BİRİNCİ DAİRE KARARLARI

DANIŞMA VE İDARİ UYUŞMAZLIKLARA İLİŞKİN KARARLAR

T.C.
D A N I Ş T A Y
Birinci Daire
Esas No : 2008/1570
Karar No : 2009/94

Özeti : Sözleşme taslağı olmadan, 4353 sayılı Kanun'un 31 inci maddesi uyarınca, görüş bildirilmesine olanak bulunmadığı hakkında.

T.C.Saraybosna Büyükelçiliği ile … firması arasında imzalanan Saraybosna Büyükelçiliği kançılarya ve ikametgah binalarının yapım işine ait Sözleşmenin bedeline, süresine ve teminata ilişkin maddelerinde değişiklik yapılması hususunda 4353 sayılı Kanunun 31 inci maddesine göre görüş bildirilmesi istemine ilişkin Dışişleri Bakanlığının 29.12.2008 günlü, 508300 sayılı yazısında aynen;

"T.C. Saraybosna Büyükelçiliğimiz kançılarya ve ikametgah binası inşaatı, karşılıklılık ilkesi çerçevesinde, Bosna Hersek Hükümeti tarafından ülkemize tahsis edilen Novo Sarayevo Belediyesine bağlı, "Vilsonova Šetalište" adresinde yeralan 2.542 m2 büyüklüğündeki arsada yapılmaktadır.

Sözkonusu arsanın imar durumuna ve verilen ön izin belgesine göre, kançılarya ve ikametgah binalarının birlikte inşa edilmesine uygun olan arsada, taban alanı 1.200 m2 olmak üzere, 5.000 m2 kapalı alan ve zemin+2 kat inşa edilmesine izin verilmektedir. İmar durumunda öngörülen şekilde, arsa üzerinde 1.200 m2 taban alanı ve üç katlı bina yapılması durumunda, elde edilecek kapalı alan 3.600 m2 olacaktır. Kat sınırlaması dikkate alındığı takdirde, arsa üzerinde 5.000 m2 kapalı alan yapılması mümkün değildir.

Bu itibarla, Büyükelçiliğimiz binalarının planlaması yapılırken, bu çelişkili durum Bosna Hersek Dışişleri Bakanlığı ve yerel makamlarla görüşülmüş ve muhataplarımızın 5.000 m2 kapalı alan yapılması hususunun dikkate alınacağı ve kat sınırlamasında değişiklik yapılacağı yönündeki telkinleri çerçevesinde, Büyükelçiliğimizin yeni kançılarya binası 5 kat (zemin+4 kat) ve ikametgah binası (zemin+3 kat) olarak projelendirilmiştir.

İnşaat ihalesi 2005 yılında gerçekleştirilerek 16.12.2005 tarihinde T.C. Saraybosna Büyükelçiliğimiz ve … Firması arasında sözleşme (Ek 1) imzalanmış ve Bosna Hersek'teki konumumuz ve dostane ilişkilerimiz çerçevesinde ön inşaat izniyle Büyükelçilik binalarımızın inşaatı başlatılmıştır. İnşaat süresince müteaddit kereler projemize uygun imar durumu tadilatı ve asıl iznin verilmesi konusunda Bosna Hersek Dışişleri Bakanlığı nezdinde girişimlerimiz inşaatımızla eşzamanlı olarak sürdürülmüştür.

Bilahare mahalli seçimler sonrasında değişen Novo Sarayevo Belediyesi yönetimi önceki yönetimden farklı bir anlayış izlemiş ve 6 Mart 2007 tarihinde bulunduğu alandaki imar planının yenilenmesi ve kat sınırlarının belirlenmesi gerektiğini ileri sürerek Büyükelçilik binalarımızın inşaatını durdurmuştur.

Bu tarihten itibaren Bosna Hersek Makamları nezdinde yapılan girişimlerde konunun kendi sorunları olduğu ve bir an önce çözümlenerek inşaatımızın devam ettirilmesi gerektiği, bunun diplomatik bir soruna çevrilmesinin istenmediği dile getirilerek, hükümetler arasında

en üst düzeyde gerçekleştirilen temaslarda da muhataplarımızdan çözüm beklendiği belirtilmiştir.

Yapılan girimler sonucunda, Eylül 2008 tarihinde inşaat iznin alınmasına ilişkin sürecin sonuna gelinmiştir. Her türlü başvuru yapılmış ve alınan belgeler nihai iznin verilmesi için ilgili kuruma iletilmiştir.

Ancak izin alınması için geçen sürede yüklenici firma ile yapılan sözleşmenin süresi dolmuş ve firma inşaatın durdurulduğu süre boyunca inşaat malzemelerinde ve işçilik fiyatlarında artış olduğunu belirterek sözleşme bedelinde artış talep etmiştir. Bunun üzerine firmanın artış talebinin değerlendirilebilmesi için, Bayındırlık ve İskan Bakanlığımızdan bir yetkilinin görevlendirilmesi istenmiştir. Bayındırlık ve İskan Bakanlığı Yapı İşleri Genel Müdürlüğünde görevli bir inşaat mühendisiyle Bakanlığımız mimarından oluşan bir heyet mahallinde inceleme yapmak üzere 13-16 Ekim 2008 tarihlerinde Saraybosna'ya gitmişlerdir. Sözkonusu işin sözleşme bedeli 2005 yılı fiyatlarıyla toplam 4.077.431,99 (3.988.000,00+79.431,99 ilave iş) Euro'dur. Sözleşme kapsamındaki gerçekleştirilemeyen işlerin bedeli 2005 yılı fiyatlarıyla 2.846.438,35 Euro'dur. Sözleşme kapsamında yer almayan çevre duvarı ve geriye kalan işler için 2008 yılı fiyatlarıyla 1.412.965,18 Euro'luk bir artış talep edilmektedir. Bu şekilde, 2005 yılı fiyatlarıyla 4.077.431,99 (3.988.000,00+ 79.431,99) Euro olan sözleşme bedeli, 2008 yılı fiyatlarıyla beraber toplam 5.490.397,17 Euro'ya çıkmaktadır.

Sözkonusu heyetin raporunun (Ek 2) incelenmesinden de görüleceği üzere, yüklenici firmanın düzenlediği ikinci keşfin piyasa fiyatlarının altında olduğu, ayrıca ilk sözleşme kapsamında yüklenici firma tarafından alınmış olan ancak işin durdurulması ve imalata dönüştürülememesi nedeniyle bedeli ödenmeyen malzemeler için de bir bedel ödenmesi gerekeceği belirtilmektedir.

Bu durumda, yüklenicinin aynı sözleşme dahilinde işin devam etmesinin zaman ve maliyet açısından daha elverişli olacağı, aksi takdirde sözleşmenin iptali halinde taahhüdün yeniden ihaleye çıkarılması gerekeceği, bu durumun da zaman kaybına neden olacağı gibi maliyet artışından dolayı hazine zararına yol açacağı, ayrıca ilk yüklenicinin (…) yargı yoluna başvurabileceği ve konunun uluslararası hukuka intikal ettirilebileceği hususları da göz önüne alındığında; piyasa şartlarına göre uygun olduğu anlaşılan ikinci teklifteki fiyatlarla, mevcut sözleşmede tadilat yapılarak işin mevcut yükleniciye tamamlatılmasının bu aşamada hazine yararına olacağı değerlendirilmektedir.

Açıklanan nedenlerle, Türkiye Cumhuriyeti Saraybosna Büyükelçiliği Kançılarya ve İkametgah binası inşaatına ait yapım ve kontrollük sözleşmesinde, sözleşme bedeli, süresi ve teminat maddelerinde değişiklik yapılması hususunda 4353 sayılı Kanunun 31 inci maddesi uyarınca Başkanlıklarının mütaalasının alınmasının uygun olacağı düşünülmektedir.

Gereğini müsaadelerine saygılarımla arzederim." denilmekte olduğundan konu incelenerek;

Gereği Görüşülüp Düşünüldü :

4353 sayılı Yasanın 31 inci maddesinde, bir sözleşme mevcut olsun olmasın, Devlet daireleriyle diğer daire, müessese ve teşekküller veya gerçek ve tüzelkişiler arasında çıkan ve henüz yargı mercilerine, hakeme ve icraya intikal etmemiş bulunan hukuksal uyuşmazlıkların sulh yoluyla çözümünde yarar görüldüğü takdirde, Baş Hukuk Müşavirinin mütalaasına dayalı olarak 50.000.000 liraya kadar bir hakkın tanınması veya menfaatin terkini tazammun eden anlaşmalar veya sözleşme değişiklikleri yapmaya bakanlıkların yetkili olduğu, bu miktarı aşan anlaşmalar veya sözleşme değişikliklerinde de Danıştayın mütalaasına dayanılarak Maliye Bakanlığınca alınacak kararname ile yapılacağı hükme bağlanmış, anılan maddedeki parasal sınır ise 2008 Mali Yılı Bütçe Kanununun (İ) cetvelinde 1.000.000 YTL olarak belirlenmiştir.

4353 sayılı Kanunun 31 inci maddesi hükmüne göre Danıştayca görüş verilebilmesi için, yargı mercilerine, hakeme veya icraya götürülmemiş bir uyuşmazlığın sulh yoluyla

çözümünün veya bir sözleşmenin değiştirilmesinin söz konusu olması ve tanınan hakkın ya da terkedilen menfaatin 1.000.000 YTL'yi geçmesi gerekmektedir.

İdare yazısında, T.C.Saraybosna Büyükelçiliği ile … firması arasında 16.12.2005 tarihinde imzalanan Saraybosna Büyükelçiliği kançılarya ve ikametgah binalarının yapım işine ait Sözleşmenin bedele, süreye ve teminata dair hükümlerinde değişiklik yapılmak istendiği belirtilmekte ise de, dosyada sulhen ödeme yapılması hususunda taraflar arasında varılmış mutabakata ilişkin bir sulhname taslağı bulunmadığı, öte yandan, sulhen ödemeye esas miktarın, Sözleşme süresinin ne kadar uzatılacağının ve teminata ilişkin hususlarda ne gibi bir değişiklik yapılmak istendiğinin belli olmadığı anlaşılmıştır.

Bu nedenle, Dışişleri Bakanlığı istemi hakkında 4353 sayılı Yasanın 31 inci maddesine göre görüş bildirilmesine olanak bulunmadığından dosyanın Dışişleri Bakanlığına iade edilmek üzere Danıştay Başkanlığına sunulmasına 19.1.2009 gününde oybirliğiyle karar verildi.

T.C.
D A N I Ş T A Y
Birinci Daire
Esas No : 2008/1484
Karar No : 2009/95

Özeti : 3402 sayılı Kadastro Kanunun'un yürürlüğe girdiği tarihten önce, tapulama ve kadastrosu yapılıp tespit dışı bırakılan yerlerde, tapulu taşınmazların maliklerinin talep etmesi halinde; bu kanun hükümlerine göre bunların kadastrosunun yapılabileceği hükmünü içeren, 3402 sayılı Kanun'un Geçici 4 üncü maddesinin yürürlükte olduğu ve maddede düzenlenen şartların oluşması halinde uygulanabileceği hakkında.

3402 sayılı Kadastro Kanununun 22 nci maddesinde 22.2.2005 günlü, 5304 sayılı Kanunla yapılan değişiklikten sonra, aynı Kanunun Geçici 4 üncü maddesinin yürürlükte bulunup bulunmadığı konusunda düşülen duraksamanın giderilmesine yönelik istişari düşünce istemine ilişkin Başbakanlık Kanunlar ve Kararlar Genel Müdürlüğünün 3.12.2008 günlü, 4804 sayılı yazısına ekli Bayındırlık ve İskan Bakanlığı Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğünün 7.11.2008 günlü, 4807 sayılı yazısında aynen;

'21.06.1987 tarihli ve 3402 sayılı Kadastro Kanununun 22 nci maddesinin 2 nci fıkrası, 'Tapulama veya kadastro çalışmalarında tespit dışı bırakılan tapuda kayıtlı taşınmaz mallar ile kamu kurum ve kuruluşlarına ait yerlerin bu Kanun hükümleri gereğince kadastrosu yapılır;' aynı Kanunun geçici 4 üncü maddesinin son fıkrası da, 'Tapulama ve kadastrosu yapılıp tespit dışı bırakılan yerlerde tapulu taşınmazların maliklerinin talep etmesi halinde, bu Kanun hükümlerine göre bunların kadastrosu yapılır.' hükmünde iken; 03.03.2005 tarihli ve 25744 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren 5304 sayılı 'Kadastro Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un 6 ncı maddesi ile 3402 sayılı Kadastro Kanununun 22 nci maddesinin 2 nci fıkrası (T.B.M.M. Genel Kurulunda verilen önerge ile) 'Tapu ve kadastro çalışmalarında tespit dışı bırakılan kamu kurum ve kuruluşlarına ait yerlerin tescili yapılır.' şeklinde değiştirilmiş, söz konusu Kanunun geçici 4 üncü maddesinde ise bu değişikliğe paralel bir değişiklik yapılmamıştır.

Daha sonra, hazırlanan ve kanunlaştırılması için ilgi (a) yazı ekinde (Ek:1) Başbakanlığa sunulan 'Tapu Kanunu ve Kadastro Kanunu ile Bazı Kanun ve Kanun

Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun' tasarısı taslağının çerçeve 11. maddesi ile 3402 sayılı Kanunun geçici 4 üncü maddesinin 'Tapulama ve Kadastrosu yapılıp tespit dışı bırakılan yerlerde tapulu taşınmazların maliklerinin talep etmesi halinde, bu Kanun hükümlerine göre bunların kadastrosu yapılır.' hükmünü içeren son fıkrasının da yürürlükten kaldırılarak, 5304 sayılı Kanun ile 3402 sayılı Kanunun 22/2 maddesinde yapılan değişikliğe uygun hale getirilmesi amaçlanmıştır.

Ancak, 22.11.2006 tarihinde Adalet Bakanlığında yapılan toplantı sonucunda, düzenlenen toplantı tutanağının 5 inci maddesinde "Taslağın çerçeve 11. maddesinin, tespit dışı bırakılan yerlerde tapulu taşınmaz maliklerinin hak kaybına sebebiyet verilmemesi bakımından, taslaktan çıkarılması" şeklinde görüş oluşturularak bu madde taslaktan çıkarılmıştır. (Ek:2)

3402 msayılı Kadastro Kanununun geçici 4 üncü maddesinin geçici nitelikte olması nedeniyle yürürlükte olup olmadığı hususuna açıklık getirilmesine ihtiyaç duyularak ilgi (b) yazımız ile Adalet Bakanlığından görüş istenmiş olup cevaben alınan ilgi (c) yazıda ise' 3402 sayılı Kanunun geçici 4. maddesinin, madde metninde uygulanmasına ilişkin herhangi bir sınırlama bulunmaması nedeniyle, uygulamasına olanak veren somut olaylar mevcut olduğu müddetçe yürürlükte bulunduğu; tapulama ve kadastro çalışmaları sırasında hukuki niteliği belirlenerek tespit dışı bırakılan taşınmazlar hakkında kadastro tutanağı düzenlenmese bile bu işlem bir kadastro işlemi olduğundan, bu tür taşınmazlar üzerinde hak iddia edenlerin izlenmesi gereken yolun 766 sayılı Tapulama Kanununun 2. maddesi ve 3402 sayılı Kanunun 7. maddesinin dördüncü fıkrasında belirtildiği, öngörülen süreler içerisinde hak iddiasında bulunulması halinde tespit kesinleşeceğinden, bu taşınmazlar bakımından tapu kaydı bulunduğundan bahisle, talep edilmesi halinde kadastrosunun yapılmasının mümkün olmadığı; ancak, bu Kanunun yürürlüğe girmesinden önce yapılan kadastro sırasında hukuki niteliği belirlenmeyerek tespit dışı bırakılan taşınmazlar bakımından geçici 4. maddenin uygulanabileceği; düşünülmektedir.' Şeklinde görüş bildirilmiştir. (Ek:3,4)

Adalet Bakanlığından alınan görüş yazısı üzerine, İlgi (d) yazımız ile söz konusu yazışmalar örneği de eklenmek suretiyle Danıştay'dan istişari görüş alınması istenmiş, cevabi ilgi (e) yazınızda ise' ....3402 sayılı Kanunun 22 nci maddesinin, bu Kanunun yürürlüğünden sonra yapılacak kadastro çalışmalarında uygulanacak kimi düzenlemeleri içerdiği; aynı Kanunun geçici 4 üncü maddesinin ise Kanunun yürürlüğünden önceki uygulamaları kapsadığı ve maddenin uygulanmasına ilişkin olarak herhangi bir sınırlama bulunmaması nedeniyle, somut olaylar mevcut olduğu müddetçe yürürlükte bulunduğu; bu bağlamda, 3402 sayılı Kanunun yürürlüğe girmesinden önce yapılan kadastro sırasında hukuki niteliği belirlenmeyerek tespit dışı bırakılan taşınmazlar bakımından mezkur Kanunun geçici 4 üncü maddesinin uygulanabileceği değerlendirilmektedir." denilerek, ayrıca, konu hakkında Bakanlık Hukuk Müşavirliğinin görüşünün de alınması gerektiği bildirilmiştir. (Ek:5)

İlgi (e) yazınızdaki bildiriş doğrultusunda, ilgi (f) yazımızla Bayındırlık ve İskan Bakanlığından (Hukuk Müşavirliği) görüş istenmiş olup cevaben alınan ilgi (g) yazıda, ' Adalet Bakanlığının 19.06.2007 tarihli ve 777 sayılı (ilgi c) yazısında belirtilen 'bu Kanun'un yürürlüğe girmesinden evvel yapılan kadastro sırasında, hukuki niteliği belirlenmeyerek tesbit dışı bırakılan taşınmazlar bakımından geçici 4 üncü maddenin uygulanabileceği' yolundaki görüşüne iştirak edildiği belirtilmiştir. (Ek:6)

Konuyla ilgili yazışma örnekleri ekte gönderilmiş olup tetkiki ile 3402 sayılı Kadastro Kanununun geçici 4 üncü maddesinin yürürlükte olup olmadığı hususunda Danıştay'dan istişari görüş alınmasını arz ederim. " denilmektedir.

Dairemizce yapılan çağrı üzerine 19.1.2009 gününde yapılan toplantıya gelen Başbakanlık Uzmanı Fazlı Yıldırım, Bayındırlık ve İskan Bakanlığı Hukuk Müşaviri Durmuş Özköksal, Adalet Bakanlığı Tetkik Hakimi Suat Arslan ve Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğü Daire Başkanı Abdulbaki Sağlam'ın sözlü açıklamaları dinlendikten sonra konu incelenerek,

Gereği Görüşülüp Düşünüldü :

3402 sayılı Kadastro Kanununun 22 nci maddesinde 22.2.2005 günlü, 5304 sayılı Kanunla yapılan değişiklikten sonra, aynı Kanunun Geçici 4 üncü maddesinin tapulama ve kadastro çalışmaları sırasında tespit dışı bırakılan yerler için yeni kadastro çalışması yapılıp yapılamayacağı yönünden yürürlükte bulunup bulunmadığı konusunda düşülen duraksamanın giderilmesi istenilmektedir.

9.7.1987 günlü, 19512 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan 3402 sayılı Kadastro Kanununun 22 nci maddesinin ikinci fıkrasında, tapulama veya kadastro çalışmalarında tespit dışı bırakılan tapuda kayıtlı taşınmaz mallar ile kamu kurum ve kuruluşlarına ait yerlerin bu Kanun hükümleri gereğince kadastrosunun yapılacağı hükme bağlanmışken, 3.3.2005 günlü, 25744 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan 5304 sayılı Kadastro Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanunun 6 ncı maddesiyle 3402 sayılı Kanunun 22 nci maddesinden çıkarılan ikinci fıkranın yerine olmak üzere maddeye eklenen sondan ikinci fıkrada, tapulama ve kadastro çalışmalarında tespit dışı bırakılan kamu kurum ve kuruluşlarına ait yerlerin tescilinin yapılacağı hükme bağlanmıştır.

Öte yandan, 3402 sayılı Kanunun Geçici 4 üncü maddesinin son fıkrasında, tapulama ve kadastrosu yapılıp tespit dışı bırakılan yerlerde tapulu taşınmazların maliklerinin talep etmesi halinde, bu Kanun hükümlerine göre bunların kadastrosunun yapılacağı hükme bağlanmıştır.

Dosyanın incelenmesinden, 3402 sayılı Kadastro Kanununun da içinde bulunduğu bazı kanunlarda değişiklik yapılması istemiyle Bayındırlık ve İskan Bakanlığı tarafından çalışmaları yürütülen tasarıya, Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğünce eklenen 11 inci maddeyle 3402 sayılı Kanunun Geçici 4 üncü maddesinin son fıkrasının yürürlükten kaldırılmasının düzenlendiği, bu düzenlemenin gerekçesinin ise '3402 sayılı Kadastro Kanununun 22 nci maddesinin 2 nci fıkrasıyla tapulama ve kadastro çalışmalarında tespit dışı bırakılan tapuda kayıtlı taşınmaz mallar ile kamu kurum ve kuruluşlarına ait yerlerin bu Kanun hükümleri gereğince kadastrosu yapılacağı hükme bağlanmıştı. Ancak 3/3/2005 tarihli ve 25744 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren 5304 sayılı Kanunun 6 ncı maddesi ile, bu hükmün; 'Tapulama ve kadastro çalışmalarında tespit dışı bırakılan kamu kurum ve kuruluşlarına ait yerlerin tescili yapılır.' şeklinde değiştirildiğinden, anılan fıkra hükmünün uygulama imkanı kalmamıştır. Bu nedenle, söz konusu fıkranın yürürlükten kaldırılması amacıyla bu değişikliğin yapılması zorunluluğu doğmuştur.' şeklinde oluşturulduğu, ancak çalışmalar sırasında Adalet Bakanlığı Kanunlar ve Kararlar Genel Müdürlüğünden gelen temsilcilerin tasarıya eklenen 11 inci maddenin hak kayıplarına neden olduğunu belirtmeleri üzerine bu maddenin metinden çıkarıldığı, toplantıdaki görüşleri nedeniyle Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğünün 8.5.2007 günlü ve 191-1900 sayılı yazısıyla Kanunun Geçici 4 üncü maddesinin yürürlükte olup olmadığının Adalet Bakanlığına sorulduğu, Adalet Bakanlığının 19.6.2007 günlü, 777 sayılı cevabi yazısıyla, '3402 sayılı Kanunun 22. maddesi, bu Kanunun yürürlüğünden sonra yapılacak kadastro çalışmalarında uygulanacak hükümleri içermekte; geçici 4. maddesi ise, bu Kanunun yürürlüğe girmesinden önce yapılan tapulama ve kadastro işlemlerine ilişkin hükümleri düzenlemektedir... 3402 sayılı Kanunun geçici 4. maddesinin, madde metninde uygulanmasına ilişkin herhangi bir sınırlama bulunmaması nedeniyle, uygulanmasına olanak veren somut olaylar mevcut olduğu müddetçe yürürlükte bulunduğu; tapulama ve kadastro çalışmaları sırasında, hukuki niteliği belirlenerek tespit dışı bırakılan taşınmazlar hakkında kadastro tutanağı düzenlenmese bile bu işlem bir kadastro işlemi olduğundan, bu tür taşınmazlar üzerinde hak iddia edenlerin izlemesi gereken yolun, 766 sayılı Tapulama Kanununun 2. maddesi ve 3402 sayılı Kanunun 7. maddesinin dördüncü fıkrasında belirtildiği, öngörülen süreler içerisinde hak iddiasında bulunulmaması halinde tespit kesinleşeceğinden, bu taşınmazlar bakımından tapu kaydı bulunduğundan bahisle, talep edilmesi halinde kadastrosunun yapılmasının mümkün olmadığı; ancak, bu Kanunun yürülüğe girmesinden önce yapılan kadastro sırasında, hukuki

niteliği belirlenmeyerek tespit dışı bırakılan taşınmazlar bakımından geçici 4. maddenin uygulanabileceği" yönünde görüş verildiği, bu görüş üzerine Bayındırlık ve İskan Bakanlığı Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğünün 29.5.2008 günlü, 2292 yazısıyla Kanunun geçici 4 üncü maddesinin yürürlükte bulunup bulunmadığı konusunda Danıştaydan istişari görüş alınmasının Başbakanlıktan istendiği, Başbakanlığın 8.7.2008 günlü, 2967 sayılı yazısıyla, "... 3402 sayılı Kanunun 22 nci maddesinin, bu Kanunun yürürlüğünden sonra yapılacak kadastro çalışmalarında uygulanacak kimi düzenlemeleri içerdiği; aynı Kanunun geçici 4 üncü maddesinin ise Kanunun yürürlüğünden önceki uygulamaları kapsadığı ve maddenin uygulanmasına ilişkin olarak herhangi bir sınırlama bulunmaması nedeniyle, somut olaylar mevcut olduğu müddetçe yürürlükte bulunduğu; bu bağlamda, 3402 sayılı Kanunun yürürlüğe girmesinden önce yapılan kadastro sırasında hukuki niteliği belirlenmeyerek tespit dışı bırakılan taşınmazlar bakımından mezkur Kanunun geçici 4 üncü maddesinin uygulanabileceği" değerlendirmesine yer verildikten sonra, Danıştaydan istişari görüş alınmasından önce Bakanlık Hukuk Müşavirliğinin görüşünün alınması gerektiği gerekçesiyle istemin iade edildiği, bu nedenle Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğünün 25.8.2008 günlü, 3797 sayılı yazısıyla Bayıdırlık ve İskan Bakanlığı Hukuk Müşavirliğinden görüş sorulduğu, ancak görüş sorulurken "(önceki kanunlar döneminde) yapılan kadastro ve tapulama çalışmaları sırasında tespit harici bırakılmış tapuda kayıtlı taşınmazların kadastroya tabi tutulması gerektiği düşünülmektedir." hukuki görüşüne yer verildiği, Bakanlık Hukuk Müşavirliğinin 4.9.2008 günlü, 3509 sayılı yazısıyla Adalet Bakanlığı görüşüne iştirak edildiğinin belirtildiği anlaşılmaktadır.

