesinde, Herkesin ikamet ettiği beldenin hemşehrisi olduğu,hemşehrilerin, belediye karar ve hizmetlerine katılma, belediye faaliyetleri hakkında bilgilendirme ve belediye idaresinin yardımlarından yararlanma hakları olduğu hükme bağlanmıştır.

Dosyanın incelenmesinden, Balıkesir İli,Edremit İlçesi Jeotermal Merkezi Isıtma Sisteminin işletme ve irtifak hakkı verilmek suretiyle yaygınlaştırılması ve işletilmesi işinin,2886 sayılı Devlet İhale Kanunu'nun 51/g maddesi uyarınca ihale edilmesine ilişkin 10.04.2006 tarih ve 2006/130 sayılı Belediye Encümeni kararı ile, Edremit Jeotermal Merkezi Isıtma Sistemleri Termal Turizm Yatırım ve İşletme A.Ş. uhdesinde kalan söz konusu ihaleye ait sözleşme akdi ve tahkim sözleşmesinin onaylanmasının kabulüne dair 05.05.2006 tarih ve 94 sayılı Belediye Meclisi kararının iptali istemiyle açılan davada; davacıların, Edremit belediye Meclisi üyelerinin, 27.04.2006 tarih ve 209 sayılı Belediye Başkanlığı yazısı ile, ekli gündemi görüşmek üzere meclis toplantısına davet edildiği, söz konusu yazıda 02.05.2006 günü saat 16.00'da yapılacağı bildirilmesine rağmen meclis üyelerinin telefonla aranarak toplantının 05.05.2006 günü yapıldığı, bu durumun yasa ve yönetmeliğe aykırı olduğu, konuşma haklarının ellerinden alınması nedeniyle salonu boşalttıkları, bu nedenle 05.05.2006 tarihli Belediye Meclisi toplantısına katılmadıkları, toplantıda Belediye Meclisi Çalışma Yönetmeliğine aykırı görüşme yapıldığı, belediye başkanınca Yönetmeliğin 11. maddesine aykırı davranılarak kendilerinin bağlı bulundukları parti grubu adına söz almalarının engellendiği ve meclis dışına çıkarılmalarına karar verildiği, öte yandan, Jeotermal Merkezi Isıtma Sisteminin işletme ve irtifak hakkı verilmek suretiyle yaygınlaştırılması ve işletilmesi işinin,2886 sayılı Devlet İhale Kanunu'nun 51/g maddesine dayanılarak ihaleye çıkarılmasının Kanuna aykırı olduğu gibi, ihalenin belediyenin bir şirketinin de ortak olduğu ve daha önce deneyimi olmayan bir şirketin uhdesinde kaldığı, ihale ile vatandaşları abone yapma, abonelerden para tahsil etme ve gelir sağlama yetkilerinin de ihale edilen şirkete verildiği, jeotermal kaynakla ısıtma işletme işinin 5393 sayılı Kanunun 14/a maddesinde yer alan su işleri olması nedeniyle aynı Kanunun 15. maddesinin (d) ve (e) bentlerine göre yapılması gerektiği, Kanun'un 15. maddesinde belediyenin (e), (f) ve (g) bentlerinde belirtilen hizmetleri Danıştay'ın görüşü ve İçişleri Bakanlığı'nın kararıyla süresi kırkdokuz yılı geçmemek üzere imtiyaz yoluyla devredebileceği öngörülmesine karşın, belediyece bu hükmün gereğinin yerine getirilmeksizin ihale sonrası sözleşme ve tahkim sözleşmesinin belediye meclisinin onayına sunulduğu, bu bakımdan belediye meclisi kararının yok hükmünde olduğu ve iptali gerektiği, diğer taraftan, 10.04.2006 tarihli ve 2006/130 sayılı belediye encümeni kararı ile yapılan ihalenin de Danıştay görüşü ve İçişleri Bakanlığı kararı alınmaması nedeniyle hukuka aykırı olduğu, jeotermal kaynakların imtiyazlarının devri ihalesinin 2886 sayılı Kanun'un 51/g maddesi kapsamına girmediği, pazarlık usulüyle yapılan ihale ile açıklık ve şeffaflığın önlenmediği ve böylelikle yeterli kapasitedeki firmaların ihaleye katılmalarının sağlanamadığı, kaldı ki, yap-işlet-devret modeli olarak tanımlanan jeotermal kaynakla ev ve işyerlerinin ısıtılması işi ihalesinin yapım, montaj ve benzeri inşaat işlerini de kapsadığı ve bu yatırım ve diğer masrafların da kamu kaynağından çıkacağı öne sürülerek iptali istemiyle bakılmakta olan davanın açıldığı anlaşılmaktadır.