9.7.1987 günlü, 19512 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan ve yayımlandığı tarihten üç ay sonra yürürlüğe giren 3402 sayılı Kadastro Kanununun 22 nci maddesinin ikinci fıkrasının ilk halinde, bu Kanun uyarınca yapılan kadastro çalışmaları sırasında tespit dışı bırakılan tapuda kayıtlı taşınmaz mallar ile kamu kurum ve kuruluşlarına ait yerlerin bu Kanun hükümleri gereğince kadastrosunun yapılmasına olanak tanındığı, ancak 3.3.2005 günlü, 25744 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan 5304 sayılı Kanunla yapılan değişiklik ile tapulama ve kadastro çalışmalarında tespit dışı bırakılan kamu kurum ve kuruluşlarına ait yerlerin tescilinin yapılacağını hükme bağlamakla, kadastro çalışmaları sırasında tespit dışı bırakılan taşınmaz mallar bakımından yeniden kadastro yapılması imkanının hukuken kaldırıldığı, buna karşın dolu pafta sisteminin kabul edildiği 3402 sayılı Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten önce yapılan tapulama ve kadastro çalışmaları sırasında tespit dışı bırakılan yerler bakımından, bu Kanun hükümleri uyarınca kadastro çalışması yapılabilmesine olanak tanıyan Geçici 4 üncü maddenin 3402 sayılı Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten önce yapılan tapulama ve kadastro çalışmaları bakımından şartlarının doğması halinde uygulanabilmesine engel bir durumun olmadığı, başka bir ifadeyle 3.3.2005 günlü, 25744 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan 5304 sayılı Kanunla yapılan değişikliğin sadece 3402 sayılı Kanuna göre yapılan kadastro çalışmaları sırasında tespit dışı bırakılan taşınmazlar bakımından artık kadastro çalışması yapılamayacağını düzenlediği açıktır.

Bu nedenlerle, 3402 sayılı Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten önce tapulama ve kadastrosu yapılıp tespit dışı bırakılan yerlerde tapulu taşınmazların maliklerinin talep etmesi halinde, bu Kanun hükümlerine göre bunların kadastrosunun yapılabileceği hükmünü içeren 3402 sayılı Kanunun Geçici 4 üncü maddesinin yürürlükte olduğu ve maddede düzenlenen şartların oluşması halinde uygulanabileceği sonucuna ulaşılarak dosyanın Danıştay Başkanlığına sunulmasına 19.1.2009 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

T.C.
D A N I Ş T A Y
Birinci Daire
Esas No : 2008/1444
Karar No : 2009/334

Özeti : Belediyelerde veya il özel idarelerinde çalışan daimi işçilerin, görevlerinden ayrılmadan aynı belediyede meclis üyesi veya aynı il özel idaresinde il genel meclisi üyesi olarak görev yapamayacakları hakkında.

Belediyede veya il özel idaresinde çalışan daimi işçinin, aynı belediyede meclis üyesi veya aynı il özel idaresinde il genel meclisi üyesi olarak görev yapıp yapamayacağı hususunda düşülen duraksamanın giderilmesine yönelik istişari düşünce istemine ilişkin Başbakanlığın 28.11.2008 günlü, Kanunlar ve Kararlar Genel Müdürlüğü 4701 sayılı yazısının eki İçişleri Bakanlığının 5.8.2008 günlü, Hukuk Müşavirliği 11130 sayılı yazısında aynen;

"Bakanlık 1. Hukuk Müşavirliğinin değişik illerden aldığı yazılarda bir belediyede veya il özel idaresinde çalışan daimi işçinin, işçilik görevinden ayrılmadan aynı zamanda belediye meclisi üyesi veya il genel meclisi üyesi üyeliğini yürütüp yürütemeyeceği sorulmaktadır.

Konu ile ilgili mevzuat incelendiğinde;

1. 2972 sayılı Mahalli İdareler İle Mahalle Muhtarlıkları ve İhtiyar Heyetleri Seçimi Hakkında Kanunun 6 ncı maddesinde büyükşehir belediye meclislerine katılacak üye sayısı; 9 uncu maddesinde, kimlerin il genel meclisi ve belediye meclisi üyeliğine seçilebilecekleri; Ek 3 üncü maddesinde, kamu kurumu niteliğinde bir kuruluşta memur veya kadrolu işçi olarak çalışmakta iken bu görevinden ayrılarak Belediye Başkanı seçilmiş olup da yeniden aday olamayan veya seçilemeyenlerin eski görevlerine veya uygun eşdeğer bir göreve atanabilmeleri; 36 ncı maddesinde ise, bu Kanunda özel hüküm bulunmayan hallerde 298 sayılı Seçimlerin Temel Hükümleri ve Seçmen Kütükleri Hakkında Kanun ile 2820 sayılı Siyasi Partiler Kanunu, 2839 sayılı Milletvekili Seçimi Kanununun ve bunların ek ve değişikliklerinin bu Kanuna aykırı olmayan hükümleri uygulanacağı düzenlenmiştir.

2. 2839 sayılı Milletvekili Seçimi Kanununun 11 inci maddesinde milletvekili seçilemeyecek olanlar sayma yoluyla belirlenmiştir. 18 inci maddesinde ise, işçi niteliği taşımayan diğer kamu görevlilerinin görevlerinden ayrılma isteğinde bulunmadıkça adaylıklarını koyamayacakları ve aday gösterilemeyecekleri hükme bağlanmıştır.

3. 5216 sayılı Büyükşehir Belediyesi Kanununun 12 nci maddesinde, büyükşehir belediye meclisinin büyükşehir belediyesinin karar organı olduğu; 28 inci maddesinde, Belediye Kanunu ve diğer ilgili Kanunların bu kanuna aykırı olmayan hükümleri ilgisine göre büyükşehir, büyükşehir ilçe ve ilk kademe belediyeleri hakkında da uygulanacağı öngörülmüştür.

4. a) 5393 sayılı Belediye Kanununun meclisin görev ve yetkilerini düzenleyen 18 inci maddesinin 1 inci fıkrasının (I) bendinde, "Norm kadro çerçevesinde belediyenin ve bağlı kuruluşlarının kadrolarının ihdas, iptal ve değiştirilmesine karar vermek.", belediye meclisinin görev ve yetkileri arasında sayılmıştır. 20 inci maddesinde, belediye meclisinin toplantı süreleri düzenlenmiş, 24 üncü maddesinde ihtisas komisyonları kurabilmesi öngörülmüştür. Kanunun 27 nci maddesinde, belediye başkanı ve meclis üyeleri, münhasıran kendileri, ikinci derece dahil kan ve kayın hısımları ve evlatlıkları ile ilgili işlerin görüşüldüğü meclis toplantılarına katılamayacakları; 28 inci maddesinde, belediye başkanı görevi süresince ve görevinin sona ermesinden itibaren iki yıl süreyle, meclis üyeleri ise görevleri süresince ve görevlerinin sona ermesinden itibaren bir yıl süreyle, belediye ve bağlı kuruluşlarına karşı

doğrudan doğruya veya dolaylı olarak taahhüde giremeyecekleri, komisyonculuk ve temsilcilik yapamayacakları düzenlenmiştir.

b) 5393 sayılı Kanunun meclis üyeliğinin sona ermesini düzenleyen 29 uncu maddesinde ise, "Meclis üyeliği, ölüm ve istifa durumunda kendiliğinden sona erer. Meclis üyeliğinden istifa dilekçesi belediye başkanlığına verilir ve başkan tarafından meclisin bilgisine sunulur. Özürsüz veya izinsiz olarak arka arkaya üç birleşim günü veya bir yıl içinde yapılan toplantıların yarısına katılmayan üyenin üyeliğinin düşmesine, savunması alındıktan sonra üye tam sayısının salt çoğunluğuyla karar verilir. Belediye meclisi üyeliğine seçilme yeterliliğinin kaybedilmesi durumunda, valinin bildirmesi üzerine Danıştay tarafından üyeliğin düşmesine karar verilir.", denilmektedir.

c) 32 nci maddesinde, belediye meclis başkan ve üyelerinin huzur ve izin hakları düzenlenmiş, 48 inci maddesinde belediye teşkilatında birimlerin kurulması, kaldırılması veya birleştirilmesi belediye meclisinin kararıyla olacağı hükme bağlanmıştır.

5. Bu konuda 5393 sayılı Belediye Kanunundaki hükümlere benzer hükümler 5302 sayılı İl Özel İdaresi Kanununda da mevcuttur.

a) 5302 sayılı Kanunun 9 uncu maddesinde il genel meclisinin il özel idaresinin karar organı olduğu; 10 uncu maddesinde, norm kadro çerçevesinde il özel idaresinin ve bağlı kuruluşlarının kadrolarının ihdas, iptal ve değiştirilmesine karar verebileceği düzenlenmiştir. 12 nci maddesinde, il genel meclisinin toplantı süreleri düzenlenmiş, 16 ncı maddesinde ihtisas komisyonları kurabilmesi öngörülmüştür.

b) 5302 sayılı Kanunun 19 uncu maddesinde, "İl genel meclisi başkanı ve üyeleri, münhasıran kendileriyle veya ikinci derece dahil kan, kayın hısımları ve evlatlıkları ile ilgili işlerin görüşüldüğü meclis toplantılarına katılamazlar."; 20 nci maddesinde, "İl genel meclisi üyeleri, görevleri süresince ve görevlerinin sona ermesinden itibaren iki yıl süreyle il özel idaresi ve bağlı kuruluşlarına karşı doğrudan doğruya veya dolaylı olarak taahhüde giremez, komisyonculuk ve temsilcilik yapamaz."; 21 inci maddesinde, "İl genel meclisi üyeliği, ölüm ve istifa durumunda kendiliğinden sona erer. Özürsüz veya izinsiz olarak arka arkaya üç birleşim günü veya bir yıl içinde yapılan toplantıların yarısına katılmayan üyenin üyeliğinin düşmesine, savunması alındıktan sonra üye tam sayısının salt çoğunluğuyla karar verilir. İl genel meclisi üyeliğine seçilme yeterliliğinin kaybedilmesi durumunda, valinin bildirmesi üzerine Danıştay tarafından üyeliğin düşmesine karar verilir." hükümlerine yer verilmiştir.

c) 24 üncü maddesinde, belediye meclis başkanı ve üyelerinin huzur ve izin hakları düzenlenmiş, 25 inci maddesinde belediye teşkilatında birimlerin kurulması, kaldırılması veya birliştirilmesi il genel meclisinin kararıyla olacağı hükme bağlanmıştır.

6. Belediye ve Bağlı Kuruluşları İle Mahalli İdare Birlikleri Norm Kadro İlke ve Standartlarına Dair Yönetmeliğin 2 nci maddesinde, "Bu Yönetmelik belediyeler ve bağlı kuruluşları ile belediye ve il özel idarelerinin üye oldukları mahalli idare birliklerinde istihdam eden memur, sözleşmeli personel, sürekli işçi ve geçici iş pozisyonlarında çalıştırılanları kapsar." düzenlenmesi bulunmakta, benzer bir düzenleme İl Özel İdareleri Norm Kadro İlke ve Standartlarına Dair Yönetmeliğin 2 nci maddesinde, "Bu Yönetmelik, il özel idarelerinde ve 25.6.1927 tarihli ve 1151 sayılı Bozcaada ve İmroz Kazalarının Mahalli İdareleri Hakkında Kanunda düzenlenen ilçe özel idarelerinde istihdam edilen memur, sözleşmeli personel ve sürekli işçi statüsündeki personeli kapsar." şeklinde yer almaktadır.

7. 4857 sayılı İş Kanunun 2 nci maddesinde, "Bir iş sözleşmesine dayanarak çalışan gerçek kişiye işçi ... denir."; 8 inci maddesinde, "İş sözleşmesi, bir tarafın (işçi) bağımlı olarak iş görmeyi, diğer tarafın (işveren) da ücret ödemeyi üstlenmesinden oluşan sözleşmedir. İş sözleşmesi, Kanunda aksi belirtilmedikçe, özel bir şekle tabi değildir."; 10 uncu maddesinde, "Nitelikleri bakımından en çok otuz iş günü süren işlere süreksiz iş, bundan fazla devam edenlere sürekli iş denir."; 63 üncü maddesinde, "Genel bakımdan çalışma süresi haftada en çok kırkbeş saattir. Aksi kararlaştırılmamışsa bu süre, işyerlerinde haftanın çalışılan günlerine eşit ölçüde bölünerek uygulanır. Tarafların anlaşması ile haftalık

normal çalışma süresi, işyerlerinde haftanın çalışılan günlerine, günde onbir saati aşmamak koşulu ile farklı şekilde dağıtılabilir. Bu halde, iki aylık süre içinde işçinin haftalık ortalama çalışma süresi, normal haftalık çalışma süresini aşamaz. Denkleştirme süresi toplu iş sözleşmeleri ile dört aya kadar artırılabilir..." hükümleri bulunmaktadır.

8. 2531 sayılı Kamu Görevlerinden Ayrılanların Yapamayacakları İşler Hakkında Kanununun; 1 inci maddesinde, "Bu Kanun, genel bütçeye dahil daire, ... belediyelerde, özel idarelerde... sermayesinin yarısından fazlası ayrı ayrı veya birlikte Hazinece veya yukarıdaki daire, idare, kurum ve kuruluşlarca karşılanan yerlerde aylık, ücret veya ödenek almak suretiyle görev yapmış olanlar hakkında uygulanır."; 2 nci maddesinde, "Birinci madde kapsamına giren yerlerdeki görevlerinden hangi sebeple olursa olsun ayrılanlar, ayrıldıkları tarihten önceki iki yıl içinde hizmetinde bulundukları daire, idare, kurum ve kuruluşlara karşı ayrıldıkları tarihten başlayarak üç yıl süreyle, o daire, idare, kurum ve kuruluştaki görev ve faaliyet alanlarıyla ilgili konularda doğrudan doğruya veya dolaylı olarak görev ve iş alamazlar, taahhüde giremezler, komisyonculuk ve temsilcilik yapamazlar. Özel kanunlardaki yasaklayıcı hükümler saklıdır." hükümleri yer almaktadır.

Bilindiği üzere; kanunlar arasında çatışma halinde geçerli kurallar "genel kanun-özel kanun", "önceki kanun-sonraki kanun" ilişkisi içinde belirlenir. 5393 sayılı Kanun 2531 sayılı Kanuna göre hem özel kanundur, hem de daha sonra çıkmıştır. Bu nedenle, 5393 sayılı Kanun hükümleri öncelikli olarak uygulanmalıdır. Ayrıca, Danıştay 1. Dairesinin 21.09.1984 gün ve Esas No:1984/224, Karar No:1984/209 sayılı kararında, İl özel idaresinin ortak olduğu bir anonim şirketin genel müdürlük görevini il özel idaresine "karşı" bir görev ya da iş olarak nitelendirmeye olanak bulunmadığı gerekçesiyle "il özel idare müdürlüğü görevinden ayrılan bir kişinin, özel idarenin ortak olduğu anonim şirketin genel müdürlük görevini üstlenmesinin 2531 sayılı Kanunun 2 inci maddesindeki yasak kapsamında bulunmadığı"na karar verilmiştir.

Yukarıda sayılan mevzuat çerçevesinde değerlendirildiğinde;

1. 2972 sayılı Mahalli İdareler İle Mahalle Muhtarlıkları ve İhtiyar Heyetleri Seçimi Hakkında Kanunun 9 uncu maddesinin 2839 sayılı Milletvekili Seçimi Kanununun 11 inci maddesine ve 36 ncı maddesinin bu Kanunda özel hüküm bulunmayan hallerde, 2839 sayılı Milletvekili Seçimi Kanununa gönderme yaptığı; 2839 sayılı Milletvekili Seçimi Kanununa gönderme yaptığı; 2839 sayılı Milletvekili Seçimi Kanununun 11 inci ve 18 inci maddeleri dikkate alındığında, 2839 sayılı Kanunun 11 inci maddesi kapsamına girmeyen işçi niteliği taşıyan kamu görevlilerinin, görevlerinden ayrılma isteğinde bulunmadan aday olabilecekleri; 28 Mart 2004 tarihinde yapılan Mahalli İdareler Genel Seçimler ile ilgili Yüksek Seçim Kurulunun 13.12.2003 tarih ve Karar No: 1191 nolu kararının da bu yönde olduğu,

2. 5393 sayılı Belediye Kanununun 28 inci maddesi ile 5302 sayılı il Özel İdaresi Kanununun 20 inci maddesinde düzenlenen "meclis üyelerinin görevleri süresince ve görevlerinin sona ermesinden itibaren bir yıl süreyle (il özel idarelerinde iki yıl süreyle) belediye veya il özel idaresi ve bunların bağlı kuruluşlarına karşı doğrudan doğruya veya dolaylı olarak taahhüde giremez, komisyonculuk ve temsilcilik yapamaz." hükmünün belediye veya il özel idaresi bünyesinde çalışan işçileri kapsaması konusunda tereddütler olduğu; 4857 sayılı İş Kanununa göre işçi, bir iş sözleşmesine dayanarak çalışan gerçek kişi olarak tanımlandığı; bu kanundaki iş sözleşmesi, bir tarafın (işçi) bağımlı olarak iş görmeyi, diğer tarafın (işveren) da ücret ödemeyi üstlenmesinden oluşan sözleşme olduğu; Türk Dil Kurumu sözlüğünde taahhüdü, "Bir şey yapmayı üstüne alma, üstlenme" olarak tanımlandığı; 4857 sayılı Kanun kapsamında yapılan sözleşmenin bir taahhüt olarak değerlendirilmesi durumunda, konunun, 5393 sayılı Kanunun 28 inci maddesi ile 5302 sayılı Kanunun 20 inci maddesi kapsamında düşünülmesi gerekeceği ve bu nedenle de, belediye meclisi veya il genel meclisi üyeliği ile aynı belediyede veya il özel idaresinde işçi olarak çalışmanın bağdaşmayacağı,

3. Diğer taraftan belediye meclisinin belediyenin, il genel meclisinin il özel idaresinin karar organı olduğu; belediye ve il özel idaresi teşkilatında birimlerin kurulması, kaldırılması veya birleştirilmesine karar verdikleri; ayrıca, norm kadro çerçevesinde belediyenin ve il özel idaresi ile bağlı kuruluşlarının kadrolarının ihdas, iptal ve değiştirilmesine karar verme de görevlerinin de bulunduğu; her iki kurumun "Norm Kadro İlke ve Standartlarına Dair Yönetmeliği'nin sürekli işçi pozisyonlarında çalıştırılan personeli de kapsadığı; her ne kadar 5393 sayılı Kanunun 27 nci maddesinde "belediye başkanı ve meclis üyeleri", 5302 sayılı Kanununun 19 maddesinde "İl genel meclisi başkanı ve üyeleri".".. münhasıran kendileri, ikinci derece dahil kan ve kayın hısımları ve evlatlıkları ile ilgili işlerin görüşüldüğü meclis toplantılarına katılamazlar." hükmü bulunsa da, belediye meclisi üyeliği veya il genel meclisi üyeliği ile aynı belediyede ya da il özel idaresinde işçi olarak çalışmanın idarenin işleyişi üzerinde olumsuz etkileri olacağı,

4. Ayrıca, kadrolu işçilik sürekli bir iş olmasına rağmen, belediye meclisi üyeliği ile il genel meclisi üyeliğinin sürekli bir iş olmadığı; 5393 sayılı Kanuna ve 5302 sayılı Kanununa göre belediye meclisinin ve il genel meclisinin her ay beş güne kadar toplanabildiği; buna komisyon toplantılarının da ilave edilmesi durumunda, belediyede veya il özel idaresinde çalışan işçinin belediye meclisi üyesi ya da il genel meclisi üyesi olması halinde bu kişinin iş akdinden doğan yükümlülüklerinin aksayabileceği,

5. 2839 sayılı Milletvekili Seçimi Kanununun 18 inci maddesinde aday olacak işçilere görevlerinden ayrılma isteğinde bulunma zorunluluğu getirilmeyerek aday olan işçilerin işlerinden ayrılmasının önlendiği; ancak, bu Kanunda belediye meclisi üyeliğine seçilen işçilerin görevlerinden ayrılıp ayrılmamaları konusunda herhangi bir hüküm bulunmamakla birlikte, 2972 sayılı Mahalli İdareler İle Mahalle Muhtarlıkları ve İhtiyar Heyetleri Seçimi Hakkında Kanunun Ek 3 üncü maddesinde, kamu kurumları ile kamu kurumu niteliğinde bir kuruluşta memur veya kadrolu işçi olarak çalışmakta iken bu görevinden ayrılarak Belediye Başkanı seçilmiş olup da yeniden aday olmayan veya seçilemeyenlerin tekrar eski görevlerine veya eşdeğer göreve atanabileceğinin düzenlendiği,

Değerlendirilmektedir.

Sonuç olarak, tüm bu değerlendirmeler çerçevesinde, belediyede veya il özel idaresinde işçi olarak çalışmak ile aynı belediye ya da il özel idaresinde meclis üyeliğinin bağdaşmayacağı; bir belediyede veya il özel idaresinde çalışan işçinin aynı belediyede ya da il özel idaresinde meclisi üyesi olamayacağı değerlendirilmekle birlikte, bu konuda açık yasal bir hükmün de bulunmadığından Danıştay Başkanlığının görüşüne ihtiyaç duyulmuştur. Yapılacak işlemlerin hukuka uygunluğunun sağlanması açısından önem taşıyan ve uygulamada tereddüt yaratan konuya ilişkin Danıştay 1. Daire Başkanlığının görüşünün alınması hususunda göreğinin yapılmasını arz ederim." denilmekte olduğundan konu incelenerek;

Gereği Görüşülüp Düşünüldü:

İstem, belediyede veya il özel idaresinde çalışan daimi işçinin, aynı belediyede meclis üyesi veya aynı il özel idaresinde il genel meclisi üyesi olarak görev yapıp yapamayacağı hususunda düşülen duraksamanın giderilmesine ilişkindir.

2972 sayılı Mahalli İdareler ile Mahalle Muhtarlıkları ve İhtiyar Heyetleri Seçimi Hakkında Kanunun 9 uncu maddesinde, "2839 sayılı Milletvekili Seçimi Kanununun 11 inci maddesinde belirtilen sakıncaları taşımamak şartıyla, yirmibeş yaşını dolduran her Türk vatandaşı belediye başkanlığına, il genel meclisi ve belediye meclisi üyeliğine seçilebilir." hükmüne yer verilmiş, söz konusu 2839 sayılı Milletvekili Seçimi Kanununun 11 inci maddesinde ise, milletvekili seçilemeyecek olanlar gösterilmiştir.

Bu hükümlere göre, belediye veya il özel idaresinde daimi işçi olarak çalışanlardan 2839 sayılı Kanunun 11 inci maddesinde belirtilen sakıncaları taşımayanlar, 25 yaşını doldurmuş ve Türk vatandaşı olmalarının dışında iş sözleşmesinin devam edip etmediğine

bakılmaksızın belediye başkanlığına, il genel meclisi ve belediye meclisi üyeliğine adaylığını koyabilme ve seçilebilme haklarına sahiptir.

2972 sayılı Mahalli İdareler ile Mahalle Muhtarlıkları ve İhtiyar Heyetleri Seçimi Hakkında Kanununda, seçimlerde aday olabileceklerde ve seçilebileceklerde aranacak ortak nitelikler belirlendikten sonra, kamu görevlilerinden aday olabilmek için görevinden istifa etmesi zorunlu olanlar ve adaylığın kaybedilmesi veya seçilememeleri nedeniyle görevlerine iade edilmeleri zorunlu olanlar ile bu hususi̇taki istisnalar ayrı ayrı belirtilerek hükme bağlanmıştır. Ancak, gerek 2972 sayılı Kanunda gerekse aynı Kanunun 36 ncı maddesi ile atıf yapılan 298 sayılı Seçimlerin Temel Hükümleri ve Seçmen Kütükleri Hakkında Kanun, 2820 sayılı Siyasi Partiler Kanunu ve 2839 sayılı Milletvekili Seçimi Kanunu'nda mahalli idare seçimleri sonucu seçilen kamu görevlilerinden seçildikten sonra da eski görevlerinde devam edebileceklere ilişkin bir hükme yer verilmediği gibi il özel idaresinde veya belediyede işçi statüsünde çalışan kamu görevlilerinin seçildikten sonra bu görevleri sürdürmeye devam edebileceklerine imkan tanıyan bir istisna hükmüne de yer verilmemiştir.

Yürürlükteki mevzuatta belli bir konuda hüküm bulunmaması halinde, bu durumun istisnaya yol açacak şekilde yorumlanması suretiyle hukuki çözüme ulaşılması mümkün değildir. Bu itibarla, eğer yasa koyucunun 2972 sayılı Kanun uyarınca seçime katılan 4857 sayılı İş Kanununa tabi olarak çalışan daimi işçilerin seçildikten sonra il genel meclisi veya belediye meclisi üyeliği görevleri yanında işçi olarak eski görevlerini de sürdürebilecekleri yönünde bir istisna tanıma iradesi olsaydı, bu hususun da Kanunda belirtilen diğer istisnalar gibi açıkça hükme bağlanmış olması gerekirdi.

Yukarıdaki açıklamalardan da anlaşılacağı üzere, il özel idaresinde veya belediyede işçi statüsünde çalışan kişilerin , il genel meclisi veya belediye meclisi üyeliğine adaylığını koyabilme ve seçilebilme konusunda her hangi bir tereddüt bulunmamasına karşın, il özel idaresinde veya belediyede daimi işçi olarak çalışanların il genel meclisi veya belediye meclisi üyeliğine seçilmeleri durumunda, iş sözleşmeleri devam ederken meclis üyeliği görevini yürütüp yürütemeyecekleri hususunda duraksama vardır.

Anayasanın 127 nci maddesinde, " Mahalli idareler; 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 tüzelkişileridir." şeklinde tanımlanmıştır.

Yerel ve ortak ihtiyaçların özerklik ilkesi ve demokratik yaşam biçimine uygun olarak karşılanması amacıyla halk oyuyla oluşturulan ve kamu tüzel kişiliğinin karar organı olan belediye meclisi ve il genel meclisinin, demokratik hukuk devleti ilkesine uygun, tarafsızlıkla görev yapmaları esas olup sübjektif takdir ve tercihlere açılım sağlayacak veya hizmet götürecek kesimler arasında karar organının tarafsızlığı bakımından kuşkulara yol açabilecek yapılandırmalardan arındırılmaları gerekmektedir.

5216 sayılı Büyükşehir Belediyesi Kanununun 12 nci maddesinde, büyükşehir belediye meclisinin, büyükşehir belediyesinin, 5393 sayılı Belediye Kanununun 17 nci maddesinde de, belediye meclisinin, belediyenin karar organı olduğu; 5216 sayılı Kanunun 12 nci maddesinde, meclisin her ayın ikinci haftası, 5393 sayılı Kanunun 20 nci maddesinde de, meclisin her ayın ilk haftası önceden kararlaştırılan günde toplanacağı, 5216 sayılı Kanunun 15 inci ve 5393 sayılı Kanunun 24 üncü maddelerinde, belediye meclisi üyeleri arasından seçilecek kişilerden oluşan ihtisas komisyonları kurulabileceği, 5216 sayılı Kanunun 16 ncı ve 5393 sayılı Kanunun 33 üncü maddelerinde, belediye meclisinin kendi üyeleri arasından seçeceği belli sayıda kişinin encümenlerde yer alacağı; 5216 sayılı Kanunun 17 nci maddesinde, büyükşehir belediye başkanının, 5393 sayılı Kanunun 37 nci maddesinde de, belediye başkanının belediye idaresinin başı ve tüzel kişiliğin temsilcisi olduğu hükme bağlanmıştır.

Bu hükümlerin yanında 5393 sayılı Kanunun 18 inci maddesinde, belediye meclisinin, personelin performans ölçütlerini görüşerek karara bağlamak, bütçe ve kesin

hesabı kabul etmek, belediyenin ve bağlı kuruluşlarının kadrolarının ihdas, iptal ve değiştirilmesine karar vermek gibi görev ve yetkilerinin bulunduğu, 25 nci maddesinde, belediye başkanınca meclise sunulan önceki yıla ait faaliyet raporu nedeniyle belli sayıda üyenin yetersizlik kararı verebileceği ve kararın Danıştayca uygun görülmesi halinde belediye başkanının başkanlıktan düşeceği, ayrıca üyelerin belediye başkanı hakkında gensoru önergesi verebileceği ve önergenin karara bağlanmasında yetersizlik kararı verilmesiyle ilgili hükümlerin uygulanacağı, 27 nci maddesinde, belediye başkanlarının ve meclis üyelerinin, münhasıran kendileri, ikinci derece dahil kan ve kayın hısımları ve evlatlıkları ile ilgili işlerin görüşüldüğü meclis toplantılarına katılamayacağı hükümlerine yer verilmiş, 5216 sayılı Kanunun 28 inci maddesinde ise, Belediye Kanunu ve diğer ilgili Kanunların bu Kanuna aykırı olmayan hükümlerinin ilgisine göre büyükşehir, büyükşehir ilçe ve ilk kademe belediyeleri hakkında da uygulanacağı belirtilmiştir.

5302 sayılı İl Özel İdaresi Kanununun 9 uncu maddesinde, il genel meclisinin il özel idaresinin karar organı, 29 uncu maddesinde, valinin, il özel idaresinin başı ve tüzel kişiliğin temsilcisi olduğu hüküm altına alınmış, Kanunun, il genel meclisinin görev ve yetkileri, toplantı zamanları ve süreleri, ihtisas komisyonları kurulması, komisyonların çalışmaları, il encümeninin seçilmesi, başkan ve meclis üyelerinin görüşmelere katılamayacağı konularını düzenleyen pek çok hüküm 5393 sayılı Kanundaki hükümlerle paralellik arz etmektedir.

4857 sayılı İş Kanununun 2 nci maddesinde, bir iş sözleşmesine dayanarak çalışan gerçek kişiye işçi, işçi çalıştıran gerçek veya tüzel kişiye yahut tüzel kişiliği olmayan kurum ve kuruluşlara işveren deneceği, 63 üncü maddesinde de, genel bakımdan çalışma süresinin haftada en çok kırkbeş saat olduğu, aksi kararlaştırılmamışsa bu sürenin haftanın çalışılan günlerine eşit ölçüde bölünerek uygulanacağı hükümlerine yer verilmiştir.

Belediyede veya il özel idaresinde çalışan daimi işçinin işvereninin, belediye veya il özel idaresi tüzel kişiliği olduğu, belediye başkanının veya valinin, ilgili idarenin başı ve tüzel kişiliğin temsilcisi olarak işveren sıfatıyla hareket edeceği ve kurumda çalışan işçinin, işinde gereği gibi çalışıp çalışmadığı, işine devam edip etmediği, işyerindeki tutum ve davranışları gibi birçok konuda işvereninin denetim ve gözetimi altında olacağı, gerektiğinde işverenin, bu kişiye Kanundan kaynaklanan çeşitli yaptırımları uygulayabileceği olağandır.

İl genel meclisinin veya belediye meclisinin, ilgili tüzel kişiliğin karar organı olarak söz konusu tüzel kişiliğin mali konulardaki iş ve işlemlerini denetlediği, belediye başkanının başkanlıktan düşürülmesine kadar uzanan yetkilerle donatıldığı, personelin performans ölçütlerini karara bağlamak, sürekli işçilere ait norm kadroların ihdas, iptal ve değiştirilmesine karar vermek gibi tüzel kişilikte çalışan işçileri doğrudan ilgilendiren bazı görev ve yetkilerinin bulunduğu dikkate alındığında, işçinin çalıştığı tüzel kişilikte aynı zamanda meclis üyesi olarak görev yapması halinde, işveren gibi hareket etmesine imkan sağlayacak bir statüye kavuşabileceği, işverenin işçi üzerindeki denetim ve yaptırım yetkilerinin kısmen de olsa kullanılamaz hale gelebileceği, işçinin işverenini denetleyebilmesi gibi iş hayatının olağan akışına aykırı bir durumla karşılaşılabileceği ve en önemlisi, il genel meclisi veya belediye meclisi üyesi olarak üstlenilen kamu görevinin yerine getirilmesinde tarafsızlık ilkesinin zedelenebileceği açıktır.

Öte yandan, belediye ve il genel meclisinin belirli toplantı süreleri olduğu, meclis üyelerinin aynı zamanda encümenlerde ve ihtisas komisyonlarında görev aldıkları, bu oluşumların da belirli zamanlarda toplandıkları göz önünde alındığında, daimi işçinin meclis üyesi olması halinde, hem iş akdinden doğan yükümlülüklerini, hem de meclis çalışmalarına katılma yükümlülüğünü aksatabileceği, yoğun çalışma gerektiren meclis üyeliği görevini aksatmasının meclisin işleyişini olumsuz etkileyebileceği, kaldı ki, meclis çalışmalarının hızlı ve verimli yürütülebilmesi için meclis üyelerinin toplantılara katılımları konusunda Kanunun öngördüğü kurallar dikkate alındığında, meclislerin daimi işçileri ilgilendiren kadroların ihdası, iptali ve değiştirilmesi, performans ölçütlerinin belirlenmesi ve denetim gibi hususları

görüşeceği toplantılara işçi olan meclis üyesinin katılamayacağı, bu durumun da meclisin çalışma düzenine zarar verebileceği de kaçınılmazdır.

Yukarıdaki açıklamalar çerçevesinde, 4857 sayılı İş Kanunu ile 5216 sayılı Büyükşehir Belediyesi Kanunu, 5393 sayılı Belediye Kanunu ve 5302 sayılı İl İdare Kanunu'nun, belediye meclisi ve il genel meclisinin görev ve yetkilerini belirleyen hükümleri ile söz konusu meclislerin toplantı ve görüşme yapma, komisyon oluşturma, komisyon çalışmalarında görev alma, başkanlığa vekalet etme ve benzeri konuları düzenleyen hükümleri birlikte değerlendirildiğinde söz konusu kamu kurumlarında çalışan daimi işçilerin, işçi olmalarından kaynaklanan statüleri ile aynı tüzel kişilikteki meclis üyeliği statüleri birbirleriyle çatışmakta, dolayısıyla meclis üyesi sıfat ve yetkilerini kullanarak aynı tüzel kişilikte karar alma, denetim ve yaptırım süreçlerine katılmalarının mümkün olmadığı sonucuna varılmıştır.

Açıklanan nedenlerle, belediyede veya il özel idaresinde çalışan daimi işçinin görevinden ayrılmadan aynı belediyede meclis üyesi veya aynı il özel idaresinde il genel meclisi üyesi olarak görev yapamayacağı görüşüyle dosyanın Danıştay Başkanlığına sunulmasına 18.2.2009 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

T.C.
D A N I Ş T A Y
Birinci Daire
Esas No : 2009/225
Karar No : 2009/377

Özeti : Mahkemelere istişari görüş verilmesine olanak bulunmadığı hakkında.

Kocaeli Büyükşehir Belediyesinin %99 oranında hissesine sahip olduğu ve anonim şirket kuruluş işlemlerine göre kurulan İZAYDAŞ A.Ş.'nin genel ve katma bütçeye dahil kamu tüzelkişisi sayılıp sayılamayacağı konusunda düşülen duraksamanın giderilmesine ilişkin Gebze 3 üncü Asliye Hukuk Mahkemesinin 13.1.2009 gün ve E:2007/115 sayılı yazısında aynen;

" Davacı, Maliye Hazinesi ile Davalı, Kocaeli Büyükşehir Belediye Başkanlığı (İZAYDAŞ A.Ş) arasında mahkememizde görülmekte olan Elatmanın Önlenmesi, Tazminat davası nedeniyle;

Kocaeli Büyükşehir Belediyesinin % 99 oranında hissesine sahip olduğu ve Anonim Şirket kuruluş işlemlerine göre kurulduğu anlaşılan davalı (İZAYDAŞ A.Ş.)'ne ait hazirun toplantısı pay cetveli örneği yazımız ekinde gönderilmiş olup;

Mahkememizce bu şirketin genel ve katma bütçeye dahil kamu tüzel kişisi sayılıp sayılmayacağı hususunda tereddüte düşüldüğünden,. bu konuda duruşmanın bırakıldığı 1.5.2009 tarihinden önce mahkememize görüş bildirilmesi rica olunur." denildiğinden

Gereği Görüşülüp Düşünüldü :

2575 Sayılı Danıştay Kanununun 23 üncü ve 42 nci maddeleri uyarınca, Devlet Başkanlığı ve Başbakanlıktan gönderilen işler hakkında Danıştay tarafından istişari mahiyette düşünce bildirilmesi mümkündür.

Gebze 3. Asliye Hukuk Hakimi tarafından, Mahkemede bakılmakta olan bir davada, Kocaeli Büyükşehir Belediyesinin %99 oranında hissesine sahip olduğu ve anonim şirket kuruluş işlemlerine göre kurulan İZAYDAŞ A.Ş.'nin genel ve katma bütçeye dahil kamu tüzelkişisi sayılıp sayılamayacağı hususunda düşülen tereddüt sebebiyle Danıştay Birinci Dairesinden görüş talep edilmekte ise de; söz konusu tereddütün uyuşmazlığı çözümlemekle görevli mahkeme tarafından hukuken değerlendirilecek bir konuya ilişkin olduğu kaldı ki

yargı yerlerinde görülmekte olan davalarla ilgili olarak istişari görüş bildirilmesine de olanak bulunmadığından, istem hakkında görüş bildirilmesine yer olmadığına ve dosyanın Danıştay Başkanlığına sunulmasına 25.2.2009 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

KAMULAŞTIRMA

T.C.
D A N I Ş T A Y
Birinci Daire
Esas No : 2008/1422
Karar No : 2009/280

Özeti : 3568 sayılı Serbest Muhasebeci Mali Müşavirlik ve Yeminli Mali Müşavirlik Kanunu'na göre kurulmuş tüzel kişiliğe sahip, kamu kurumu niteliğinde bir meslek kuruluşu olan Serbest Muhasebeci Mali Müşavirleri Odası, 2942 sayılı Kanun'un 30 uncu maddesi kapsamında, bir kamu tüzelkişisi veya kurumu olmadığından, mülkiyetindeki taşınmazın bu maddeye dayanılarak devrine olanak bulunmadığı hakkında.

… Serbest Muhasebeci Mali Müşavirler Odası ile aralarında çıkan uyuşmazlığın 2942 sayılı Kamulaştırma Kanununun 30 uncu maddesi uyarınca çözümlenmesine ilişkin … Elektrik Dağıtım A.Ş.'nin Mersin İdare Mahkemesine verilen ve 19.11.2008 günlü havalesiyle Danıştay Başkanlığına gönderilen yazısında aynen:

"1-… EDAŞ Yönetim Kurulu'nun 14.5.2008 tarih ve 7-59 sayılı kararı ile; Müvekkil Kurumca tesis edilecek olan İ6-02 no'lu trafo yerinin isabet ettiği … İli, Merkez İlçesi, Bahçe Mahallesi, 20.M.4 pafta, 4979 ada, 2 parsel numarasında kayıtlı 169.55 m2'lik gayrimenkulün kamulaştırılmasına karar verilmiştir. Ancak söz konusu taşınmazın tapu kayıtlarında maliki olarak görülen … Serbest Muhasebeci Mali Müşavirler Odasının, Anayasa'nın 135. maddesinde belirtilen kamu tüzel kişiliğine haiz kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarından olduğu tespit edilmiştir.

2- Bilindiği üzere; Kamulaştırma Kanununun 30. maddesinin 1. fıkrasında 'Kamu tüzel kişileri ve kurumlarının sahip oldukları taşınmaz mal, kaynak veya irtifak hakları diğer bir kamu tüzel kişisi veya kurumu tarafından kamulaştırılamaz' hükmü yer almaktadır. Aynı maddenin 2. fıkrasında da bu durumda yapılması gereken işlemler hüküm altına alınmıştır. Bunun üzerine Müvekkil Kurum da yasada belirtilen koşulları yerine getirerek … Serbest Muhasebeci Mali Müşavirler Odasına yönelik olarak 30.7.2008 tarihli ve 8864 sayılı yazıyla ilgili taşınmazın belirtilen şartlarda kendisine devredilmesini talep etmiştir. Ancak söz konusu yazının karşı tarafa tebliğinden itibaren 60 günden fazla bir süre geçmiş olmasına rağmen konuyla ilgili olarak ilgililerce herhangi bir işlem yapılmamış ve bu yazıya cevap ta verilmemiştir.

3- Yukarıda arz ve izah edilen sebeplerden dolayı Kamulaştırma Kanununun 30. maddesi gereğince ilgili taşınmazın Müvekkil Kuruma devrinin sağlanması amacıyla Sayın Mahkemenize başvurma zorunluluğumuz doğmuştur.

DELİLLER : İlgili yazışmalar, tapu kayıtları, kurum kayıtları, bilirkişi, keşif tanık ve her türlü yasal delil.

SONUÇ VE İSTEM : Yukarıda arz edilen ve re'sen göz önüne alınacak nedenlerle; Dava konusu … İli, Merkez İlçesi, Bahçe Mahallesi, 20.M.4 pafta, 4979 ada, 2 parsel numarasında kayıtlı 169.55 m2'lik gayrimenkulün Kamulaştırma Kanununun 30. maddesi uyarınca Müvekkil Kuruma devrine, yargılama giderleri ve vekalet ücretinin karşı taraf üzerinde bırakılmasına karar verilmesini saygılarımızla arz ve talep ederiz." denilmekte olduğundan konu incelenerek;

Gereği Görüşülüp Düşünüldü :

… Elektrik Dağıtım A.Ş. tarafından, mülkiyeti … Serbest Muhasebeci Mali Müşavirler Odasına ait … İli, Merkez İlçesi, Bahçe Mahallesi, 4979 ada, 2 parsel sayısında kayıtlı 169,55 m2 yüzölçümlü taşınmazın 2942 sayılı Kamulaştırma Kanununun 30 uncu maddesi uyarınca devri istenilmektedir.

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

Bu hüküm, münhasıran kamu tüzelkişileri ve kurumları arasında, bunların sahip oldukları taşınmazların ihtiyacı olan idareye devri konusunda çıkan uyuşmazlıkların giderilmesi amacına yöneliktir.

3568 sayılı Serbest Muhasebeci Mali Müşavirlik ve Yeminli Mali Müşavirlik Kanunu'na göre kurulmuş tüzelkişiliğe sahip kamu kurumu niteliğinde bir meslek kuruluşu olan … Serbest Muhasebeci Mali Müşavirler Odası, 2942 sayılı Kanunun 30 uncu maddesi kapsamında bir kamu tüzelkişisi veya kurumu olmadığından, mülkiyetindeki taşınmazın bu maddeye dayanılarak … Elektrik Dağıtım A.Ş.'ye devrine olanak bulunmamaktadır.

Bu nedenle mülkiyeti … Serbest Muhasebeci Mali Müşavirler Odasına ait taşınmazın, 2942 sayılı Kanunun 30 uncu maddesine göre … Elektrik Dağıtım A.Ş.'ye devrine ilişkin istemin incelenmeksizin reddine ve dosyanın Danıştay Başkanlığına sunulmasına 12.2.2009 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

MEMURLAR VE DİĞER KAMU GÖREVLİLERİNİN YARGILANMALARINA İLİŞKİN KARARLAR

T.C.
D A N I Ş T A Y
Birinci Daire
Esas No : 2008/1528
Karar No : 2009/43

Özeti : Bir başkasının yerine yabancı dil sınavına girmenin, lüzumu muhakemeyi gerektirdiği hakkında.

KARAR

Şüpheli : …- Gaziantep Üniversitesi T.M.D.K. Türk Halk Oyunları Bölümü Araştırma Görevlisi

Suçu : 2007 yılı Mart dönemi Üniversitelerarası Kurul Yabancı Dil Sınavına (ÜDS) yerine başkasını sokmak

İncelenen Karar : Gaziantep Üniversitesi Yetkili Kurulunun günsüz, sayısız lüzum-u muhakeme kararı

Karara İtiraz Eden **:** …
İnceleme Nedeni **:** İtiraz üzerine

Gaziantep Üniversitesi Rektörlüğünün 15.12.2008 günlü, 921/12831 sayılı yazısı ile gönderilen soruşturma dosyası, yukarıda belirtilen Kurul kararı ile itiraz dilekçesi, Tetkik Hakimi Tanju Kızılkuş'un açıklamaları dinlendikten sonra, 2547 sayılı Yükseköğretim Kanununun 53 üncü maddesi uyarınca incelendi;

Gereği Görüşülüp Düşünüldü :

Dosyada yer alan, Emniyet Genel Müdürlüğü Kriminal Polis Laboratuvarları Dairesi Başkanlığının 16.7.2007 günlü, BLG-2007/1340 sayılı Ekspertiz Raporunun incelenmesinden, 25 Mart 2007 tarihli 2007- Mart Dönemi ÜDS cevap kağıdı üzerindeki imza ve yazılarla, şüpheli …'ın diğer kağıtlarda bulunan imza ve yazılarının karşılaştırıldığı sözkonusu döneme ait ÜDS cevap kağıdındaki yazı ve imzaların şüpheliye ait olmadığının belirlendiği, dolayısıyla şüphelinin sözü edilen sınavda yerine başkasını soktuğu yolunda yeterli kanıtın mevcut olduğu anlaşıldığından, Gaziantep Üniversitesi Rektörlüğünce oluşturulan Yetkili Kurulun günsüz, sayısız lüzum-u muhakeme kararının onanmasına, şüphelinin eylemine uyan Türk Ceza Kanununun 204 üncü maddesi uyarınca yargılanmasına, yargılamanın Gaziantep Ağır Ceza Mahkemesinde yapılmasına, dosyanın Gaziantep Cumhuriyet Başsavcılığına, kararın birer örneğinin Gaziantep Üniversitesi Rektörlüğüne ve itiraz edene gönderilmesine 13.1.2009 gününde oybirliğiyle karar verildi.