5393 sayılı Belediye Kanunu'nun "Hemşehri Hukuku" başlıklı 13. maddesi uyarınca hemşehrilerin belediye idaresinin karar ve hizmetlerine iştirak etme haklarının bulunduğu; bu hakların belediye hizmetlerinden yararlanan kişiler açısından, hizmetin hukuka uygun yürütülüp, yürütülmediği hususunu yargı önüne getirme hakkını içerdiği,buna göre de, Jeotermal Merkezi Isıtma Sisteminin işletme ve irtifak hakkı verilmek suretiyle yaygınlaştırılması ve işletilmesi işi ile ilgili olarak tesis edilen idari işlemlerle, davacıların belde sakini olarak meşru, kişisel ve güncel menfaatlerinin etkileneceğinin tabii olduğu sonucuna varıldığından, davacıların dava konusu işlemle menfaat ilişkisi bulunmadığı gerekçesiyle

davanın ehliyet yönünden reddi yolunda verilen İdare Mahkemesi kararında hukuki isabet görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 49. maddesi gereğince temyiz isteminin kabulüne, Bursa 3. İdare Mahkemesi'nin 15.09.2006 tarih ve E:2006/1818, K:2006/1502 sayılı kararının bozulmasına, yeniden bir karar verilmek üzere dosyanın adı geçen Mahkeme'ye gönderilmesine, 23.06.2008 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

T.C.
DANIŞTAY
Onüçüncü Daire
Esas No : 2008/5151
Karar No : 2008/6509

Özeti : İmtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerini incelemekle, dolayısıyla bir sözleşmenin imtiyaz niteliğine sahip olup olmadığı hususunu belirlemekle görevlendirilen Danıştay Birinci Dairesi'nin incelenmek ve düşüncesini bildirmek üzere kendisine gönderilen bir sözleşmeyi, imtiyaz sözleşmesi olarak görmeyerek incelenmeksizin iadesi halinde, bu sözleşmenin mevzuatın öngördüğü şekilde imtiyaz sözleşmesi olduğunu kabul etme olanağı bulunmadığı; bu bağlamda 3996 sayılı Kanun hükümleri kapsamında Yap-İşlet-Devret modeliyle yaptırılan Çanakkale-Kepez Limanı üst yapı tesisleri inşaatına ilişkin olarak, görevli şirketle imzalanan sözleşmenin iptali istemiyle açılan davanın Danıştayda görülemeyeceği, idarî sözleşme olduğunda kuşku bulunmayan sözleşmenin iptali istemiyle açılan davanın görüm ve çözümünde idarî sözleşmeyi yapan idarî merciin bulunduğu yer idare mahkemesinin görevli ve yetkili bulunduğu, açıklanan nedenle davanın görev yönünden reddi hakkında.

Davacılar : 1-... Turizm İthalat ve İhracat A.Ş.
2- ... Gümrüksüz Mağaza İşletmeciliği ve Ticaret A.Ş.

Vekilleri : Av. Dr. ..., Av. ...

Davalı : Ulaştırma Bakanlığı

İstemin Özeti :Acente motorlarının Kepez Limanı'nın iskelesine bağlanmaları/yanaşmaları hususunda yetkinin Çanakkale Liman İşletmesi A.Ş.'ye ait olduğu yolunda Ulaştırma Bakanlığı Demiryolları, Limanlar ve Hava Meydanları İnşaatı Genel Müdürlüğü'nce tesis edilen 25.02.2008 tarih ve 2449 sayılı işlem ile bu işlemin dayanağı olduğu belirtilen ve görevli şirket olan Çanakkale Liman İşletmesi A.Ş. ile üst yapı tesislerinin yap-işlet-devret modeli ile yapılmasına ilişkin 22.10.2003 tarihli sözleşmenin iptali istenilmektedir.

Danıştay Tetkik Hâkimi Ahmet EĞERCİ'nin Düşüncesi : Uyuşmazlığın 2575 sayılı Kanun'un 24. maddesinde sayılan ilk derecede Danıştay'da görülecek dava türlerinden

olmadığının anlaşılması nedeniyle, dosyanın bu davada yetkili ve görevli bulunan Ankara İdare Mahkemesi'ne gönderilmesi gerektiği düşünülmüştür.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Karar veren Danıştay Onüçüncü Dairesi'nce 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 14. maddesi uyarınca dava dilekçesi ve ekleri incelenerek gereği görüldü.