T.C.
D A N I Ş T A Y
Birinci Daire
Esas No : 2009/45
Karar No : 2009/222

Özeti : Büyükşehir belediye başkanı hakkında yapılan şikayet konusu ile ilgili olarak, büyükşehir belediye başkanlığına bağlı olarak oluşturulan büyükşehir belediyesi teftiş kurulu müfettişi tarafından yapılan araştırma sonucunda düzenlenen rapor dayanak alınmak suretiyle, yetkili makam olan İçişleri Bakanı tarafından işleme konulmama kararı verilemeyeceği hakkında.

KARAR

Hakkında İşleme Konulmama

Kararı Verilenler:1- …- İstanbul Büyükşehir Belediye Başkanı
2- …- İstanbul İli, Eminönü Belediye Başkanı
3- …- İstanbul İli, Beşiktaş Belediye Başkanı
4- Diğer belediye görevlileri

İtiraz Edilen Karar : Şikayetin işleme konulmamasına ilişkin İçişleri Bakanının 6.6.2008 gün ve İNS:07.34.2564 sayılı kararı

Karara İtiraz Eden : İstanbul Cumhuriyet Başsavcı Vekili Hasan Eker

Soruşturulacak Eylemler : … ve Büyükşehir Belediye Meclisi Üyelerinin:

1-Bayındırlık ve İskan Bakanlığınca hazırlanıp yürürlüğe konulan Otopark Yönetmeliği hükümlerine aykırı olarak, parsel ve bina bünyesinde otopark ihtiyacını karşılayan ilgililerden otopark harcı alınması yolunda hükümler içeren İstanbul Büyükşehir Belediyesi Otopark Yönetmeliğini kabul ederek yürürlüğe koymak

…ve Büyükşehir Belediyesi görevlilerinin:

2-Otopark Yönetmeliği uyarınca ilgililerden tahsil edilen harç ve ücretleri, Otopark Yönetmeliğindeki hükümlere aykırı olarak harcamak, belde ihtiyacını karşılayacak otopark alanları ayırmamak ve otopark inşa etmemek

…, …, … ve İstanbul'daki diğer belediye başkanlarının:

3-Otopark yeri ayrılıp ayrılmadığı dikkate alınmaksızın inşaat ve iskan ruhsatları düzenlemek, otopark alanı olarak ayrılan yerlerin bu amaçla kullanılıp kullanılmadığını denetlememek

4-Ücretsiz olması gereken belediyelere ait otoparklardan vatandaşları ücret karşılığında yararlandırmak

Eylem Tarihi : 1994 Yılı ve devamı

İçişleri Bakanlığının 13.1.2009 gün ve 608 sayılı yazısı ile gönderilen dosya, İçişleri Bakanı tarafından verilen 6.6.2008 gün ve 07.34.2564 sayılı şikayetin işleme konulmaması kararı ile bu karara yapılan itiraz, Tetkik Hakimi Aylin Coşkun'un açıklamaları dinlendikten sonra, 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun uyarınca incelendi;

Gereği Görüşülüp Düşünüldü:

4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanunun 4 üncü maddesinin üçüncü ve dördüncü fıkralarında; bu Kanuna göre memurlar ve diğer kamu görevlileri hakkında yapılacak ihbar ve şikayetlerin soyut ve genel nitelikte olmamasının, ihbar veya şikayetlerde kişi veya olay belirtilmesinin zorunlu olduğu, iddiaların da ciddi bulgu ve belgelere dayanması gerektiği, bu hükme aykırı bulunan ihbar ve şikayetlerin, Cumhuriyet başsavcıları ve izin vermeye yetkili merciler tarafından işleme konulmayacağı ve durumun ihbar veya şikayette bulunana bildirileceği, aynı Kanunun 5 inci maddesinde ise izin vermeye yetkili merciin, bu Kanun kapsamına giren bir suç işlendiğini bizzat veya yukarıdaki maddede yazılı şekilde öğrendiğinde bir ön inceleme başlatacağı, ön incelemenin, izin vermeye yetkili merci tarafından bizzat yapılabileceği gibi görevlendireceği bir veya birkaç denetim elemanı ya da hakkında inceleme yapılanın üstü konumundaki memur ve kamu görevlilerinden biri veya birkaçı eliyle de yaptırılabileceği, inceleme yapacakların, izin vermeye yetkili merciin bulunduğu kamu kurum veya kuruluşunun içerisinden belirlenmesinin esas olduğu, işin özelliğine göre bu merciin, anılan incelemenin başka bir kamu kurum veya kuruluşunun elemanlarıyla yaptırılmasını da ilgili kuruluştan isteyebileceği hükme bağlanmıştır.

Öte yandan, Cumhuriyet başsavcılarına yapılan şikayet ve ihbarların değerlendirilmesi sonucunda işleme konulmamayı gerektiren nitelikte olanlar hakkında yine bu makamlarca şikayetin işleme konulmaması kararı verilebilmesi yetkisi tanındığına göre, Cumhuriyet başsavcılıklarına intikal eden şikayet ve ihbarlar üzerine yapılan inceleme ve soruşturma sonucunda şikayetin somut olduğu, kişi ve olay belirtildiği, iddiaların ciddi bulgu ve belgelere dayandığı görülerek işleme konulmama kararı verilmeyip dosyanın ön inceleme yapılarak soruşturma izni verilip verilmemesi yönünden yetkili mercie intikal ettirilmesinden sonra, yetkili merciin aynı dosya içeriğine göre şikayetin işleme konulmamasına karar vermemesi, bir ön inceleme yaptırarak, ciddi bulgu ve belgelere dayanan, kişi ve somut olay belirtilen şikayet hakkında soruşturma izni verilmesi ya da verilmemesi yönünde bir karar tesis etmesi gerekmektedir.

Dosyanın incelenmesinden, şikayetçi Tüketiciler Birliği Derneği vekili Av. …'in yukarıda açıklanan iddiaları içeren dilekçesiyle İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığına yaptığı şikayette, Belediye Başkanı …, …, …'ın yanında 1994 Yılından bu yana görev yapmış bütün belediye başkanlarından da şikayetçi olduğunu belirttiği, Başsavcılığının 11.10.2007 günlü, Soruşturma No:2007/45812 sayılı yazısıyla şikayet evrakının İçişleri Bakanlığına gönderilerek ilgililer hakkında ön inceleme yapılmasının istenildiği, söz konusu talebe rağmen Bakanlığın 27.11.2007 günlü yazısıyla İstanbul Valiliğinden, iddia konuları hakkında inceleme

yaptırılmasının istendiği, Valiliğin 14.12.2007 günlü oluru uyarınca İstanbul Büyükşehir Belediyesi Müfettişi …'ın inceleme ile görevlendirildiği, bu kişinin düzenlediği inceleme raporu esas alınarak İçişleri Bakanı tarafından şikayetin işleme konulmaması kararı verildiği, ayrıca incelemede şikayet edilen diğer belediye başkanlarına yer verilmediği tespit edilmiştir.

Soruşturulması istenen olayda şikayet konusu eylemlerin somut olduğu, kişi ve olay belirtildiği ve iddiaların da ciddi bulgu ve belgelere dayandığı anlaşılmaktadır.

Ayrıca, ihbar ve şikayetlerin işleme konulmaması kararlarının 4483 Sayılı Yasanın 4. maddesi uyarınca izin vermeye yetkili makamlar tarafından verilebileceği açık olduğundan, eğer ihbar ve şikayete konu olayla ilgili olarak bir araştırma yapılması ihtiyacı duyulmuş ise bu araştırmanın da 4483 sayılı Kanunun 5. maddesinde ön inceleme yapılması veya yaptırılması bakımından aranan kriterler esas alınmak suretiyle, yani bizzat izin vermeye yetkili merci veya izin vermeye yetkili merciin bulunduğu kamu kurum veya kuruluşunun içerisindeki teftiş kurullarından görevlendirilecek bir veya birkaç denetim elemanı veya hakkında araştırma yapılacak kişinin üst konumundaki memur ve kamu görevlilerinden biri veya birkaçı tarafından yapılması gerekeceği tabiidir. Aksi tutumun gerek yapılan araştırmanın gerekse bu araştırma raporu dayanak alınarak izin vermeye yetkili mercilerce verilecek işleme konulmama kararının objektifliğini, sıhhatini ve hukukiliğini tartışmalı hale getireceği ve 4483 sayılı Kanunun prensiplerine aykırı olacağı açıktır.

Bu itibarla, İstanbul Büyükşehir Belediye Başkanı, Eminönü Belediyesi Başkanı, Beşiktaş Belediyesi Başkanı ve 1994 Yılından bu yana görev yapmış bütün belediye başkanları hakkında yapılan şikayet konusu ile ilgili olarak, Büyükşehir Belediye Başkanlığına bağlı olarak oluşturulan Büyükşehir Belediyesi Teftiş Kurulu müfettişi tarafından yapılan araştırma sonucunda düzenlenen rapor dayanak alınmak suretiyle yetkili makam olan İçişleri Bakanı tarafından verilen işleme konulmama kararı bu yönüyle de yerinde görülmemiştir.

Belirtilen nedenlerle şikayet konusu eylemlerle ilgili olarak şikayet edilen diğer kişiler de dahil edilmek üzere 4483 sayılı Kanunun yukarıda yer verilen hükümleri uyarınca yetkili merci tarafından ön inceleme emri verilmesi, bu emre dayalı olarak ön inceleme raporu düzenlenmesi ve ön inceleme raporu da gözönünde bulundurulmak suretiyle soruşturma izni verilmesine veya verilmemesine ilişkin bir kararın tesis edilmesi, verilecek kararın türüne göre gerekli yazılı bildirimlerin yapılması, tesis edilen karara karşı itirazda bulunulması durumunda yazılı bildirimlere ilişkin günlü ve imzalı bildirim alındıları ile itiraz dilekçelerinin de eklenerek dosyanın Dairemize gönderilmesi gerektiğinden, itirazın kabulü ile İçişleri Bakanı tarafından şikayetin işleme konulmamasına ilişkin olarak verilen 6.6.2008 gün ve İNS:07.34.2564 sayılı kararın kaldırılmasına, dosyanın İçişleri Bakanlığına, kararın bir örneğinin İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığına gönderilmesine 6.2.2009 tarihinde oyçokluğuyla karar verildi.

KARŞI OY

X- 4483 sayılı Kanunda, Cumhuriyet başsavcılarının veya yetkili merciin işleme koymama kararlarına karşı itiraz edilebileceği yönünde bir hükme yer verilmemesi nedeniyle, İçişleri Bakanınca 6.6.2008 gün ve İNS:07.34.2564 sayılı şikayetin işleme konulmaması kararına yapılan itirazın incelenmeksizin reddi gerektiği görüşüyle çoğunluk kararına katılmıyorum.

T.C.
D A N I Ş T A Y
Birinci Daire
Esas No : 2008/1231
Karar No : 2009/63

Özeti : Üniversite çalışanları yönünden düzenlenen fezlekenin, karar verilmek üzere yetkili kurula sevk edilmesi gerektiği hakkında.

KARAR

... Üniversitesi Rektörlüğünün 9.10.2008 günlü, 1242 sayılı yazısı ekinde gönderilen soruşturma dosyası, ... Üniversitesi Hukuk Müşavirliğinin 21.7.2008 günlü, 250-872 sayılı işlem yapılmamasına ilişkin kararı ile bu karara şikayetçi … tarafından yapılan itiraz, Tetkik Hakimi Bekir Özçelik'in açıklamaları dinlendikten sonra, 2547 sayılı Yükseköğretim Kanununun 53 üncü maddesi uyarınca incelendi:

Gereği Görüşülüp Düşünüldü :

2547 sayılı Yükseköğretim Kanununun, yükseköğretim üst kuruluşları başkan ve üyeleri ile yükseköğretim kurumları yöneticilerinin, kadrolu ve sözleşmeli öğretim elemanlarının, bu kuruluş ve kurumların 657 sayılı Devlet Memurları Kanununa tabi memurlarının, görevleri dolayısıyla ya da görevlerini yaptıkları sırada işledikleri ileri sürülen suçlar hakkında uygulanacak ceza soruşturması usulünü gösteren 53 üncü maddesinin (c) bendinin (1) numaralı altbendinde, Yükseköğretim Kurulu Başkanı için, kendisinin katılmadığı, Milli Eğitim Bakanının başkanlığındaki bir toplantıda, Yükseköğretim Kurulu üyelerinden teşkil edilecek en az üç kişilik bir kurulca, diğerleri için, Yükseköğretim Kurulu Başkanınca veya diğer disiplin amirlerince doğrudan veya görevlendirecekleri uygun sayıda soruşturmacı tarafından ceza soruşturmasının yapılacağı, (2-c) altbendinde de üniversite, fakülte, enstitü ve yüksekokul yönetim kurulu üyeleri, fakülte dekanları ve dekan yardımcıları, enstitü ve yüksekokul müdürleri ve yardımcıları ile üniversite genel sekreterleri hakkında, rektörün başkanlığında rektörce görevlendirilen rektör yardımcılarından oluşacak üç kişilik kurul tarafından son soruşturmanın açılıp açılmamasına karar verileceği, verilen lüzum-u muhakeme kararlarının ilgililerin itirazı halinde, men-i muhakeme kararlarının ise yasa gereği kendiliğinden Danıştay ilgili Dairesince incelenerek karara bağlanacağı öngörülmüştür.

Dosyanın incelenmesinden, … Öcal tarafından ... Üniversitesi Mimarlık Fakültesi Dekanı … ve Fakülte Sekreteri … hakkında 5525 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Bazı Disiplin Cezalarının Affı Hakkında Kanun hükümlerini uygulamayarak kendisine ait disiplin cezalarının dosyasından çıkartılması gerekirken çıkartılmadığını iddia ederek bu kişiler hakkında şikayette bulunması üzerine Rektör tarafından soruşturmacı görevlendirildiği, yapılan soruşturma sonucunda hazırlanan fezlekede, şikayetçinin 5525 sayılı Kanun kapsamına girip affedilen bir uyarı cezasının bulunduğu, uyarma cezasına ait belgelerin şikayetçinin özlük ve sicil dosyasından çıkarılarak ayrı bir klasöre konduğu, anılan Kanunda belgelerin imha edileceğine ilişkin bir düzenlemenin bulunmadığı belirtilerek şüpheliler hakkında men-i muhakeme kararı verilmesinin önerildiği, ancak Rektör tarafından, hazırlanan fezlekenin 2547 sayılı Kanunun 53 üncü maddesi gereğince şüpheliler hakkında men-i muhakeme veya lüzum-u muhakeme şeklinde bir karar verilmesinin sağlanması amacıyla yetkili kurula iletilmesi gerekirken iletilmediği ve hukuk müşavirliğince şikayetçiye gönderilen 21.7.2008 günlü, 872 sayılı yazı ile şikayet konusu hakkında işlem yapılmadığının bildirildiği görülmüştür.

Bu durumda, 2547 sayılı Kanunun yukarıda anılan 53 üncü maddesi gereğince şüphelilerin unvanları dikkate alınarak oluşturulacak yetkili kurul tarafından şüpheliler

hakkında lüzum-u muhakeme veya men-i muhakeme kararı verilmesi, lüzum-u muhakeme kararına itiraz edilmesi halinde, men-i muhakeme kararının ise yasa gereği incelenmek üzere Dairemize gönderilmesi için dosyanın ... Üniversitesi Rektörlüğüne iadesine, kararın bir örneğinin şikayetçiye gönderilmesine, 14.1.2009 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

T.C.
D A N I Ş T A Y
Birinci Daire
Esas No : 2009/56
Karar No : 2009/409

Özeti : Soruşturmanın hukuken kabul edilebilir nedenler olmaksızın, makul bir süre geçtikten ve suçların zaman aşımı tehdidi altına girmesinden sonra tamamlanmasında, ihmali davranışları bulunan şüphelinin luzumu muhakemesi gerektiği hakkında.

KARAR

Şüpheli: ... - Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Araştırma Görevlisi

Suçu: TÖMER öğrencilerini EKAV TÖMER adı ile kurulan ticari işletmeye yönlendirmek, TÖMER'de öğrenim gören öğrencilerin EKAV TÖMER'e para yatırmalarını sağlamak ve EKAV TÖMER'de öğrenim gören öğrencilere TÖMER diploması ve sertifikası vermek iddialarıyla TÖMER personeli hakkında Rektörlüğün 14.3.2002 günlü, 2002-8/506 sayılı yazısıyla başlatılan ceza ve disiplin soruşturmasını 15.5.2007 günü düzenlenen raporla bitirmek, bu soruşturmayı uzun süre işlem yapmaksızın bekletmek ve bu nedenle cezaların zamanaşımına uğrama tehdidi altına girmesine neden olmak suretiyle görevlerini ihmal etmek

Suç Tarihi: 2007 Yılı ve öncesi

İncelenenen Karar : Ankara Üniversitesi Rektörlüğünce oluşturulan Kurulun 25.11.2008 gün ve sayısız lüzum-u muhakeme kararı

Karara İtiraz Edenler : ...

İnceleme Nedeni : İtiraz üzerine

Ankara Üniversitesi Rektörlüğünün 12.1.2009 gün ve 150 sayılı yazısı ekinde gönderilen soruşturma dosyası ve yukarıda belirtilen Kurul kararı ile bu karara karşı yapılan itirazlar, Tetkik Hakimi Bekir Özçelik'in açıklamaları dinlendikten sonra, 2547 sayılı Yükseköğretim Kanununun 53 üncü maddesi uyarınca incelendi;

Gereği Görüşülüp Düşünüldü :

Dosyada yer alan bilgi ve belgelerin incelenmesinden, soruşturmanın hukuken kabul edilebilir nedenler olmaksızın makul bir süre geçtikten ve suçların zamanaşımı tehdidi altına girmesinden sonra tamamlanmasında ihmali davranışları bulunan şüphelinin, üstüne atılı suçu işlediğini doğrulayacak ve hakkında kamu davasının açılmasını gerektirecek yeterli kanıtın dosyada mevcut olduğu anlaşıldığından, Ankara Üniversitesi Rektörlüğünce oluşturulan Kurulun 25.11.2008 gün ve sayısız lüzum-u muhakeme kararının onanmasına, eylemine uyan Türk Ceza Kanununun 257 nci maddesi uyarınca yargılanmasına, yargılamanın Ankara Sulh Ceza Mahkemesinde yapılmasına, dosyanın Ankara Cumhuriyet Başsavcılığına, kararın birer örneğinin Ankara Üniversitesi Rektörlüğüne ve itiraz edene gönderilmesine 4.3.2009 tarihinde oyçokluğuyla karar verildi.

KARŞI OY

X- Dosyadaki bilgi ve belgelerin incelenmesinden, disiplin ve ceza soruşturması yapmakla görevlendirilen şüphelinin görevli olduğu komisyon tarafından tamamladıkları soruşturma raporu esas alınmak suretiyle TÖMER görevlileri hakkında lüzum-u muhakeme kararı verildiği ve şüpheliye verilen soruşturma yapma görevinin nihayetinde yerine getirildiği, bu nedenle şüphelinin üzerine atılı suçu işlediğini doğrulayacak ve hakkında kamu davası açılmasını gerektirecek yeterli kanıtın bulunmadığı anlaşıldığından itirazların kabulüyle Ankara Üniversitesi Rektörlüğünce oluşturulan Kurulunun 25.11.2008 gün ve sayısız lüzum-u muhakeme kararının bozulmasına ve şüphelinin men-i muhakemesine karar verilmesi gerektiği düşüncesiyle aksi yöndeki çoğunluk kararına karşıyız.

T.C.
D A N I Ş T A Y
Birinci Daire
Esas No : 2009/66
Karar No : 2009/434

Özeti : Köylere hizmet götürme birliğiyle ilgili eylemlerden dolayı; karar vermeye yetkili merciin il merkezinde vali, ilçelerde kaymakam olduğu, verilen kararlara karşı da yetkili bölge idare mahkemesine itiraz edilmesi gerektiği hakkında.

KARAR

Ordu Bölge İdare Mahkemesi Başkanlığının 13.1.2009 gün ve E:2008/129, K:2008/141 sayılı yazısı ile Ordu Bölge İdare Mahkemesinin 31.12.2008 gün ve E:2008/129, K:2008/141 sayılı görevsizlik kararı ekinde gönderilen dosya, Korgan Köylere Hizmet Götürme Birliği Başkanı, Birlik Encümen üyeleri ile Birlik görevlileri hakkında soruşturma izni verilmesine ilişkin Ordu Valisinin 20.10.2008 gün ve 51 sayılı kararı ve haklarında soruşturma izni verilenlerce bu karara yapılan itirazlar, Tetkik Hakimi Serkan Kızılyel'in açıklamaları dinlendikten sonra, 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun uyarınca incelendi;

Gereği Görüşülüp Düşünüldü :

4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanunun 3 üncü maddesinin (h), (i) ve (j) bentlerinde mahalli idarelerdeki memurlar ve diğer kamu görevlileri hakkında izin vermeye yetkili makamlar düzenlenmiş olup (h) bendinde, büyükşehir belediye başkanları, il ve ilçe belediye başkanları, büyükşehir, il ve ilçe belediye meclisi üyeleri ile il genel meclisi üyeleri hakkında İçişleri Bakanının; (i) bendinde, belde belediye başkanları ile belde belediye meclisi üyeleri hakkında ilçede kaymakam, merkez ilçede valinin; (j) bendinde, köy ve mahalle muhtarları ile bu Kanun kapsamına giren memurlar ve diğer kamu görevlileri hakkında ilçede kaymakam, merkez ilçede valinin soruşturma izni vermeye yetkili olduğu; aynı Kanunun 9 uncu maddesinin üçüncü fıkrasında ise, soruşturma izni verilmesine veya verilmemesine ilişkin kararlara karşı yapılan itirazlara 3 üncü maddenin (e), (f), (g) ve (h) bentlerinde sayılanlar için Danıştay'ın idari dairesince, diğerleri için yetkili merciin yargı çerçevesinde bulunduğu bölge idare mahkemesince bakılacağı hükmüne yer verilmiştir. Bu düzenlemelerden, (j) bendindeki memurlar ve diğer kamu görevlileri ibaresi ile (h) ve (i) bentlerinde sayılanların dışında kalan mahalli idarelerdeki memur ve diğer kamu görevlilerinin ifade edildiği anlaşılmaktadır.

Öte yandan, aynı Kanunun 3 üncü maddesinin üçüncü fıkrasında, yetkili mercilerin saptanmasında memur ve diğer kamu görevlisinin suç tarihindeki görevinin esas alınacağı

hükmüne yer verilmiştir. Böylece hem birden fazla kamu görevini eşzamanlı olarak ifa eden memurlar ve diğer kamu görevlileri, hem de görev yeri ve unvanı değişen memurlar ve diğer kamu görevlileri hakkında suçun işlendiği tarihteki görevin esas alınması suretiyle izin vermeye yetkili mercinin saptanması gerekmektedir.

Dosyanın incelenmesinden, Korgan Köylere Hizmet Götürme Birliği tarafından yapılan ihalelerin hukuka aykırı olduğu ve bu ihaleler nedeniyle firmalara haksız menfaat sağlandığı iddiasıyla Ordu Valisinin istemi ve İçişleri Bakanlığının görevlendirmesi üzerine Mülkiye Müfettişi … tarafında yapılan ön inceleme sonrasında düzenlenen 10.10.2008 tarihli rapor üzerine Korgan Köylere Hizmet Götürme Birliği Başkanı, Birlik Encümen üyeleri ile Birlik görevlileri hakkında Ordu Valisinin 20.10.2008 gün ve 51 sayılı kararıyla soruşturma izni verildiği; haklarında soruşturma izni verilenlerin Ordu Bölge İdare Mahkemesi nezdinde bu karara itiraz ettikleri, Bölge İdare Mahkemesinin 31.12.2008 gün ve E:2008/129, K:2008/141 sayılı görevsizlik kararıyla; haklarında soruşturma izni verilenler arasında Ordu İl Genel Meclisi üyeleri bulunması nedeniyle itirazların Danıştay'ca karara bağlaması gerektiği gerekçesiyle dosyanın Dairemize gönderildiği anlaşılmaktadır.

Haklarında soruşturma izni istenen Korgan Köylere Hizmet Götürme Birliği yetkilileri aynı zamanda Korgan Kaymakamı, Ordu İl Genel Meclisi üyesi, köy muhtarları ve Korgan İlçesi memurları oldukları ve üzerlerine atılı eylemlerin Korgan Köylere Hizmet Götürme Birliğindeki görevlerinden kaynaklandığı; 4483 sayılı Kanunun 3 üncü maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca memur ve diğer kamu görevlilerine isnat edilen eylem tarihindeki görevin esas alınması nedeniyle Birliğin her kademe personelinin 4483 sayılı Kanunun 3 üncü maddesinin (j) bendi kapsamında değerlendirilmesi ve haklarında yetkili merci tarafından verilen kararlara karşı yapılan itirazları Kanunun 9 uncu maddesi uyarınca yetkili bölge idare mahkemesi tarafından bakılması gerektiğinden, Korgan Köylere Hizmet Götürme Birliği Başkanı, Birlik Encümen üyeleri ile Birlik diğer görevlileri hakkında soruşturma izni verilmesine ilişkin Ordu Valisinin 20.10.2008 gün ve 51 sayılı kararına, haklarında soruşturma izni verilenler tarafından yapılan itirazın görev yönünden reddine, dosyanın itiraza bakmakla görevli ve yetkili Ordu Bölge İdare Mahkemesine gönderilmesine 6.3.2009 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

T.C.
D A N I Ş T A Y
Birinci Daire
Esas No : 2009/238
Karar No : 2009/439

Özeti : Spor Kulüplerine yardım etmenin, 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu'nun 29 uncu maddesi ile 5393 sayılı Belediye Kanunu'nun 14/b maddesi hükümlerine aykırı olacağı hakkında.

KARAR

Hakkında Ön İnceleme Yapılanlar :

1-...-Trabzon Belediye Başkanı
2-...- " Encümen Başkanı
3-...- " Encümen Üyesi
4-...- " "
5-...- " "
6-...- " "
7-...- " "
8-...- " "
9-...- " "
10-...- " "
11-...- " "
12-...- " "
13-...- " "
14-...- " "
15-...- " "
16-...- " İdari ve Sosyal İşler Müdür V.
17-...- " "
18-...- " Başkan V.
19-...- " Başkan Yardımcısı

İtiraz Edilen Karar : Hakkında ön inceleme yapılanların tümü için soruşturma izni verilmesine ilişkin İçişleri Bakanının 4.12.2008 gün ve Tef.Ku.Bşk. 2008/264 sayılı kararı

Karara İtiraz Edenler : Hakkında soruşturma izni verilenler

Soruşturulacak Eylem : Belediye Encümeninin muhtelif kararları ile 2005 yılında 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanununun 29 uncu maddesi ile 5393 sayılı Belediye Kanununun 14/b maddesi hükümlerine aykırı olarak ... Belediyesi Spor Kulübü Derneğine 490.000 TL nakdi yardım yapmak

Eylem Tarihi : 2005 yılı

İçişleri Bakanlığının 11.2.2009 gün ve 2453 sayılı yazısı ile gönderilen dosya, İçişleri Bakanının 4.12.2008 gün ve Tef.Ku.Bşk. 2008/264 sayılı soruşturma izni verilmesine ilişkin kararı ve bu karara yapılan itirazlar, Tetkik Hakimi Sebahattin Ünal'ın açıklamaları dinlendikten sonra 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun uyarınca incelendi;

Gereği Görüşülüp Düşünüldü :

Dosyanın incelenmesinden, ... Belediyesince 2005 yılında Belediye Encümeni kararları ile ... Belediyesi Spor Kulübü Derneğine her ay nakdi ödeme yapılarak toplam 490.000 TL para yardımı yapıldığı, 5393 sayılı Belediye Kanununun 14 üncü maddesinin (b) bendinde, "..Gerektiğinde öğrencilere, amatör spor kulüplerine malzeme verir ve gerekli desteği sağlar." hükmünün yer aldığı, 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanununun 29 uncu maddesinde de, "Gerçek veya tüzel kişilere kanuni dayanağı olmadan kamu kaynağı kullandırılamaz, yardımda bulunulamaz veya menfaat sağlanamaz, ancak, genel yönetim kapsamındaki kamu idarelerinin bütçelerinde öngörülmüş olmak kaydıyla; kamu yararı gözetilerek dernek, vakıf, birlik, kurum, kuruluş, sandık ve benzeri teşekküllere yardım yapılabilir." hükmüne yer verildiği, anılan mevzuat hükümleri karşısında belediyelerin amatör spor kulüplerine malzeme desteği şeklinde yardımda bulunabilecekleri, ancak Belediye Kanununda açıkça belirtilmemesi nedeniyle nakdi yardım yapamayacakları, ... Belediyesince Spor Kulübü Derneğine yapılan 490.000 TL parasal yardımın mevzuata aykırı olduğu, dolayısıyla ilgililere isnat edilen eylemin, haklarında soruşturma yapılmasını gerektirecek

nitelikte bulunduğu anlaşıldığından, İçişleri Bakanının 4.12.2008 gün ve Tef.Ku.Bşk. 2008/264 sayılı soruşturma izni verilmesine ilişkin kararına yapılan itirazların reddine, dosyanın Trabzon Cumhuriyet Başsavcılığına, kararın birer örneğinin İçişleri Bakanlığı ile itiraz edenlere gönderilmesine 10.3.2009 tarihinde oyçokluğuyla karar verildi.

KARŞI OY

X- 5393 sayılı Belediye Kanununun 14 üncü maddesinin (b) bendinde, "..Gerektiğinde öğrencilere, amatör spor kulüplerine malzeme verir ve gerekli desteği sağlar.." hükmünün yer aldığı, … Belediyesince, … Belediye Spor Kulübü Derneğine 2005 yılında yapılan 490.000 TL nakdi yardımın anılan yasa hümnüne göre yapıldığı, Kanunda amatör spor kulüplerine nakdi yardım yapılamayacağı yönünde yasaklayıcı bir hüküm bulunmadığı, öte yandan, … Belediyesinin 2005 yılı hesaplarını inceleyen Sayıştay 8.Dairesinin 17.4.2008 tarihli kararında, Saymanlığın 2005 yılı idare hesabının yargılanması sonucunda işlemlerin mevzuata uygun olduğuna ve sorumluların beraatlarına hükmolunduğu, bu nedenle ilgililere isnat edilen eylemin, haklarında soruşturma yapılmasını gerektirecek nitelikte bulunmadığı anlaşıldığından, itirazların kabulüyle İçişleri Bakanının 4.12.2008 gün ve Tef.Ku.Bşk. 2008/264 sayılı soruşturma izni verilmesine ilişkin kararının kaldırılması gerektiği görüşüyle çoğunluk kararına katılmıyorum.

T.C.
D A N I Ş T A Y
Birinci Daire
Esas No : 2009/255
Karar No : 2009/516

Özeti : Kazı heyeti hakkında Kültür ve Turizm Bakanlığı Müsteşarınca verilen karara karşı, yetkili bölge idare mahkemesine itiraz edilebileceği hakkkında.

KARAR

Kültür ve Turizm Bakanlığının 10.2.2009 gün ve 26724 sayılı yazısı ekinde gönderilen dosya, Knidos Antik Kenti Kazı Başkanı Ramazan Özgan için soruşturma izni verilmesine, Bakanlık temsilcileri …, … ve … için soruşturma izni verilmemesine ilişkin Kültür ve Turizm Bakanlığı Müsteşarının 1.12.2008 gün ve 2008-20 sayılı kararı ve bu kararın soruşturma izni verilmemesine ilişkin kısmına Datça Cumhuriyet Savcısı … tarafından 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 :

4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanunun izin vermeye yetkili merciler başlığını taşıyan 3 üncü maddesinin (d) bendinde, Başbakanlık ve bakanlıkların merkez ve bağlı veya ilgili kuruluşlarında görev yapan memurlar ve diğer kamu görevlileri hakkında o kuruluşun en üst idari amirinin, (e) bendinde, Bakanlar Kurulu karar ile veya Başbakanlık ve bakanlıklar ile bağlı kuruluşların merkez teşkilatında görevli olup ortak kararla atanan memurlar ve diğer kamu görevlileri hakkında ilgili bakanın veya Başbakanın soruşturma izni vermeye yetkili olduğu; 9 uncu maddesinin üçüncü fıkrasında ise, soruşturma izni verilmesine veya verilmemesine ilişkin kararlara karşı yapılan itirazlara 3 üncü maddenin (e), (f), (g) ve (h) bentlerinde sayılanlar için Danıştayın idari dairesince, diğerleri için yetkili merciin yargı çevresinde bulunduğu bölge idare mahkemesince bakılacağı hükme bağlanmıştır.

Öte yandan, 2863 sayılı Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanununun 35 inci maddesinde, "bu kanun hükümlerine tabi, taşınır ve taşınmaz kültür ve tabiat varlıklarını meydana çıkarmak üzere, araştırma, sondaj ve kazı yapma hakkı, sadece Kültür ve Turizm Bakanlığına aittir. Bilimsel ve mali yeterliği Kültür ve Turizm Bakanlığınca takdir ve kabul olunan Türk ve yabancı heyet ve kurumlara araştırma izni, Kültür ve Turizm Bakanlığı tarafından; sondaj ve kazı yapma izni Kültür ve Turizm Bakanlığının teklifi üzerine, Bakanlar Kurulu kararı ile verilir, Kültür ve Turizm Bakanlığı elemanları veya bu Bakanlıkça görevlendirilecek Türk bilim adamları tarafından yapılacak araştırma, sondaj ve kazılar, Kültür ve Turizm Bakanlığının iznine bağlıdır. Askeri yasak bölgelerde yapılacak araştırma, sondaj ve kazı için gerekli ruhsatname, Genelkurmay Başkanlığının iznini müteakip, sözü geçen heyet ve kurumların göstereceği uzmanlar adına düzenlenir. Kültür ve Turizm Bakanlığınca haklı görülebilecek sebep olmadıkça heyet ve kurumlar ruhsatnamedeki üyelerini değiştiremezler. Su altında korunması gerekli kültür ve tabiat varlıklarının bulunduğu bölgeler, ilgili kurum ve kuruluşlarla işbirliği yapılarak Kültür ve Turizm Bakanlığınca tespit edilir ve Bakanlar Kurulu kararı ile yayımlanır. Bu bölgelerde, sportif amaçlı dalış yapmak yasaktır, ikinci fıkra hükümlerine göre izin almak şartıyla araştırma ve kazı yapılabilir." hükmüne, 48 inci maddesinde, "Yabancı heyet ve kurumlar tarafından yapılan araştırma, kazı ve sondajlarda Kültür ve Turizm Bakanlığı Eski Eserler ve Müzeler Genel Müdürlüğü uzmanlarından bir veya birkaç temsilci bulunur. Türk heyet ve kurumlarınca yapılan araştırma, kazı ve sondajlara Kültür ve Turizm Bakanlığı adına yetkili bir uzman katılır. Temsilci ve uzmanların seçimi ve görevleri, yönetmelikle belirlenir." hükmü yer almaktadır.

Yine, Kültür ve Tabiat Varlıklarıyla İlgili Olarak Yapılacak Araştırma, Sondaj ve Kazılar Hakkında Yönetmeliğin, temsilcilerin veya uzmanların kazıdaki görev ve yetkilerinin gösterildiği, 20 inci maddesinin (b) bendinde, "temsilci ya da uzman kazının başlangıcında ve ondan sonra gelen her onbeş günde bir hazırlayacağı raporu Bakanlığa gönderir. Kazı başlangıç raporunda kazı yerinin bağlı olduğu il, ilçe, bucak ve köy, kazı yerinin açık posta adresi, kazı yerine en kolay hangi yol ve vasıta ile gidilebileceği, kazının başlama tarihi, heyet üyeleri ve işçi sayısı belirtilir. 15 günlük raporlarda kazıda elde edilen bilimsel sonuçlar kazı heyetine yeniden katılan veya heyetten ayrılan üyeler, değişen işçi sayıları bildirilir." kuralına, (c) bendinde ise, "son raporlarda, o mevsim yapılan kazının sonuçları, envantere geçen eserlerle etütlük eserlerin sayısı, kazının kapanış tarihi, kazı yerinde çıkan ve korunması gerekli mimari kalıntılar hakkında etraflı bilgi verilir ve hazırlanan rapora eserlerin ilgili müzelere teslim tutanağının bir örneği ile bir nüsha eski eser envanteri ve etütlük eser listesi eklenir." kuralına yer verilmiştir.

Bakılan dosyada, hakkında soruşturma izni istenenlerin 2863 sayılı Kanunun 35 inci maddesi uyarınca Kültür ve Turizm Bakanlığınca kazı başkanı olarak görevlendirilen … ile kazı heyetinde yine Bakanlıkça anılan Yönetmelik hükümlerine göre hareket etmek zorunda olan Bakanlık temsilcileri …, … ve … oldukları, haklarında Kültür ve Turizm Bakanlığı Müsteşarınca kısmen soruşturma izni verilmesine, kısmen soruşturma izni verilmemesine karar verildiği, bu kararın soruşturma izni verilmemesine ilişkin kısmına yapılan itiraza, 4483 sayılı Yasanın yukarıda anılan 3/d ve 9 uncu maddeleri uyarınca karar veren merciin yargı çevresinde bulunan bölge idare mahkemesinin bakmaya görevli ve yetkili olduğu anlaşıldığından, yapılan itirazın görev yönünden reddine, dosyanın itiraza bakmakla görevli ve yetkili Ankara Bölge İdare Mahkemesine, kararın birer örneğinin Kültür ve Turizm Bakanlığı ve itiraz eden Datça Cumhuriyet Başsavcılığına gönderilmesine 20.3.2009 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

BAŞKANLAR KURULU KARARLARI

T.C.
D A N I Ş T A Y
Başkanlar Kurulu
Esas No : 2008/55
Karar No : 2009/1

Özeti : Gümrük giriş beyannameleriyle, mal mukabili ithal edilen yedek aksamların bedeli üzerinden yapılan kaynak kullanımı destekleme fonu kesintisinin, ret ve iadesi istemiyle açılan davanın, idare mahkemesince çözümlenmesi gerektiği hakkında.

GÖREVLİ VE YETKİLİ YARGI YERİNİN BELİRLENMESİ KARARI

… Motorlu Araçlar Ticaret Anonim Şirketi tarafından, Erenköy Gümrük Müdürlüğüne karşı açılan davada; İstanbul 8.İdare Mahkemesince verilen 16/04/2007 günlü ve E:2006/1134, K:2007/546 sayılı görev yönünden ret, İstanbul 9. Vergi Mahkemesince verilen 15/01/2008 günlü ve E:2008/80, K:2008/28 sayılı yetki yönünden ret kararı ile Ankara 1. Vergi Mahkemesince verilen 23/07/2008 günlü ve E:2008/881, K:2008/1101 sayılı görev yönünden ret kararı sonucu ortaya çıkan görev ve yetki uyuşmazlığına 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:

Davacı Şirket tarafından, 15/08/2006 günlü ve 92945 ile 92968 sayılı gümrük giriş beyannameleriyle mal mukabili ithal edilen yedek aksamların bedeli üzerinden %3 oranında kesilerek Halk Bankası … Kurumsal Şubesine yatırılan 1.586,30 TL kaynak kullamını destekleme fonu kesintisinin ret ve iadesine karar verilmesi istemiyle dava açılmıştır.

Üçüncü Daire Başkanı …'in, "4684 sayılı Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 16'ncı maddesinin (e) bendi ile Bakanlar Kuruluna verilen, kredilerin kalkınma planlarının amaçlarına uygun olarak yönlendirilmesi için fon kurma, kaldırma, kaynağını kredilere tahakkuk ettirilen faizlerden veya sair suretlerle sağlama yetkisinin 01/01/2002 tarihi itibarıyla kaldırıldığı; ancak aynı Kanunun Geçici 3'üncü maddesinin (a) bendinde ise, daha önce kurulmuş olan kaynak kullanımını destekleme fonuna ilişkin kesintilerin, bu konuda yeni bir düzenleme yapılıncaya kadar yürürlükten kaldırılan hükümlere göre doğrudan bütçeye gelir yazılmak üzere tahsil edilmeye devam edileceği kuralına yer verildiği; buna göre söz konusu fona yapılan kesintilerin genel bütçeye tabi gelir haline gelmesi karşısında uyuşmazlığın vergi, resim, harçlar ile benzeri mali yükümlere ilişkin bulunması nedeniyle uyuşmazlık 2576 sayılı Kanunun 6'ncı maddesi uyarınca vergi mahkemesinin görevine girmektedir." yolundaki ayrışık oyuna karşılık,

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 Tahsili Usulü Hakkında Kanun'un uygulanmasına ilişkin davaları çözümleyeceği öngörülmüştür.

4389 sayılı Bankalar Kanunu'nun 25'inci maddesi ile yürürlükten kaldırılan mülga 3182 sayılı Kanun'un 40'ıncı maddesi uyarınca tanınan yetki çerçevesinde 07/06/1988 günlü ve 19835 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Bakanlar Kurulu Kararı eki Kaynak Kullanımını Destekleme Fonu Hakkında Kararın 1'inci maddesi ile kalkınma planı ve yıllık programlarda öngörülen hedeflere uygun olarak yatırımların yönlendirilebilmesi ve ihtisas kredilerinde kredi maliyetlerinin düşürülmesi amacıyla Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası nezdinde Kaynak Kullanımını Destekleme Fonu'nun kurulduğu; 2'nci maddesinde, bu Kararın kapsamına teşviki öngörülen yatırımlar ile ihtisas kredilerinin gireceği, 3/b maddesinde de, fonun kaynakları arasında bankaların kendi kaynaklarından, döviz üzerinden ikraz anlaşması yaparak kullandırdıkları krediler ile Türkiye'de yerleşik kişilerin yurt dışından sağlayacakları prefinansman, kabul kredileri ile mal mukabili ödeme şekline göre yapılan ithalat bedellerinin ödemeleri üzerinden belli oranda yatıracakları tutarın sayıldığı kararlaştırılmıştır.

Yukarıda aktarılan mevzuat hükümlerine göre Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası bünyesinde kurulan ve teşviki öngörülen yatırımlar ile ihtisas kredilerinin kapsamını oluşturduğu kaynak kullanımını destekleme fon kesintilerinin dayanağını, Bankalar Kanunu ve bu Kanuna dayanılarak çıkarılan Bakanlar Kurulu Kararı oluşturmaktadır.

İnceleme konusu olayda, davacı Şirket tarafından, gümrük giriş beyannameleriyle mal mukabili ithalatı yapılan aksamların bedeli üzerinden %3 oranında ödenen kaynak kullanımını destekleme fonu kesintisi, bir vergi, resim, harç veya benzeri mali yüküm olmadığı gibi söz konusu kesintinin vergi ile bağlantısı ve etkileşimi de bulunmadığından davanın çözümü görevi 2576 sayılı Kanunun 5'inci maddesi uyarınca genel görevli mahkeme olan idare mahkemesinin görevinde bulunmaktadır.

Öte yandan, uyuşmazlığı çözümlemekle yetkili mahkeme, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 32'nci maddesi uyarınca dava konusu olan idari işlemi yapan idari merciin bulunduğu yerdeki İstanbul İdare Mahkemesidir.

Açıklanan nedenlerle, uyuşmazlığın görevli ve yetkili İstanbul 8. İdare Mahkemesinde çözümlenmesi gerektiğine, dosyanın bu Mahkemeye gönderilmesine, kararın ilgili mahkemelere ve taraflara yazılı bildiriminin yapılmasına 20/04/2009 gününde oyçokluğu ile karar verildi.

T.C.
D A N I Ş T A Y
Başkanlar Kurulu
Esas No : 2009/12
Karar No : 2009/12

Özeti: Gümrük Kanunu'nun 241'inci maddesinde düzenlenen, usul ve şekil şartlarına aykırılık nedeniyle verilen usulsüzlük cezasından kaynaklanan uyuşmazlığın, Yedinci Dairece çözümlenmesi gerektiği hakkında.

... Deniz Acentalıkları ve Danışmanlık Limited Şirketi tarafından, Başbakanlık Gümrük Müsteşarlığı İstanbul Gümrük ve Muhafaza Başmüdürlüğü (Haramidere Akaryakıt Gümrük Müdürlüğü)'ne karşı açılan davada, Danıştay Onuncu ve Yedinci Daireleri arasında çıkan görev uyuşmazlığına ilişkin dosya incelendi.

Gereği görüşülüp düşünüldü:

Danıştay Başkanvekili ..., Onüçüncü Daire Başkanı ..., Yedinci Daire Başkanı ..., Dördüncü Daire Başkanı ..., Altıncı Daire Başkanı Bekir Aksoylu ile Onbirinci Daire Başkanı ...'nün, "2575 sayılı Danıştay Kanunu'nun 34'üncü maddesinde, Onuncu Dairenin: Vergi

davalarına bakan dava daireleri hariç diğer dava dairelerinin görevi dışında kalan uyuşmazlıklara ilişkin dava ve işleri çözümleyeceği kurala bağlanmıştır.

İnceleme konusu olayda, uyuşmazlığın dayanağı olan Gümrük Kanunu'nun 241/4-a maddesinde düzenlenen usulsüzlük cezası, gümrük vergisi kaybına bağlı para cezası veya anılan Kanunun vergilendirmeye ilişkin usul ve şekil kurallarına aykırı davranışlar için öngörülen ceza olmayıp, Gümrük Kanunu'nun vergilendirme dışında kalan usul ve şekil kurallarına aykırı davranışlar için düzenlenmiştir.

Bu durumda; Gümrük Kanunu'nun idari usule ilişkin hükmüne aykırı fiiler için öngörülen idari para cezasına ilişkin uyuşmazlığın görümü ve çözümü görevi, ilk derece mahkemesi olarak 2576 sayılı Bölge İdare Mahkemeleri, İdare Mahkemeleri ve Vergi Mahkemelerinin Kuruluşu ve Görevleri Hakkında Kanun'un 5'inci maddesi uyarınca idare mahkemesine; bu kararı temyizen inceleme görevi ise, 2575 sayılı Danıştay Kanunu'nun 34'üncü maddesi uyarınca Onuncu Daireye ait bulunmaktadır." yolundaki ayrışık oylarına karşılık,

Dava, davacı Şirket adına tescilli özet beyanın Ticaret Sicili Gazetesinde firma adına yetkili olduğu belirlenen kişi ve kişilerce imzalanmayıp, şirket çalışanlarınca imzalandığından bahisle, 4458 sayılı Gümrük Kanunu'nun 241'inci maddesinin 4'üncü fıkrasının (a) bendi uyarınca 628.00 TL para cezası istenilmesine ilişkin Haramidere Akaryakıt Gümrük Müdürlüğünün 22/06/2007 günlü ve 134 sayılı işlemi ile bu işleme karşı Gümrük Kanunu'nun 242'nci maddesinin 3'üncü fıkrası uyarınca yapılan itirazın reddine ilişkin İstanbul Gümrük ve Muhafaza Başmüdürlüğünün 24/07/2007 günlü ve 2007/350 sayılı işleminin iptali ve para cezasının kaldırılmasına karar verilmesi istemiyle açılmıştır.

2575 sayılı Danıştay Kanunu'nun 31'inci maddesinde, Yedinci Dairenin: Gümrük ve gider vergileri ile ithale ilişkin vergilere ilişkin davaları çözümleyeceği kurala bağlanmıştır.