Dava, acente motorlarının Kepez Limanı'nın iskelesine bağlanmaları/yanaşmaları hususunda yetkinin Çanakkale Liman İşletmesi A.Ş.'ye ait olduğu yolunda Ulaştırma Bakanlığı Demiryollar, Limanlar ve Hava Meydanları İnşaatı Genel Müdürlüğü'nce tesis edilen 25.02.2008 tarih ve 2449 sayılı işlem ile bu işlemin dayanağı olduğu belirtilen ve görevli şirket olan Çanakkale Liman İşletmesi A.Ş. ile üst yapı tesislerinin yap-işlet-devret modeli ile yapılmasına ilişkin 22.10.2003 tarihli sözleşmenin iptali istemiyle açılmıştır.

2575 sayılı Danıştay Kanunu'nun "İlk derece mahkemesi olarak Danıştay'da görülecek davalar" başlıklı 24. maddesinin 1. fıkrasında imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden doğan idari davaların da Danıştay tarafından çözümleneceği, dolayısıyla sözü edilen davalarda Danıştay'ın ilk derece mahkemesi olarak görevli bulunduğu kuralı yer almaktadır.

Dava dosyasının incelenmesinden; davaya konu sözleşmenin 3996 sayılı Kanun hükümleri kapsamında Yap-İşlet-Devret modeliyle yaptırılan Çanakkale-Kepez Limanı üst yapı tesisleri inşaatına ilişkin olarak kurulduğu, bu sözleşmeyi inceleyen Danıştay Birinci Dairesi'nin 07.11.2005 tarih ve E:2005/958, K:2005/1293 sayılı kararıyla, Anayasa ve yasalarda yapılan değişiklikler sonucunda, 3996 sayılı Kanun kapsamında sayılan ve özel hukuk hükümlerine tabi kılınan yatırım ve hizmetlere ilişkin sözleşmelerin, bundan böyle kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesi olarak nitelendirilmesine olanak bulunmadığı gerekçesiyle, imtiyaz sözleşmesi niteliğinde bulunmayan sözleşme hakkında düşünce bildirilme isteğinin reddedildiği, dolayısıyla iptali istenilen sözleşmenin Danıştay incelemesinden geçmediği anlaşılmaktadır.

Anayasa'nın 155. maddesinin 2. fıkrasında, "Danıştay, davaları görmek, Başbakan ve Bakanlar Kurulunca gönderilen kanun tasarıları, kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmeleri hakkında iki ay içinde düşüncesini bildirmek, tüzük tasarılarını incelemek, idari uyuşmazlıkları çözmek ve kanunla gösterilen diğer işleri yapmakla görevlidir" şeklinde getirilen hükümle imtiyaz sözleşme ve şartlaşmalarını inceleyerek düşünce bildirmek görevinin Danıştay'a ait olduğu belirlenmiş, 2575 sayılı Danıştay Kanunu'nun 23/(d) fıkrasının 18.12.1999 tarihli, 4492 sayılı Kanun'un 1. maddesiyle değiştirilen hükmünde; Danıştay'ın, kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerini hakkında düşüncesini bildireceği düzenlemesi yapılmış, 42. maddesinin (c) ve 46. maddesinin (b) fıkraları ise bu konuda görevli Daire ve Kurul belirlenmiştir.

Anayasa Mahkemesi'nin, 28.06.1995 tarih ve E:1994/71, K:1995/23 sayılı kararında ise "Anayasa yargısı alanında bir hizmetin "kamu hizmeti", bir sözleşmenin de "imtiyaz sözleşmesi" olup olmadığı yasaya değil, niteliğine bakılarak saptanabilir. Eğer bir kamu hizmeti uzun süreli olarak özel girişime gördürülecekse, düzenlenen sözleşme imtiyaz sözleşmesi niteliğindedir. Yasal düzenlemeler bu niteliği değiştirici etki yapamaz. Ters durum, Anayasa'nın yargıya ve ön denetime ilişkin kurallarıyla bağdaşmaz." gerekçesine yer verilmiştir.

Yukarıda aktarılan Yasa kuralları ile Anayasa Mahkemesi kararının gerekçesinin birlikte değerlendirilmesinden, imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerini incelemekle, dolayısıyla bir sözleşmenin imtiyaz niteliğine sahip olup olmadığı hususunu belirlemekle görevlendirilen Danıştay Birinci Dairesi'nin incelenmek ve düşüncesini bildirmek üzere kendisine gönderilen bir sözleşmeyi, imtiyaz sözleşmesi olarak görmeyerek incelenmeksizin iadesi halinde, bu sözleşmenin mevzuatın öngördüğü şekilde imtiyaz sözleşmesi olduğunu kabul etme olanağı bulunmamaktadır.