4458 sayılı Gümrük Kanunu'nun 'Cezalar' başlıklı Onbirinci Kısmının "Vergi Kaybına Neden Olan İşlemlere Uygulanacak Cezalar" ile "Usulsüzlüklere İlişkin Cezalar" olarak iki bölüme ayrılmış, bunlardan "Usulsüzlüklere İlişkin Cezalar" başlığı altında yer alan 241'inci maddenin 1'inci fıkrasında, "Bu Kanunda ayrı bir ceza tayin edilmiş haller saklı kalmak üzere, bu Kanuna ve bu Kanunda tanınan yetkilere dayanılarak çıkarılan tüzük, yönetmelik, tebliğ ve talimatlarla getirilen şekil ve usullere aykırı hareket edenlere 198 TL usulsüzluk cezası uygulanır." kuralına yer verilmiş; aynı maddenin 4'üncü fıkrasının (a) bendinde de, bir kişinin 5'inci madde hükümlerine göre geçerli bir temsil yetkisi olmadığı halde başka bir kişi adına veya hesabına gümrük idarelerinde iş takip etmesi halinde usulsüzlük cezasının 1'inci fıkrada belirtilen miktarın dört katı olarak uygulanacağı kurala bağlanmıştır.

Vergi kanunlarında düzenlenen vergilendirmeye ilişkin ödevlerin yerine getirilmemesi nedeniyle meydana gelen vergi kaybından dolayı kesilen cezaların yanında vergi kanunlarının şekline ve usulüne uygun olmayan eylemler nedeniyle usulsüzlük cezasının da verildiği kuşkusuz olup, her iki cezanın da vergi kanunlarının uygulanmasından kaynaklandığı açıktır.

Buna göre, davacı Şirket adına tescilli özet beyanın Ticaret Sicili Gazetesinde firma adına yetkili olduğu belirlenen kişi tarafından imzalanmadığından bahisle Gümrük Kanunu'nun 241'inci maddesinin (4-a) bendinde yer alan usul ve şekil şartına aykırı davranıldığı gerekçesiyle verilen usulsüzlük cezasından kaynaklanan uyuşmazlığın, Gümrük Kanunu'nda düzenlenen vergi ile ilgili kurallar ile bağlantısının bulunduğu; başka bir anlatımla, dava konusu usulsüzlüğe ilişkin para cezasının vergi ile ilgili bir konu olduğu kuşkusuzdur.

Açıklanan nedenlerle, dava konusu para cezasının yargısal denetiminin Gümrük Kanunu hükümleri çerçevesinde değerlendirilerek çözümlenmesi gerektiğinden, davanın görümü ve çözümü görevinin, 2575 sayılı Danıştay Kanunu'nun 31'inci maddesi uyarınca Yedinci Daireye ait bulunduğuna, dosyanın anılan Daireye gönderilmesine 20/04/2009 gününde oyçokluğu ile karar verildi.

T.C.
D A N I Ş T A Y
Başkanlar Kurulu
Esas No : 2008/52
Karar No : 2009/16

Özeti: Üniversite öğretim elemanlarının özlük işlerine ilişkin uyuşmazlıkların, Sekizinci Dairece çözümlenmesi gerektiği hakkında.

… tarafından, … Üniversitesi Rektörlüğüne karşı açılan dava sonucunda, Edirne İdare Mahkemesince verilen 29/11/2005 günlü ve E:2005/876, K:2005/1419 sayılı kararın temyizen incelenmesi aşamasında Danıştay Beşinci ve Sekizinci daireleri arasında çıkan görev uyuşmazlığına ilişkin dosya incelendi.

Gereği görüşülüp düşünüldü:

Dava, … Üniversitesi Devlet Konservatuvarında okutman (piyano) kadrosunda görev yapan davacı tarafından, Bulgaristan'da geçen hizmet süresinin kazanılmış hak aylığı yönünden intibakında değerlendirilmesi istemiyle yaptığı başvurunun reddine ilişkin 10/05/2005 günlü ve 6313 sayılı işlemin iptali ve bu nedenle yoksun kaldığı maddi hakların yasal faizi ile birlikte ödenmesine karar verilmesi istemiyle açılmıştır.

Danıştay Başkanlar Kurulunun 21/04/1994 günlü ve 1994/5 sayılı kararıyla, 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu'nun uygulanmasından doğan uyuşmazlıklar ile üniversite öğretim elemanlarının özlük işleriyle ilgili uyuşmazlıların Sekizinci Dairece çözümlenmesine karar verilmiştir.

2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu'nun 62'nci maddesinde, üniversite öğretim elemanları ve üst kuruluşlar ile üniversitelerdeki memur ve diğer görevlilerin özlük hakları için bu Kanun, bu Kanunda belirtilmeyen hususlar için Üniversite Personel Kanunu, Üniversite Personel Kanununda bulunmayan hususlar için ise genel hükümlerin uygulanacağı kurala bağlanmıştır.

İnceleme konusu olayda, … Üniversitesi Devlet Konservatuvarında okutman kadrosunda görev yapan davacı tarafından, 14/04/2005 tarihinde davalı idareye başvurularak Bulgaristan'da geçen hizmet süresinin kazanılmış hak aylık derecesinde dikkate alınmasının istenildiği; davalı idarece, Türkiye ile Bulgaristan arasında imzalanmış Sosyal Güvenlik Sözleşmesi bulunmadığı gerekçesiyle istemin reddedildiği anlaşılmaktadır.

Buna göre, üniversite öğretim elemanı olan davacının özlük işine ilişkin bulunan ve 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu'nun uygulanmasından kaynaklandığı anlaşılan davanın, görümü ve çözümü görevinin 21/04/1994 günlü ve 1994/5 sayılı Başkanlar Kurulu Kararı uyarınca Sekizinci Daireye ait bulunduğuna, dosyanın anılan Daireye gönderilmesine 20/04/2009 gününde oybirliği ile karar verildi.

İMAR İŞLERİ

T.C.
D A N I Ş T A Y
İdari Dava Daireleri
Kurulu
Esas No:2005/1721
Karar No:2008/1837

Özeti : İnşaat ruhsatının düzenlenmesi kazanılmış hak için tek başına yeterli olmasa da; idare mahkemesince iptal hükmünün verildiği tarihe kadar ilgilinin hatası, hilesi ya da kusuru olmadan yapıya devam edilmesi durumunda; mahkeme kararının verilmesini takiben, davalı idarece yapının ruhsatının iptal edilerek inşaatın mühürlenmesi, bu aşamaya kadar gelmiş yapının fiili durumunun da kazanılmış hak olarak kabul edilmesi gerektiği hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan (Davacılar): 1- ... **2-** ...
Vekilleri **:** Av. ...
Karşı Taraf (Davalı) **:** Konak Belediye Başkanlığı
Vekili **:** Av. ...
İstemin Özeti **:** İzmir 4. İdare Mahkemesinin 9.2.2005 günlü, E: 2005/132, K:2005/160 sayılı ısrar kararının temyizen incelenerek bozulması davacı tarafından istenilmektedir.
Savunmanın Özeti **:** .Savunma verilmemiştir.
Danıştay Tetkik Hakimi Gonca Temizhan'ın Düşüncesi : Temyiz isteminin kabulü ile ısrar kararının Danıştay Altıncı Daire kararı doğrultusunda bozulması gerektiği düşünülmektedir.
Danıştay Savcısı Sedat Larlar'ın Düşüncesi : İzmir 4. İdare Mahkemesince verilen ve davanın reddine dair olan 10.4.2002 gün ve E:2001/698, K:2002/365 sayılı kararında ısrarına ilişkin bulunan 9.2.2005 gün ve E:2005/132, K:2005/160 sayılı kararı, kararda belirtilen nedenlerle yerinde bulunduğundan, temyiz isteminin reddiyle ısrar kararının onanması gerektiği düşünülmüştür.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulunca gereği görüşüldü:

Dava, İzmir, ... Sokak, ... ada, ... sayılı parseldeki yapıya ilave kat için verilen 16.1.1988 günlü, 155/1994 sayılı inşaat ruhsatının iptaline ilişkin 1.11.2000 günlü, 5/2335 sayılı işlem ile 25.1.2001 tarihli yapı tatil tutanağının iptali istemiyle açılmıştır.

İzmir 4. İdare Mahkemesi, 10.4.2002 günlü, E:2001/698, K:2002/365 sayılı kararıyla; dava konusu taşınmazın bulunduğu alanda 1/1000 ölçekli uygulama imar planında değişiklik yapılarak B-4 yapılaşma koşulunun B-5 olarak değiştirilmesi sonucu 16.1.1998 günlü ilave 4.normal kat ruhsatının verildiği, anılan plan değişikliğinin İzmir 2.İdare Mahkemesinin 10.11.1998 günlü, E:1997/799, K:1998/812 sayılı kararıyla iptaline karar verildiği, bu kararın Danıştay Altıncı Dairesinin 15.2.2000 günlü, 2000/847 sayılı kararıyla

onanması üzerine gabarinin 12.80 metreye indirilmesine ilişkin imar planı değişikliğinin onaylanarak yürürlüğe girdiği, bunun üzerine 4.normal kata ilişkin ruhsatın iptal edildiği ve ruhsatsız konuma düşen yapı hakkında 25.1.2001 günlü yapı tatil tutanağının düzenlendiği anlaşıldığından, dava konusu işlemlerde hukuka aykırılık bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar vermiştir.

Bu karar temyiz incelemesi sonucunda Danıştay Altıncı Dairesinin 16.2.2004 günlü, E:2002/4515, K:2004/812 sayılı kararıyla, imar planında B-5 yapılaşma koşullarında kalan taşınmaz üzerinde ilave kat yapımı için 16.1.1998 gününde inşaat ruhsatı verildiği, inşaatın verilen ruhsata uygun olarak tamamlanması üzerine de 25.12.1998 gününde yapı kullanma izni belgesini düzenlendiği, bu işlemler nedeniyle davacının hatası, hilesi veya davacıya isnat edilebilecek bir kusur olmadığı gibi sözkonusu inşaatın o tarihte yürürlükte olan imar planına uygun olarak inşa edilmek suretiyle kullanılabilir hale geldiği, böyle bir yapı nedeniyle yapı kullanma izin belgesini de almış olan davacının artık kazanılmış hakkının doğduğu anlaşıldığından, verilen inşaat ruhsatının yapı bittikten sonra, sözkonusu taşınmazın bulunduğu yerde kat artışı getiren imar planı değişikliğinin 10.11.1998 günlü mahkeme kararı ile iptal edildiği gerekçesiyle iptal edilmesinde ve 25.1.2001 günü düzenlenen yapı tatil tutanağında hukuka uyarlık bulunmadığı gerekçesiyle bozulmuş ise de, İdare Mahkemesi bir hakkın kazanılmış olduğundan söz edilebilmesi için her şeyden önce doğduğu tarihte mevcut ve aynı zamanda hukuka uygun olan kural veya düzenlemelere göre elde edilmiş olması gerektiği, buna göre, hukuka aykırılığı yargı kararı ile belirlenmiş olan bir düzenlemeye göre elde edilmiş hakkın kazanılmış hak niteliğinde olduğundan söz edilemeyeceği, İmar Mevzuatına aykırı olduğu yargı kararıyla sabit bulunan imar planı değişikliğine dayalı ruhsatın hukuka açıkca aykırılık oluşturduğu tartışmasız olduğundan, olayda davacının bu nitelikteki bir ruhsata dayalı olarak yapılan inşaat dolayısıyla elde ettiği hakkın kazanılmış hak olduğundan bahsedilemeyeceği, aksi bir düşünceyle ilave katın kazanılmış hak kapsamında korunmasının, yargı kararıyla çarpık yapılaşmaya sebep olabilecek olumsuz bir sonuç da ortaya çıkaracağı, yürürlükteki imar planında öngörülen 12.80 m. gabariyi aşan ilave 4. kat inşaatının ruhsatın iptaline ve ruhsatsız konuma düşmesi nedeniyle İmar Yasasının 32. maddesi uyarınca yapı tatil tutanağı düzenlenmesine ilişkin işlemlerde mevzuata ve hukuka aykırılık bulunmadığı, gerekçesiyle bozma kararına uymayarak davanın reddi yolundaki ilk kararında ısrar etmiştir.

Davacı, İzmir 4. İdare Mahkemesinin 9.2.2005 günlü, E:2005/132, K:2005/160 sayılı ısrar kararının temyizen incelenerek bozulmasını istemektedir.

Kazanılmış hakların korunması Hukuk Devleti ilkesinin bir gereği olup,İdare Hukukunda kazanılmış hak sorununun çözümünde, hukuki güvenlik ilkesi ile hukuka uygun idare arasındaki dengenin gözetilmesi zorunludur. İmar hukukunda kazanılmış haktan bahsedildiğinde, yürürlükteki imar planlarına duyulan güven ile daha sonra iptal edilen plan dolayısıyla korunması gereken kamu yararı, sağlıklı kentleşme, yargı kararlarının gereğini yerine getirme zorunluluğu birlikte değerlendirilmelidir.

Öte yandan, düzenleyici işlemin iptal edilmiş olmasının ona dayalı bireyselleşmiş tüm hukuki durumların da hukuken geçersiz olması sonucunu yaratmayacağı kuşkusuzdur.

Danıştay Birinci Dairesi E:1988/336, K:1988/355 sayılı, imar işlerinde kazanılmış haklar üzerinde durduğu bir kararında "... imar işlerinde ilgililer yönünden kazanılmış hakların doğumunun saptanmasında; yapı ruhsatı, yapı kullanma izni gibi işlemlerin ve inşaata başlanmış olması, tamamlanmış olup, olmadığı, tamamlanmamışsa hangi seviyede bulunduğu durumlarının ve bunların tarihlerinin önemli bir etken olduğu ve bu kavram ve esaslardan hareket edilerek olayına göre kişilerin imar işlerindeki haklarının kazanılmış bir hak teşkil edip etmediği konusunda bir sonuca gidildiği görülmektedir... Bugüne değin hiç inşaata başlanmamış olması halinde ise ilgililer lehine kazanılmış bir haktan söz edilemeyeceği, yapı ruhsatı alınmış olmasının, hukuka uygun olarak verilmesine rağmen bu hususun tek başına hak kazandırmaya yeterli sayılamayacağı, idarenin kolluk yetkilerine

dayanarak verdiği izinleri (ruhsatları) kamu düzeni ve kamu yararı ilkelerinden hareketle geri alabilme yetkisinin mevcut bulunduğu..." belirtilmiştir.

Danıştay Birinci Daire'sinin anılan kararında belirtildiği gibi taşınmazın iktisap edilmesi ve inşaat ruhsatı alınması tek başına kazanılmış hak için yeterli görülmemelidir. İmar işlerinde, kazanılmış hakkın saptanmasında, inşaatın yargı kararı verilirken fiilen bulunduğu aşama öncelikle dikkate alınmalıdır. Kazanılmış hak, verildiği anda hukuka uygun olan inşaat izninin tamamı için değil; yürütmenin durdurulması veya iptal kararı verilinceye kadar binanın fiilen yapılan kısmı için kabul edilmelidir. Bu itibarla; imar işlerinde kazanılmış hakkın ölçütü olarak, hukuki duruma uygun fiili durumlar esas kabul edilmelidir.

Dosyanın incelenmesinden, İzmir ... Sokak, No: ... adresinde ve tapunun ... ada, ... sayılı parselinde kayıtlı taşınmazda mevcut zemin + 3 katlı yapının bulunduğu alanda 1/1000 ölçekli uygulama imar planında B - 4 nizam olan yapılaşma koşulunun B - 5 nizama çıkarılmasına ilişkin 14.2.1997 tarihli plan değişikliğinde ısrar edilmesine yönelik 16.10.1997 günlü, 4007/4206 sayılı tadilat ruhsatı ve 25.12.1998 günlü, 1518 sayılı yapı kullanma izin belgesi verildiği, 1/1000 ölçekli uygulama imar planında kat yüksekliğinin artırılmasına yönelik değişiklik yapılmasına ilişkin 16.10.1997 günlü, 4007/4206 sayılı belediye meclis kararına karşı İzmir 2. İdare Mahkemesinin E:1997/799 sayılı esasına kayden açılan davada anılan Mahkemece 17.3.1998 tarihinde yürütmenin durdurulmasına karar verildiği ve mahkemenin 10.11.1998 günlü, K:1998/812 sayılı kararı ile de işlemin iptal edildiği, anılan kararın Danıştay Altıncı Dairesince onandığı, bunun üzerine gabarinin 15.80 m.den 12.80 m.ye indirilmesine ilişkin olarak yapılan plan değişikliğinin İzmir Büyükşehir Belediye Başkanlığının 10.10.2000 günlü 17969 sayılı işlemi ile onaylanarak yürürlüğe girdiği, 4. kat ilavesine ilişkin 16.1.1998 günlü, 155/1994 sayılı tadilat ruhsatının da Belediye Başkanının 1.11.2000 tarihli oluru ile iptal edildiği, 25.1.2001 tarihli yapı tatil tutanağı ile de ruhsat iptali yapılan ilave 4. katın mühürlendiği anlaşılmaktadır.

Uyuşmazlıkta, İmar planında B-5 yapılaşma koşullarında kalan taşınmaz üzerinde ilave kat yapımı için 16.1.1998 gününde inşaat ruhsatı verilmiş, inşaatın verilen ruhsata uygun olarak tamamlanması üzerine de 25.12.1998 gününde yapı kullanma izni belgesi düzenlenmiştir. Bu işlemler nedeniyle davacının hatası, hilesi veya davacıya isnat edilebilecek bir kusur olmadığı gibi sözkonusu inşaat o tarihte yürürlükte olan imar planına da uygun olarak inşa edilmiştir.

Yukarıda da belirtildiği üzere inşaat ruhsatının düzenlenmesi kazanılmış hak için tek başına yeterli olmasa da İdare Mahkemesince iptal hükmünün verildiği tarihe kadar ilgilinin hatası, hilesi ya da kusuru olmadan yapıya devam edilmesi durumunda mahkeme kararının verilmesini takiben davalı idarece yapının ruhsatının iptal edilerek inşaatın mühürlenmesi, bu aşamaya kadar gelmiş yapının fiili durumunun da kazanılmış hak olarak kabul edilmesi gerekmektedir.

Olayda ise imar planı değişikliğinin iptaline ilişkin İdare Mahkemesi kararının 10.11.1998 tarihinde verilmesine ve davacıya 25.12.1998 tarihinde yapı kullanma izni düzenlemesine karşın davalı idarece yapı bittikten sonra 1.11.2000 günlü işlemle inşaat ruhsatının iptal edildiği ve yapı tatil tutanağının 25.1.2001 tarihinde düzenlenerek yapının mühürlendiği anlaşıldığından davacının kazanılmış hakkının bulunduğunun kabulü zorunludur.

Bu durumda, söz konusu taşınmazın bulunduğu alanda kat artışı getiren imar planı değişikliğinin 10.11.1998 günlü, mahkeme kararı ile iptal edildiği gerekçesiyle yapı bittikten sonra inşaat ruhsatı iptal edilerek yapı tatil tutanağı ile inşaatın mühürlenmesine ilişkin işlemlerde hukuka uyarlık bulunmadığından, davanın reddi yolundaki İdare Mahkemesinin ısrar kararında hukuki isabet görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle, davacıların temyiz isteminin kabulüne, İzmir 4. İdare Mahkemesince verilen 9.2.2005 günlü, E: 2005/132, K: 2005/160 sayılı ısrar kararının

Danıştay Altıncı Dairesince verilen karar doğrultusunda bozulmasına, dosyanın anılan İdare Mahkemesine gönderilmesine 23.10.2008 gününde oyçokluğu ile karar verildi.

KARŞI OY

X- Temyiz edilen kararla ilgili dosyanın incelenmesinden; İzmir 4. İdare Mahkemesince verilen ısrar kararının usul ve hukuka uygun bulunduğu, dilekçede ileri sürülen temyiz nedenlerinin kararın bozulmasını gerektirecek nitelikte olmadığı anlaşıldığından, davacıların temyiz isteminin reddi ile İdare Mahkemesinin kararının onanması gerektiği oyuyla karara katılmıyoruz.

T.C.
D A N I Ş T A Y
İdari Dava Daireleri Kurulu
Esas No: 2005/2154
Karar No: 2008/1839

Özeti : 3194 sayılı Yasa'nın 13. maddesinin 1. fıkrası Anayasa Mahkemesi'nin 29.12.1999 günlü, E:1999/33, K:1999/51 sayılı kararıyla iptal edilmesi nedeniyle, yürürlükte olmamakla birlikte henüz iptal edilen hükümler yerine, yeni bir düzenleme getirilmemiş olması nedeniyle, ilgililerin imar planı değişikliği istemlerinin idarelerce çevredeki nüfus, yoğunluk ve donatı dengesi yönünden irdelenmesi gerektiği ve planlamanın genel ilkelerinin dikkate alınarak, uyuşmazlık konusu taşınmaza ayrıldığı amaç için ihtiyaç bulunmadığı sonucuna varıldığı takdirde, plan değişikliği yapılmasının mümkün olduğu hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan (Davalı) : Karaman Belediye Başkanlığı
Vekili **:** Av. ...
Karşı Taraf (Davacılar) : **1-**..., **2-**..., **3-**..., **4-**..., **5-**..., **6-**..., **7-**..., **8-**..., **9-**...,**10-**..., **11-**...
Vekilleri **:** Av. ...
İstemin Özeti **:** Konya 2. İdare Mahkemesinin 30.5.2005 günlü, E:2005/755, K:2005/651 sayılı ısrar kararının temyizen incelenerek bozulması davalı idare tarafından istenilmektedir.

Savunmanın Özeti **:** Konya 2. 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 Gonca Temizhan'ın Düşüncesi : Temyiz isteminin kabulü ile ısrar kararının Danıştay Altıncı Daire kararı doğrultusunda bozulması gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı Sedat Larlar'ın Düşüncesi : Konya İdare Mahkemesince verilen ve işlemin iptaline dair olan 25.12.2003 gün E:2003/27 K:2003/269 sayılı kararında ısrarına ilişkin bulunan 30.5.2005 gün ve E:2005/755, K:2005/651 sayılı kararı, Danıştay 6.Dairesince verilen 9.6.2004 gün ve E:2004/780, K:2004/3653 sayılı bozma kararında

belirtilen hukuki ve yasal nedenler karşısında yerinde görülmediğinden, temyiz isteminin kabulüyle, mahkeme kararının bozulması gerektiği düşünülmüştür.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulunca gereği görüşüldü:

Dava, davacıların hissedarı oldukları Karaman, … Mahallesi, … ada, … parsel sayılı taşınmazın %60'nın 1978 yılından beri imar planında çocuk bahçesi ve park alanı olarak belirlenmesine karşın 20 yılı aşkın süredir kamulaştırılmadığı ve inşaat izni verilmediği gerekçesiyle taşınmazın park alanından çıkarılması istemiyle yapılan imar planı değişikliği isteminin reddine ilişkin 16.6.2003 günlü, 2114 sayılı belediye meclisi kararının iptali istemiyle açılmıştır.

Konya 2. İdare Mahkemesi 25.12.2003 günlü, E:2003/27, K:2003/269 sayılı kararıyla; 3194 sayılı imar Kanununun 13. maddesinin 1. fırkasında "Resmi yapılara, tesislere ve okul, cami, yol, meydan, otopark, yeşil saha, çocuk bahçesi, pazaryeri, hal, mezbaha ve benzeri umumi hizmetlere ayrılan alanlarda inşaata ve mevcut bina varsa esaslı değişiklik ve ilaveler yapılmasına izin verilemez. Ancak imar programına alınıncaya kadar mevcut kullanma şekli devam eder." hükmü ile 3. fıkrasında; "Ancak, parsel sahibi imar planlarının tasdik tarihinden itibaren beş yıl sonra müracaat ettiğinde imar planlarında meydana gelen değişikliklerden ve civarın özelliklerinden dolayı okul, cami ve otopark sahası ve benzeri umumi hizmetlere ayrılan alanlardan ilgili kamu kuruluşunca yapımından vazgeçildiğine dair görüş alındığı takdirde, tüm belirli çevredeki nüfus, yoğunluk ve donatım dengesini yeniden irdeleyerek hazırlanacak yeni imar planına göre inşaat yapılır. Bu Kanunun yayımı tarihinden önce yapılan imar planlarında bahsedilen beş yıllık süre bu Kanunun yürürlük tarihinden itibaren geçerlidir." hükmünün yeraldığı, anılan maddenin 1. ve 3. fıkralarının Anayasa Mahkemesinin 29.12.1999 günlü, E:1999/33, K:1999/51 sayılı kararı ile iptal edildiği, bu iptal kararının da 29.6.2000 tarihinden başlayarak altı ay sonra yürürlüğe girdiği, Demokratik bir toplumda temel hak ve özgürlüklere getirilen sınırlamanın, bu sınırlamayla güdülen amacın gerektirdiğinden fazla olmasının düşünülemeyeceği, demokratik hukuk devletinde güdülen amaç ne olursa olsun, kısıtlamaların, bu rejimlere özgü olmayan yöntemlerle yapılmaması ve belli bir özgürlüğün kullanılmasını önemli ölçüde zorlaştıracak ya da ortadan kaldıracak düzeye vardırılmaması gerektiği, 3194 sayılı Yasa'nın 13. maddesinin itiraz konusu birinci fıkrasında imar planlarında, resmi yapı, okul, cami, yol, meydan gibi umumi hizmetlere ayrılan yerlerin, imar programına alınıncaya kadar mevcut kullanma şeklinin devam edeceğinin öngörüldüğü, Yasa'nın 10. maddesinde de belediyelerin, imar planlarının yürürlüğe girmesinden en geç 3 ay içinde bu planı uygulamak üzere 5 yıllık imar programlarını hazırlayacaklarının belirtildiği, ancak Yasa'da bu planların tümünün hangi süre içinde programa alınarak uygulanacağına ilişkin bir kurala yer verilmediği, 13. maddenin birinci fıkrası uyarınca imar planlarında umumi hizmetlere ayrılan yerlerin mevcut kullanma şekillerinin ne kadar devam edeceği konusundaki bu belirsizliğin, kişilerin mülkiyet hakları üzerinde süresi belli olmayan bir sınırlamaya neden olduğu, imar planlarının uygulamaya geçirilmesindeki kamusal yarar karşısında mülkiyet hakkının sınırlanmasının demokratik toplum düzeninin gerekleriyle çelişen bir yönü bulunmamakta ise de, itiraz konusu kuralın neden olduğu belirsizliğin kişisel yarar ile kamu yararı arasındaki dengeyi bozarak mülkiyet hakkını kullanılamaz hale getirmesinin, sınırlamayı aşan hakkın özüne dokunan bir nitelik taşıdığı, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesinin de 23.9.1981 günlü Sporrong ve Lonnroth kararında kamulaştırma izni ile inşaat yasağının uzun bir süre için öngörülmüş olmasının, toplumsal yarar ile bireysel menfaat arasındaki dengeyi bozduğuna karar verdiği, diğer taraftan Anayasa Mahkemesi'nin sözü edilen kararında da atıf yapılan İnsan Hakları Avrupa Mahkemesinin 23.9.1982 günlü, 7151/75 sayılı Sporrong ve Lönnroth-İsveç kararında ise, Mahkemenin başvuruculara taşınmazlarının uzun bir süre inşaat yasağı kapsamında tutulmasını ve bu sürede kamulaştırma yapılmamasını mülkiyet hakkına müdahale olarak

kabul ettiği, bu durumun ağırlaştırıcı etkide bulunduğu kanaatine vararak, kararın devamında, başvuruculaların mülkiyet haklarını kullanmalarının Sporrong Miras Şirketi olayında toplam 25 yıl, bayan Lönnroth olayında on iki yıl engellendiğini, bu bağlamda uzatılmış yasakların mülk sahipleri üzerinde yarattığı olumsuz sonuçları hukukun üstünlüğü ile yönetilen bir Devlettte olması gereken durumla bağdaştırılabilir görmediğini kaydettiği, bu yasakların yarattığı durumun mülkiyet hakkının korunması ile genel menfaatin gerekleri arasında sağlanması gereken dengeyi bozduğu, başvuruculaların hukuki durumlarının gerekli dengenin bulunmamasına yol açtığı nitelendirmelerinde bulunarak sonuçları inşaat yasakları ile ağırlaştırılmış olan kamulaştırma izinlerinde her iki başvurucu yönünden Birinci Protokolün 1. maddesinin ihlal edildiği sonucuna ulaşıldığı, davacılara ait olan taşınmazın %60'ının 1978 yılında onanan imar planında park alanı ve çocuk bahçesine ayrılmasına karşın, bu alanda 25 yıldır herhangi bir uygulama yapılmadığı, kamulaştırma yoluna gidilmediği, parselin imar programına alınmadığı, kamu yararı doğrultusunda yapıldığı iddia edilen bu uygulama ile imar sınırlamasının, temel haklardan olan mülkiyet hakkını ortadan kaldıracak düzeye vardırıldığı, kişisel yarar ile kamu yararı arasındaki dengenin kişi aleyhine bozularak Anayasa ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile kabul edilmiş temel bir hak olan mülkiyet hakkının özüne dokunur bir nitelik kazandığı anlaşıldığından, davacıların plan tadilat taleplerinin reddi yolunda tesis edilen dava konusu işlemde hukuka uyarlık bulunmadığı gerekçesiyle iptaline karar vermiştir.

Bu karar temyiz incelemesi sonunda; Danıştay Altıncı Dairesinin 9.6.2004 günlü, E:2004/780, K:2004/3653 sayılı kararıyla; dava konusu taşınmazın imar planında kısmen çocuk bahçesi ve park yeri olarak ayrıldığı, davacıların taşınmazın imar planı değişikliği yapılarak konut alanına dönüştürülmesi istemli başvurularının belediye meclisince reddedildiği, ilgililerin imar planı değişikliği istemlerinin idarelerce çevredeki nüfus, yoğunluk ve donatı dengesi yönünden irdelenmesi gerektiği, planlamanın genel ilkelerinin dikkate alınarak uyuşmazlık konusu taşınmaza ayrıldığı amaç için ihtiyaç bulunmadığı sonucuna varıldığı takdirde plan değişikliği yapılmasının mümkün olduğu, idare mahkemesince plan değişikliği isteminin reddine ilişkin işlemin şehircilik ilkelerine, planlama esaslarına ve kamu yararına uygun olup olmadığı yolunda yapılacak inceleme sonucuna göre karar verilmesi gerekirken, bu hususlar araştırılmaksızın dava konusu işlemin iptaline karar verilmesinde isabet görülmediği gerekçesiyle bozulmuş ise de, İdare Mahkemesi bozma kararına uymayarak dava konusu işlemin iptali yolundaki ilk kararında ısrar etmiştir.

Davalı İdare Konya 2. İdare Mahkemesinin 30.5.2005 günlü, E:2005/755, K:2005/651 sayılı ısrar kararının temyizen incelenerek bozulmasını istemektedir.

3194 sayılı İmar Yasasının 13 maddesinin 1. fıkrasında yer alan "Resmi yapılara, tesislere ve okul, cami, yol, meydan, otopark, yeşil saha, çocuk bahçesi, Pazar yeri, hal, mezbaha ve benzeri umumi hizmetlere ayrılan alanlarda inşaata ve mevcut bina varsa esaslı değişiklik ve ilaveler yapılmasına izin verilmez. Ancak imar programına alınıncaya kadar mevcut kullanma şekli devam eder" ile 3. fıkrasında "Ancak parsel sahibi imar planlarının tasdik tarihinden itibaren beş yıl sonra müracaat ettiğinde imar planlarında meydana gelen değişikliklerden ve civarın özelliklerinden dolayı okul, cami ve otopark sahası ve benzeri umumi hizmetlere ayrılan alanlardan ilgili kamu kuruluşunca yapımından vazgeçildiğine dair görüş alındığı takdirde, tüm belirli çevredeki nüfus, yoğunluk ve donatım dengesini yeniden irdeleyerek hazırlanacak yeni imar planına göre inşaat yapılır. Bu Kanunun yayımı tarihinden önce yapılan imar planlarında bahsedilen beş yıllık süre bu Kanunun yürürlük tarihinden itibaren geçerlidir." hükümleri Anayasa Mahkemesinin 29.12.1999 günlü, E:1999/33, K:1999/51 sayılı kararı ile 3194 sayılı Yasa'nın 13. maddesinin 1. fıkrasında imar planlarında, resmi yapı, okul, cami, yol, meydan gibi umumi hizmetlere ayrılan yerlerin, imar programına alınıncaya kadar mevcut kullanma şeklinin devam edeceğinin öngörüldüğü, anılan Yasanın 10. maddesinde de belediyelerin, imar planlarının yürürlüğe girmesinden en geç üç ay içinde bu planı uygulamak üzere beş yıllık imar programlarını hazırlayacaklarının belirtildiği, ancak

yasada bu planların tümünün hangi süre içinde programa alınarak uygulanacağına ilişkin bir kurala yer verilmediği, 13. maddesinin 1. fıkrası uyarınca imar planlarında umumi hizmetlere ayrılan yerlerin mevcut kullanma şekillerinin ne kadar devam edeceği konusundaki bu belirsizliğin kişilerin mülkiyet hakları üzerinde süresi belli olmayan bir sınırlamaya neden olduğunun açık olduğu, imar planlarının uygulamaya geçirilmesindeki kamusal yarar karşısında mülkiyet hakkının sınırlanmasının demokratik toplum düzeninin gerekleriyle çelişen bir yönü bulunmamakta ise de, sözü edilen kuralın neden olduğu belirsizliğin kişisel yarar ile kamu yararı arasındaki dengeyi bozarak mülkiyet hakkının kullanılamaz hale getirdiği, sınırlamayı aşan hakkın özüne dokunan bir nitelik taşıdığı, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesinin de 23.9.1981 günlü Sporrong ve Lonnroth kararında kamulaştırma izni ile inşaat yasağının uzun bir süre için öngörülmüş olmasının toplumsal yarar ile bireysel menfaat arasındaki dengeyi bozduğu sonucuna varıldığı, anılan hükümlerin Anayasa'nın 13. ve 35. maddelerine aykırı olduğu gerekçesiyle iptal edilmiş, iptal edilen kurallar nedeniyle meydana gelen hukuksal boşluk kamu düzenini tehdit ve kamu yararını ihlal edilci nitelikte görüldüğünden, Anayasa'nın 153. maddesinin 3. fıkrası ile 2949 sayılı Yasa'nın 53. maddesinin 4. ve 5. fıkraları gereğince iptal hükümlerinin kararın Resmi Gazete'de yayımlanmasından başlayarak altı ay sonra yürürlüğe girmesine karar verilmiş ise de, yasa koyucu tarafından henüz iptal edilen hükümler yerine yeni bir düzenleme getirilmemiştir.

Anayasa Mahkemesinin anılan iptal kararı, iptal edilen maddede sayılan amaca ayrılmış olan imar parsellerinin imar planındaki işlevini değiştirmediği gibi imar planının kendiliğinden iptali sonucunu da yaratmamaktadır.

Dosyanın incelenmesinden, davacıların hissedarı oldukları Karaman, … Mah. … ada, … parsel sayılı taşınmazın %60'ının 1978 yılından beri imar planında çocuk bahçesi ve park alanı olarak ayrılmasına karşın 20 yılı aşkın süredir kamulaştırılmadığı ve inşaat izni de verilmediğinden bahisle taşınmazın park alanından çıkarılarak imar planı değişikliği yapılması istemiyle yaptıkları başvurularının reddedilmesi üzerine bu işlemin iptali istemiyle bakılmakta olan davanın açıldığı anlaşılmaktadır.

Danıştay Altıncı Dairesince verilen bozma kararında da belirtildiği gibi, uyuşmazlığa konu taşınmazın çocuk bahçesi ve park alanına ayrılması nedeniyle sözkonusu olan kısıtlamanın dayanağını oluşturan 3194 sayılı Yasanın 13.maddesinin 1.fıkrası Anayasa Mahkemesinin 29.12.1999 günlü, E:1999/33, K:1999/51 sayılı kararıyla iptal edilmesi nedeniyle yürürlükte olmamakla birlikte, henüz iptal edilen hükümler yerine yeni bir düzenleme getirilmemiş olması nedeniyle, ilgililerin imar planı değişikliği istemlerinin idarelerce çevredeki nüfus, yoğunluk ve donatı dengesi yönünden irdelenmesi gerektiği ve planlamanın genel ilkelerinin dikkate alınarak uyuşmazlık konusu taşınmaza ayrıldığı amaç için ihtiyaç bulunmadığı sonucuna varıldığı takdirde plan değişikliği yapılması mümkün olduğundan, idare mahkemesince plan değişikliği isteminin reddine ilişkin işlemin şehircilik ilkelerine, planlama esaslarına ve kamu yararına uygun olup olmadığı yolunda yapılacak inceleme sonucuna göre kararverilmesi gerekmektedir.

Bu nedenle bu hususlar araştırılmaksızın dava konusu işlemin iptali yolunda verilen İdare Mahkemesinin ısrar kararında hukuki isabet görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle, davalı idarenin temyiz isteminin kabulüne, Konya 2. İdare Mahkemesince verilen 30.5.2005 günlü, E:2005/755, K:2005/651 sayılı ısrar kararının Danıştay Altıncı Dairesince verilen karar doğrultusunda Bozulmasına, dosyanın anılan İdare Mahkemesine gönderilmesine 23.10.2008 gününde oyçokluğu ile karar verildi.

KARŞI OY

X- Temyiz edilen kararla ilgili dosyanın incelenmesinden; Konya 2. 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 reddi ile İdare Mahkemesinin kararının onanması gerektiği oyuyla, karara katılmıyoruz.

MEMURLAR VE DİĞER KAMU GÖREVLİLERİ

T.C.
D A N I Ş T A Y
İdari Dava Daireleri Kurulu
Esas No:2005/149
Karar No:2008/1840

Özeti : Kamu görevlilerinin unvan, görev ve sorumluluklarının temelinde yasalarla oluşturulan kadroların bulunduğu ya da bunların doğrudan yasalarla düzenlendiği gözönüne alındığında, davacının yasa ile ihdas edilmeyen, diğer bir anlatımla kadrosu bulunmayan başkan yardımcılığı görevinde görevlendirilmesinin kaldırılması yolundaki işlemde, bu nedenle hukuka aykırılık bulunmadığı hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan (Davalı) : İller Bankası Genel Müdürlüğü
Vekili **:** Av. ...
Karşı Taraf (Davacı) **:** ...
Vekili **:** Av. ...
İstemin Özeti **:** Ankara 10. İdare Mahkemesince verilen ve Danıştay Beşinci Dairesinin 27.1.2003 günlü, E:2000/6607, K:2003/164 sayılı bozma kararına uyulmayarak dava konusu işlemin iptali yolundaki ilk kararında ısrar edilmesine ilişkin bulunan 23.9.2004 günlü, E:2004/2999, K:2004/1719 sayılı kararı, davalı idare temyiz etmekte ve kararın bozulmasını istemektedir.

Savunmanın Özeti : Savunma verilmemiştir.

Danıştay Tetkik Hakimi Muhsin Yıldız'ın Düşüncesi : Temyiz isteminin kabulü ile İdare Mahkemesinin ısrar kararının Daire kararı doğrultusunda bozulması gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı Mehmet Akkaya'nın Düşüncesi : Temyiz dilekçesinde öne sürülen hususlar, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 49.maddesinin 1.fıkrasında belirtilen nedenlere uygun olup, İdare Mahkemesinin Danıştay Beşinci Dairesinin bozma kararına uymayarak verdiği ısrar kararının dayandığı hukuki ve yasal nedenler karşısında anılan kararın bozulmasını gerektirir nitelikte görülmüştür.

Açıklanan nedenlerle temyiz isteminin kabulü İdare Mahkemesi ısrar kararının bozulması gerekeceği düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulunca gereği görüşüldü:

Dava, İller Bankası Genel Müdürlüğü Makina ve Sondaj Dairesi Başkanlığında Şube Müdürlüğü kadrosunda olup Başkan Yardımcısı olarak görevlendirilen davacının, Başkan Yardımcılığı görevinin kaldırılarak Şube Müdürü kadrosunda görevine devam etmesi yolunda tesis edilen 6.1.2000 günlü, 104 sayılı İller Bankası Genel Müdürlüğü işleminin iptali istemiyle açılmıştır.

Ankara 10. İdare Mahkemesinin 28.9.2000 günlü, E:2000/285, K:2000/936 sayılı kararıyla; davalı idarece başkan yardımcılığı görevinin yasa ile getirilmiş bir kadro olmaması nedeniyle kazanılmış hak olarak kabul edilemeyeceği, görevlendirme konusunda takdir yetkisinin bulunduğunun ileri sürüldüğü, ancak davacının başkan yardımcılığı görevinin kaldırılmasından sonra başka birinin başkan yardımcısı olarak görevlendirilmesi nedeniyle başkan yardımcılığı statü ve durumunun korunduğu, davacının bu görevinden alınmasını gerektirecek nitelikte görevde başarısız olduğuna ilişkin somut bilgi, belge ve gerekçenin ortaya konulamaması karşısında işlemde hukuka uyarlık görülmediği gerekçesiyle dava konusu işlem iptal edilmiştir.

Anılan kararın davalı idarece temyizi üzerine Danıştay Beşinci Dairesi 27.1.2003 günlü, E:2000/6607, K:2003/164 sayılı kararıyla; 190 sayılı Genel Kadro ve Usulü Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin 6.maddesinde kadroların kanunla ihdas edileceğinin öngörüldüğü ve bu Kanun Hükmünde Kararnamenin ekindeki III sayılı cetvelde İller Bankası Genel Müdürlüğünde Daire Başkan Yardımcısı kadrosunun bulunmadığı; her ne kadar 8.5.1991 günlü, 18/350 sayılı Yönetim Kurulu Kararı ile kendisine bağlı üniteler arasında koordinasyonu ve işbirliğini sağlamak suretiyle Başkanlığa ait işlerin aksaksız, düzenli ve verimli yürütülmesi amacıyla Daire Başkanına yardımcı olmak ve yokluğunda Daire Başkanlığı görevine vekalet etmek üzere ana hizmet birimleri olan Daire Başkanlıkları bünyelerinde en fazla 3 Şube Müdürünün daire başkan yardımcısı olarak görevlendirilmesi için Genel Müdürlüğe yetki verilmekle birlikte kurum teşkilatında kadrosu olmayan bir başkan yardımcılığına yönetim kurulu kararına dayanılarak görevlendirme yapılamayacağının açık bulunduğu; olayda, 31.1.1995 tarihinde Makina ve Sondaj Dairesi Başkanlığında Şube Müdürlüğü kadrosuna atanan davacının, 1.2.1995 tarihinde 8.5.1991 tarihli, 18/350 sayılı yönetim kurulu kararına istinaden aynı daire başkanlığında başkan yardımcısı olarak görevlendirildiği, daha sonra başkan yardımcılığı görevi kaldırılarak Şube Müdürü olarak görevine devamı yolunda 6.1.2000 tarihli dava konusu işlemin kurulduğu, aynı günlü işlemle de davacıdan boşalan başkan yardımcılığı görevine başka bir Şube Müdürünün atandığının anlaşıldığı, bu duruma göre, davacının kadrosu olmayan başkan yardımcılığı görevine, yönetim kurulu kararına dayanılarak görevlendirilmesi söz konusu olamayacağından, bu görevlendirilmenin kaldırılması yolundaki dava konusu işlemde hukuka aykırılık bulunmadığı, davacı tarafından davalı idarede fiilen kullanılan toplam 46 başkan yardımcılığı kadrosunun bulunduğu ileri sürülmekte ise de, kanuna aykırı olarak yapılan uygulamanın dava konusu işlemi sakatlamayacağı gerekçesiyle kararı bozmuş ise de, İdare Mahkemesi bozma kararına uymayarak dava konusu işlemin iptali yolundaki ilk kararında ısrar etmiştir.

Davalı idare, Ankara 10. İdare Mahkemesinin 23.9.2004 günlü, E:2004/2999, K:2004/1719 sayılı ısrar kararını temyiz etmekte ve bozulmasını istemektedir.

Kamu görevlilerinin unvan, görev ve sorumluluklarının temelinde yasalarla oluşturulan kadrolar bulunmakta ya da bunlar doğrudan yasalarla düzenlenmektedir.

Nitekim, 190 sayılı Genel Kadro ve Usulü Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin 6. maddesinde, kadroların yasayla ihdas edileceği öngörülmüş, öte yandan bu Kanun Hükmünde Kararnamenin ekindeki cetvellerde İller Bankası Genel Müdürlüğünde Daire Başkan Yardımcısı kadrosunun bulunmadığı görülmüştür.

Bu bağlamda, Danıştay Beşinci Dairesi kararında da belirtildiği gibi, davacının kadrosu olmayan başkan yardımcılığı görevine 8.5.1999 günlü, 18/350 sayılı Yönetim Kurulu kararına dayanılarak görevlendirilmesi söz konusu olamayacağından, bu görevlendirmenin kaldırılması yolundaki dava konusu işlemde hukuka aykırılık, aksi yöndeki İdare Mahkemesi kararında ise hukuki isabet görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle, davalı idarenin temyiz isteminin kabulüne, Ankara 10. İdare Mahkemesinin 23.9.2004 günlü, E:2004/2999, K:2004/1719 sayılı kararının Danıştay Beşinci Dairesinin 27.1.2003 günlü, E:2000/6607, K:2003/164 sayılı kararı doğrultusunda

bozulmasına, dosyanın adıgeçen Mahkemeye gönderilmesine, 23.10.2008 gününde oybirliği ile karar verildi.

T.C.
D A N I Ş T A Y
İdari Dava Daireleri
Kurulu
Esas No:2005/2221
Karar No:2008/1856

Özeti : Aynı nitelikteki kişiler arasında hizmete en uygun kişinin atanması konusunda, yargı kararıyla idarenin zorlanamayacağı hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan (Davalı) : Başbakanlık Vakıflar Genel Müdürlüğü
Vekili **:** Av. …
Karşı Taraf (Davacı) **:** …
Vekili **:** Av. …
İstemin Özeti **:** Ankara 7. İdare Mahkemesinin 28.6.2005 günlü, E:2005/710, K:2005/534 sayılı ısrar kararının temyizen incelenerek bozulması davalı idare tarafından istenilmektedir.
Savunmanın Özeti **:** Mahkemece verilen kararın ısrarı 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 kabulü ile ısrar kararının Daire kararı doğrultusunda bozulması gerektiği düşünülmektedir.
Danıştay Savcısı Kemal Bilecen'in Düşüncesi : Davalı idare, Ankara 7. İdare Mahkemesinin 28.6.2005 tarihli, E:2005/710, K:2005/534 sayılı ısrar kararının temyizen incelenerek bozulmasını istemektedir.

Ankara 7. İdare Mahkemesinin 27.3.2002 tarihli, E:2001/163, K:2002/291 sayılı kararının temyiz incelemesi sonucunda Danıştay 5. Dairesince verilen 28.5.2003 tarih ve E:2002/3733, K:2003/2444 sayılı bozma kararında yer alan gerekçenin yerinde ve hukuka uygun bulunması nedeniyle davalı idarenin temyiz isteminin kabulü ile Ankara 7. İdare Mahkemesince verilen ısrar kararının aynı gerekçe ile bozulmasının uygun olacağı düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulunca gereği görüşüldü:

Davacı, Emlak Dairesi Başkanlığına atanma isteğinin reddine ilişkin 5.12.2000 günlü, 25554 sayılı işlemin iptali istemiyle dava açmıştır.