Bu bağlamda, 3996 sayılı Kanun hükümleri kapsamında Yap-İşlet-Devret modeliyle yaptırılan Çanakkale-Kepez Limanı üst yapı tesisleri inşaatına ilişkin olarak görevli şirket olan Çanakkale Liman İşletmesi A.Ş. ile imzalanan 22.10.2003 tarihli sözleşmenin iptali istemi ile açılan davanın, 2575 sayılı Danıştay Kanunu'nun 24. maddesinin 1/f bendi ikinci alt bendinde yer alan "Tahkim yolu öngörülme-yen kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden doğan idarî davalar" kapsamında Danıştay'da görülemeyeceği açıktır.

Danıştay Birinci Dairesi'nin ilgili sözleşmeyi, imtiyaz sözleşmesi olarak görmeyerek düşünce bildirmemesi halinde, bu sözleşmenin imtiyaz sözleşmesi olduğunu kabul etme olanağı bulunmamakta ise de, söz konusu sözleşmenin idarî sözleşme olup olmadığı hususu, bu durumdan ayırık olarak idarî yargı yerlerince incelenmesi gerekmektedir.

En geniş tanıma göre kamu hizmeti, devlet ya da diğer kamu tüzel kişileri tarafından ya da bunların gözetim ve denetimleri altında, genel ve ortak gereksinimleri karşılamak, kamu yararı ya da çıkarını sağlamak için yapılan ve topluma sunulmuş bulunan sürekli ve düzenli etkinliklerdir.

Bir kamu hizmetinin kurulması ve/veya işletilmesi için yapılan idarî sözleşmeler, gerek hizmetin yürütülmesini sağlamak için hizmeti yapanlara kamu gücüne dayanan kimi yetkiler tanınması, gerekse idarenin, hizmetin düzenli ve istikrarlı biçimde yürütülmesini sağlamak için denetim ve gözetim yetkisine sahip olması yönünden özel hukuk sözleşmelerinden ayrılmaktadır.

İptali istenen sözleşmenin konusunun, sözleşmeye ekli vaziyet planında belirlenen alanda, alt yapı tesislerinin tamamına yakın bölümü idare tarafından tamamlanmış bulunan mevcut Çanakkale Limanı tesisinin en az 1 milyon ton/yıl nihaî yükleme-boşaltma kapasitesi ile yolcu ve Ro-Ro fonksiyonlarına hizmet verecek şekilde eksik kalan altyapı, gerekli olan üstyapı tesisleri ve liman bağlantı yolunun uygulama projelerinin hazırlanmasına, inşaatına, gerekli ekipmanlarının teminine ve tesisine, yapılan tesisin bakım ve onarımına, işletilmesine ve sözleşme süresi sonunda her türlü borçtan ari, bakımlı ve kullanılabilir durumda bedelsiz idareye devrine ilişkin olması, sözleşme süresinin 10 ay 9 gün yatırım, 29 yıl işletim süresi olmak üzere toplam 29 yıl 10 ay 9 gün olarak belirlenmesi, idareye denetim ve sözleşmenin feshi hakkında ayrıcalıklı yetki tanınması yönleriyle idarî nitelikli olduğu görülmektedir.

2576 sayılı Kanun'un 1. maddesinde, Bölge idare mahkemeleri, idare mahkemeleri ve vergi mahkemelerinin bu Kanun'la verilen görevleri yerine getirmek üzere kurulmuş "genel görevli" mahkemeler olduğu hükmüne bağlandıktan sonra, aynı Kanun'un 5. maddesinde; idare mahkemelerinin, vergi mahkemelerinin görevine giren davalarla, ilk derecede Danıştay'da çözümlenecek olanlar dışındaki; iptal davalarını, tam yargı davalarını, tahkim yolu öngörülen imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklar hariç, kamu hizmetlerinden birinin yürütülmesi için yapılan idari sözleşmelerden dolayı taraflar arasında çıkan uyuşmazlıklara ilişkin davaları çözümleneceği kuralı yer almaktadır.

Bu durumda, idari sözleşme olduğunda kuşku bulunmayan ve bu sözleşmenin iptali isteminden kaynaklanan uyuşmazlığın ilk derece mahkemesi olarak Danıştay'ın görevinde bulunmadığı anlaşıldığından, davanın görüm ve çözümünde, idari sözleşmeyi yapan idarî merciin bulunduğu yer idare mahkemesi olan Ankara İdare Mahkemesi görevli ve yetkili bulunmaktadır.

Açıklanan nedenlerle davanın görev yönünden reddine, 2577 sayılı Kanun'un 15/1-a maddesi uyarınca dava dosyasının, uyuşmazlığın görüm ve çözümünde görevli bulunan Ankara İdare Mahkemesi'ne gönderilmesine 26.09.2008 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.