Ankara 7. İdare Mahkemesi 27.3.2002 günlü, E:2001/163, K:2002/291 sayılı kararıyla, davacının hakkında düzenlenen fezlekede yönetsel, mali ve cezai sorumluluğunun bulunduğunun saptandığı savıyla getirilen suçlamalardan, mali ve cezai olanlarının adli yargıda yapılan yargılama sonucunda suçlu bulunmayarak beraat etmiş olması ve bu kararların Yargıtay incelemesinden geçerek kesinleşmesi, yönetsel yönden getirilen önerinin de bu suçlar dayanak alınarak belirlenmiş bulunması karşısında, daire başkanlığı ve üst düzey yönetim ve karar mekanizmalarına atanmamasına ilişkin müfettiş önerisinin, hukuken geçerli ve haklı bir dayanağının kalmadığı, yönetsel önlem niteliğindeki bu önerinin, davacının memuriyet yaşamı boyunca dosyasında tutularak, buna karşı açılan davanın reddedildiğinden söz edilerek daire başkanı ve üst düzey görevlere atanmamasına neden

gösterilmesinin hukuken kabul edilemeyeceği; davacının Emlak Dairesi Başkanı olarak atanıp atanmaması konusunda yönetimin yargı kararıyla zorlanmasına olanak bulunmadığı, ancak, dava konusu işlemin nedeni olarak gösterilen olgunun, hukuken itibar edilebilir haklı bir dayanağının bulunmadığı, yönetsel işlemin iptal nedenlerinden olan amaç bakımından da, davacının daire başkanı olarak atanmasının önlenmesi için bu önerinin bir gerekçe olarak kullanılmak istenmesinin dava konusu işlemin kamu yararı amacı dışında öznel nedenlerle kurulduğu sonucunu doğurduğu, hukuken geçerli ve haklı bir dayanağı bulunmayan yönetsel önlem gerekçe gösterilerek, davacının daire başkanlığına atanmamasına ilişkin dava konusu işlemde neden ve amaç yönlerinden hukuka uygunluk bulunmadığı gerekçesiyle dava konusu işlemi iptal etmiştir.

Bu karar temyiz incelemesi sonucu Danıştay Beşinci Dairesinin 28.5.2003 günlü, E:2002/3733, K:2003/2444 sayılı kararıyla, Emlak Dairesi Başkanı olan davacının, bu görevi kendisinden önce yürüten …'ın görevden alınmasına ilişkin işleme karşı açtığı davada verilen yargı kararının uygulanabilmesi amacıyla 25.7.1996 günlü işlemle Emlak Dairesi Başkanlığı görevinden alınarak Kültür ve Tescil Dairesine uzman olarak atandığı, anılan işleme karşı açtığı davada verilen ret kararının Danıştay Beşinci Dairesinin 25.9.2001 günlü, E:1999/4532, K:2001/3186 sayılı kararıyla davacının uzmanlığa atanmasına ilişkin kısmının bozulduğu, …'ın yargı kararı uygulanarak göreve iade edildikten sonra 1998 yılında yeniden görevden alınarak başka bir göreve atandığı, adı geçenin bu işlemin iptali istemiyle açtığı davada verilen iptal kararı uygulanarak Emlak Dairesi Başkanlığına atanması isteminden vazgeçtiğini davalı yönetime bildirdiği, bu arada, 19.11.1999 tarihinde üçüncü bir kişinin Emlak Dairesi Başkanlığı görevine atandığı, davacının, …'ın yargı kararı uygulanarak Daire Başkanlığına atanması isteminden vazgeçtiğini öğrenmesi üzerine 14.9.2000 tarihinde davalı yönetime başvurarak Emlak Dairesi Başkanlığına atanma isteminde bulunduğu, bu istemin reddi üzerine bakılan davanın açıldığı, davacıdan önce Emlak Dairesi Başkanlığı görevini yürüten …'ın ikinci kez anılan görevden alınmasına ilişkin işlemin iptali yolundaki yargı kararı uygulanarak Daire Başkanlığına atanması isteğinden vazgeçmesinin, önceki aşamada verilen iptal kararının uygulanma zorunluluğunu ortadan kaldırmayacağı, anılan durumun, davacıyı tekrar bu göreve atama yolunda yönetime bir zorunluluk yüklediğinden sözetmeye hukuken olanak bulunmadığı, davacının, daha önce Emlak Dairesi Başkanlığı görevine atanmış ve yargı kararını uygulanması amacıyla bu görevden alınmış olmasının, yargı yerince tersine bir karar verildiğinde ya da anılan kadro boşaldığında, bu kadroya yeniden atanması yönünde bir kazanılmış hak yaratmadığı yönetimin boş bulunan bir kadroya kamu yararı amacı ve hizmet gereklerini gözeterek en uygun kişiyi atamak üzere bu göreve atanma koşullarını taşıyanlar arasında tercihte bulunmak hak ve yetkisine sahip bulunduğu ve bu yetkisini belirli bir tarzı yararına kullanmaya yargı kararıyla zorlanamayacağı; davacının, Emlak Dairesi Başkanlığına atanma isteğinin, kendisine tanınan takdir yetkisi çerçevesinde reddi yolunda davalı yönetimce kurulan işlemin iptali yönünde verilen İdare Mahkemesi kararında hukuka uygunluk bulunmadığı gerekçesiyle bozulmuş ise de mahkeme bozma kararına uymayarak ilk kararında ısrar etmiştir.

Ankara 7. İdare Mahkemesinin 28.6.2005 günlü, E:2005/710, K:2005/534 sayılı ısrar kararını davalı idare temyiz etmekte ve bozulmasını istemektedir.

Davacı yargı kararı uygulanarak görevden alındığını, görevden alınmasına neden olan kişinin ise artık ikinci kez verilen yargı kararının uygulanmasını istemediğine göre görevinden alınma şartlarının ortadan kalktığını ve idare tarafından yeniden aynı kadroya atanma istemine ilişkin başvurusuna verilen cevapta ileri sürülen nedenlerin hukuka aykırı olduğu iddalarıyla bu davayı açmış ise de; Danıştay Beşinci Dairesi kararında belirtildiği üzere,davacıdan önce Emlak Daire Başkanlığı görevini yürüten …'ın ikinci kez görevden alınmasına ilişkin işlemin iptali yolundaki yargı kararı uygulanarak Daire Başkanlığına atanması isteminden vazgeçmesinin, davacıyı tekrar bu göreve atama yolunda idareye bir zorunluluk yüklemeyeceğine ve aynı nitelikteki kişiler arasında hizmete en uygun kişinin

atanması konusunda yönetimi yargı kararıyla zorlanamayacağına göre dolu olan kadroya davacının atanma isteminin uygun görülmemesine ilişkin işlemde hukuka aykırılık bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle davalı idarenin temyiz isteminin kabulü ile Ankara 7. İdare Mahkemesinin 28.6.2005 günlü, E:2005/710, K:2005/534 sayılı ısrar kararının Danıştay Beşinci Dairesince verilen karar doğrultusunda Bozulmasina, dosyanın anılan Mahkemeye gönderilmesine 6.11.2008 gününde oybirliği ile karar verildi.

T.C.
D A N I Ş T A Y
İdari Dava Daireleri
Kurulu
Esas No: 2006/1597
Karar No: 2008/1900

Özeti : Kamu hizmetine girmede aranılacak özel şartların, yasaya ve görevin niteliğine uygun olması gerektiği hakkında.

Karar Düzeltme İsteminde Bulunan (Davacı) : ...
Vekili **:** Av. ...
Karşı Taraf (Davalı) **:** Milli Savunma Bakanlığı
İstemin Özeti **:** Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu'nca verilen ve Danıştay Danıştay Onikinci Dairesinin 1.12.2004 günlü, E:2003/4046, K:2004/3866 sayılı kararının onanmasına ilişkin bulunan 20.10.2005 günlü, E:2005/2110, K:2005/2510 sayılı kararına karşı, davacı kararın düzeltilmesi isteminde bulunmaktadır.

Savunmanın Özeti **:** Kararın düzeltilmesi isteminin reddi gerektiği savunulmaktadır.

Danıştay Tetkik Hakimi Tuncay Dündar'ın Düşüncesi : Yapılan işin niteliği de göz önüne alındığında, 657 sayılı Yasa'da uygun olmayan Yönetmelik kuralının iptali gerektiğinden davanın bu kısmı yönünden karar düzeltme isteminin kabulü, davanın diğer kısımları yönünden ise, istemin reddi gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı Erkan Cantekin'in Düşüncesi: Kararın düzeltilmesi dilekçesinde ileri sürülen nedenler, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 54. maddesinde yazılı nedenlerden hiçbirisine uymadığından, istemin reddi gerekeceği düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu'nca, işin gereği görüşüldü:

Dava, davacının askeri sivil memur (veri hazırlama kontrol işletmeni) olamayacağına ilişkin Gülhane Askeri Tıp Akademisi Komutanlığınca düzenlenen 31.1.2003 günlü rapor ile Kara Kuvvetleri Komutanlığı 600 Yataklı Mevki Asker Hastanesi Baştabipliğince düzenlenen 19.3.2003 günlü raporun, atamasının yapılmamasına ve durdurulmasına ilişkin işlemin ve Türk Silahlı Kuvvetleri Sağlık Yeteneği Yönetmeliğinin 85. maddesinin iptali istemi ile açılmıştır.

Danıştay Onikinci Dairesinin 1.12.2004 günlü, E:2003/4046, K:2004/3866 sayılı kararıyla; dava konusu edilen ve davacının askeri sivil memur adayı olamayacağına ilişkin sağlık kurulu raporlarının, kesin karar almaya yetkili makama ışık tutan ve idari işlemin hazırlığı niteliğinde olup, tek başına idari davaya konu olacak kesin ve yürütülmesi gerekli bir işlem olmadığı, dolayısıyla bu raporların ancak hazırlığını oluşturan idari işlem ile birlikte dava

konusu edilebileceği, öte yandan davacının iptalini istediği sağlık kurulu raporlarını ve yönetmelik maddesini, atamasının yapılmamasına ilişkin olarak tesis edilen 16.12.2003 günlü idari işlem ile birlikte E:2003/5649 sayılı dosyada dava konusu ettiği, bu nedenle davanın bu kısmının esasının incelenmesine hukuken olanak bulunmadığı, davanın Türk Silahlı Kuvvetleri Sağlık Yeteneği Yönetmeliğinin 85. maddesinin iptaline gelince; Türk Silahlı Kuvvetleri Sağlık Yeteneği Yönetmeliğinin, Sivil Personel Göreve Alınırken Yapılacak Sağlık İşlemleri başlıklı 85.maddesinde ise , Türk Silahlı Kuvvetlerine alınacak bayan memurlarda boy alt sınırının 150 cm. (150 cm.dahil) olarak uygulanacağı hükmüne yer verildiği, 657 sayılı Yasa ve mevzuat hükümlerine göre, belli görevlere atanabilmek için kendi hizmet özellikleri de dikkate alınarak kurumlarca özel koşulların aranmasının Yasa gereği olduğu , Türk Silahlı Kuvvetlerinde görevli sivil personelin sağlık işlemlerini düzenleyen Türk Silahlı Kuvvetleri Sağlık Yeteneği Yönetmeliği ile de sivil personelle ilgili kanunlar gereğince silahlı kuvvetlerde görevli personeli kapsayacak şekilde Türk Silahlı Kuvvetlerine alınacak bayan memurlarda boy alt sınırının 150 cm. (150 cm.dahil) olması şartı aranmasında üst normlara ve hizmet gereklerine aykırılık bulunmadığı gerekçeleri ile, davanın, Türk Silahlı Kuvvetleri Sağlık Yeteneği Yönetmeliğinin 85. maddesinin iptali istemine ilişkin kısmının reddine, davanın davacının askeri sivil memur (veri hazırlama kontrol işletmeni) olamayacağına ilişkin Gülhane Askeri Tıp Akademisi Komutanlığınca düzenlenen 31.1.2003 günlü rapor ile Kara Kuvvetleri Komutanlığı 600 Yataklı Mevki Asker Hastanesi Baştabipliğince düzenlenen 19.3.2003 günlü raporun iptali ile atamasının yapılmamasına ve durdurulmasına ilişkin işlemin iptali istemine ilişkin kısmının ise 2577 sayılı Yasanın 15/1-b maddesi uyarınca reddine karar verilmiştir.

Anılan kararın temyiz istemi Danıştay İdari dava Daireleri Kurulu'nun 20.10.2005 günlü, E:2005/2110, K:2005/2510 sayılı kararı ile reddedilmiştir.

Davacı, Yönetmeliğin dava konusu ettiği maddesi ile burada yer alan kriterlere dayalı rapor ve işlemlerin hukuka aykırı olduğunu belirterek kararın düzeltilmesi isteminde bulunmaktadır.

Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulunun 20.10.2005 günlü, E:2005/2110, K:2005/2510 sayılı kararının Gülhane Askeri Tıp Akademisi Komutanlığınca düzenlenen 31.1.2003 günlü rapor ile Kara Kuvvetleri Komutanlığı 600 yataklı Mevki Asker Hastanesi Baştabipliğince düzenlenen 19.3.2003 günlü rapor ve atamasının yapılmamasına ilişkin işleme ilişkin bölümünün (atamasının yapılmamasına ilişkin işleme karşı açılan E:2006/1598 sayılı dosyada bu istem incelenmiştir.) usul ve hukuka uygun bulunduğu, dilekçede ileri sürülen hususların 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 54. maddesinde yazılı nedenlerden hiçbirisine uymadığı anlaşılmaktadır.

Uyuşmazlığın Yönetmeliğin 85. maddesinie ilişkin kısmına gelince; 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 54. maddesi uyarınca davacının karar düzeltme istemi kabul edilerek Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu'nun 20.10.2005 günlü, E:2005/2110, K:2005/2510 sayılı kararının Türk Silahlı Kuvvetleri Sağlık Yeteneği Yönetmeliğinin 85. maddesine ilişkin kısmı kaldırılılarak temyiz incelemesine geçildi.

Türk Silahlı Kuvvetleri Sağlık Yeteneği Yönetmeliğinin "Sivil Personel Göreve Alınırken Yapılacak Sağlık İşlemleri" başlıklı 85. maddesine 4.5.1993'de eklenen ek paragrafda "Türk Silahlı Kuvvetlerine alınacak bayan memurlarda; boy alt sınırı 150 cm. (150 cm. dahil), kilo sınırı ise boy ölçülerinin son iki rakamının 5 Kg. (5 Kg. dahil) fazlalığı ve 15 Kg. (15 Kg. dahil) noksanlığı olarak uygulanır" kuralı yer almıştır.

Anayasanın 70.maddesinde, hizmete alınmada, görevin gerektirdiği niteliklerden başka hiçbir ayırım yapılamayacağı, 128/2. maddesinde de; Memurlar ve diğer kamu görevlilerinin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ve diğer özlük işlerinin kanunla düzenleneceği hükmüne yer verilmiştir. Anayasanın 128. maddesinin 2. fıkrası hükmüne paralel olarak, 657 sayılı Yasanın 48.maddesinde, Devlet memurluğuna alınacak kişilerde aranılacak genel ve özel şartlar belirlenmiş bulunmaktadır. Bu maddenin "özel şartlar" bölümünde, kurumların özel kanun

veya diğer mevzuatında bazı koşulların ayrıca belirleneceği sonucuna ulaşılmakta ise de, yönetmelik gibi alt düzenlemelerde getirilen kısıtlamaların, yasaya ve görevin niteliğine uygun olması gerektiği de açıktır.

Dava konusu düzenleme Yasada yer almadığı gibi Türk Silahlı Kuvvetlerinde görev yapan "bayan" sivil memurların görevlerinin niteliğinin de bu yönde bir düzenlemeyi gerektirmediği açıktır.

Bu itibarla dava konusu Yönetmeliğin 85. maddesinin 2. fıkrasında yer alan "boy alt sınırı 150 cm. (150 cm. dahil)" ibaresinde hukuka uygunluk bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulunun 20.10.2005 günlü, E:2005/2110, K:2005/2510 sayılı kararının Gülhane Askeri Tıp Akademisi Komutanlığınca ve 600 Yataklı Mevki Asker Hastanesi Baştabipliğince düzenlenen raporlar ile atamasının yapılmamasına ilişkin işlem yönünden Daire kararının onanması yolundaki kısmına yönelik olarak karar düzeltme isteminin REDDİNE oybirliğiyle, Türk Silahlı Kuvvetleri Sağlık Yeteneği Yönetmeliğinin 85. maddesinin 2. fıkrasında yer alan "boy alt sınırı 150 cm. (150 cm. dahil)" ibaresi yönünden karar düzeltme isteği kabul edilerek Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu kararının bu kısmının kaldırılmasına temyiz isteminin kabulü ile Danıştay Onikinci Dairesinin 1.12.2004 günlü, E:2003/4046, K:2004/3866 sayılı kararının bu kısmının Bozulmasina, oyçokluğuyla 6.11.2008 gününde karar verildi.

KARŞI OY

X- Danıştay Dava Daireleri ve İdari veya Vergi Dava Daireleri Kurullarının temyiz üzerine verdikleri kararlar hakkında ancak 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 54. maddesinde yazılı nedenlerle kararın düzeltilmesi istenebilir. Kararın düzeltilmesi dilekçesinde öne sürülen hususlar ise adı geçen yasa maddesinde yazılı nedenlerden hiçbirisine uymamaktadır.

Bu nedenle, davacının karar düzeltilme isteminin tamamıyla reddedilmesi gerektiğinden, kararın karar düzeltme isteminin kısmen kabulüne ilişkin kısmına karşıyız.

ÖZELLEŞTİRME

T.C.
D A N I Ş T A Y
İdari Dava Daireleri Kurulu
Esas No:2008/770
Karar No:2008/2337

Özeti : 1- 4046 sayılı Özelleştirme Uygulamaları Hakkında Kanun'un Geçici 11. maddesinin, yasanın yürürlüğe girdiği tarihten önce başlamış olan işlemlerin geçerli olduğuna, yeni yasanın ise yürürlük tarihinden sonraki işlemlere uygulanacağına ilişkin bir geçici madde olduğu; anılan kuralın, 4046 sayılı Yasa'dan önce başlamış olan özelleştirme uygulamalarının yasa tarafından onaylandığı anlamına gelmediği;
2- Özelleştirme uygulamalarında yargısal denetimin, 4046 sayılı Yasa'da öngörülen ekonomide verimlilik, kamu giderlerinde azalma sağlama amacının, somut olayda gerçekleşip gerçekleşmediği yönünden de yapılması gerektiği hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan (Davacı) : Petrol-İş Sendikası
Vekili **:** Av. ...
Karşı Taraf (Davalı) **:** Başbakanlık Özelleştirme İdaresi Başkanlığı
Vekili **:** Av. ...
İstemin Özeti **:** Danıştay Onüçüncü Dairesi'nin 11.2.2008 günlü, günlü, E:2007/5180, K:2008/2188 sayılı kararının temyizen incelenerek bozulması davacı tarafından istenilmektedir.

Savunmanın Özeti **:** Danıştay Onüçüncü Dairesi'nce 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 Şehnaz Gençay Karabulut'un Düşüncesi : Temyiz isteminin reddi ile Daire kararının onanması gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı Mürteza Güler'in Düşüncesi : Petkim Petrokimya Holding A.Ş'nin %51 oranındaki kamu hissesinin satış yöntemi ile özelleştirilmesine, satışın blok satış yoluyla gerçekleştirilmesine ilişkin 8.2.2007 tarih ve 13 sayılı Özelleştirme Yüksek Kurulu kararının iptali istemiyle açılan davanın reddi yolunda Danıştay Onüçüncü Dairesince verilen kararı, davacı temyiz etmiştir.

Danıştay Onüçüncü Dairesince; 4046 sayılı Kanunun geçici 11. maddesi uyarınca, Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren 3 ay içinde Özelleştirme Yüksek Kurulu tarafından özelleştirme kapsamından çıkarılmamış bir kuruluşun, özelleştirme kapsamında bulunmasının hukukiliğinin tartışılamayacağı, kanunla yaratılan bir hukuki durum olduğu belirtilmişse de, Kanunun Geçici 11. maddesinin, bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten önce yürürlükte bulunan mevzuat gereğince özelleştirilmek üzere Kamu Ortaklığı İdaresine devredilmiş olan kuruluşların devir tarihi itibariyle özelleştirme programına alınmış sayılmasını, bu kuruluşların özelleştirmelerine ilişkin olarak daha önce Kamu Ortaklığı İdaresi ve Özelleştirme İdaresince yapılmış olan işlemlerin geçerli olmasını, özelleştirme işlemlerine bundan böyle bu Kanun hükümlerine göre devam edilmesini amaçladığı, özelleştirme programına alınmış olan kuruluşların özelleştirme kapsamında kalıp kalmayacağı hususunda karar vermek üzere Özelleştirme Yüksek Kurulu'na tanınan yetkinin, özelleştirme kapsamından çıkarılmayan kuruluşlar açısından hukuki bir durum yarattığı şeklinde yorumlanamayacağı, Kurulun kapsamdaki kuruluşları oluşan şartlara göre her zaman kapsam dışına çıkarma yetkisi bulunduğu görüldüğünden Dairenin belirtilen gerekçesinde hukuki isabet bulunmamaktadır.

Dava konusu işlem 4046 sayılı Kanun hükümleri açısından incelendiğinde ise;

4046 sayılı Özelleştirme Uygulamaları Hakkında Kanunun 1. maddesinde, Kanunun amacının, ekonomide verimlilik artışı ve kamu giderlerinde azalma sağlamak için yapılacak özelleştirmelere ilişkin esasları düzenlemek olduğu belirtilmiş, 2. maddesinde de, özelleştirme uygulamalarında esas alınacak ilkeler arasında, kuruluşların özelliklerine ve içinde bulundukları şartlara göre özelleştirme yöntemlerinin belirlenmesi, stratejik konularda devletin sahip olacağı imtiyazlı hisse oluşturulması, özelleştirme uygulamalarında milli güvenlik ve kamu yararının gerektirdiği durumlar hariç kamu kurum ve kuruluşları ile mahalli idarelere devir yapılmaması ilkeleri yer verildikten sonra Kanunun amaç ve ilkeleri doğrultusunda alınacak kararlarda öncelikler ile bunların tabi olacağı özelleştirme uygulamalarına ilişkin esas ve usullerin kuruluşların nitelikleri ve ülke ekonomisinin gerektirdiği şartlar da dikkate alınarak Özelleştirme Yüksek kurulunca belirleneceği kurala bağlanmıştır.

Aynı Kanunun 3. maddesinde, kuruluşların satış, kiralama, işletme hakkı devri, mülkiyetin gayri ayni hakların tesisi ve işin gereğine uygun sair hukuki tasarruflar ile devredilmelerine ilişkin özelleştirme yöntemlerinden hangisi ile özelleştirileceğini belirlemek Özelleştirme Yüksek Kurulu'nun görevleri arasında sayılmış, 13. maddesinde ise, tekelleşmenin önlenmesi de dahil, ekonomik ve güvenlik ile ilgili olarak milli yararın korunması amacıyla stratejik kuruluşlardaki kamu payının %50'nin altına düşmesi

durumunda bu kuruluşların yetkili kurullarında alınacak kararlarda söz ve onay hakkı verecek imtiyazlı hisselerin miktarını ve bu paylara dayanarak Devletin sahip olacağı imtiyazlı hakları belirlemeye, imtiyazlı hisselerin miktarını ve bunlarla ilgili imtiyazlı hakları değiştirmeye, stratejik konu ve kuruluş olarak tespit edilenleri bu kapsamdan çıkarmaya Özelleştirme Yüksek Kurulu'nun yetkili olduğu hükmüne yer verilmiştir.

Yukarıda sözü edilen hükümlerin birlikte değerlendirilmesinden, kaynağını Anayasa'nın "Devletleştirme ve Özelleştirme"nin düzenlendiği 47. maddesinden alan 4046 sayılı Kanunda özelleştirme uygulamaların kuruluşların, özellikleri ve kamu yararı doğrultusunda gerçekleştirilmesini temin bakımından gerekli ilke ve normlara yer verildiği, Kanunun yürürlüğünden önce özelleştirilmesi kararlaştırılmış kuruluşların özelleştirilmelerine dair uygulamalara açıklık getirildiği görülmüştür.

Bakılan davada, Petkim Petrokimya Holding A.Ş'nin 1.9.1987 tarihli Bakanlar Kurulu Kararı ile özelleştirilmesine karar verildiği, 4046 sayılı Kanunun yürürlüğe girmesinden sonra Kanunun Geçici 11. maddesi uyarınca özelleştirme programına alınmış sayıldığı ve Ana Sözleşmesinin 4046 sayılı Kanuna göre yeniden düzenlendiği, yapılan düzenleme ile "imtiyazlı hisse"nin kapasite değişikliği, birleşme, devralma, satın alma, feshi, tasfiye gibi kuruluşun mevcudiyeti ve üretim süreci ile ilgili kararlardaki belirleyici etkisine ilişkin kurallara yer verildiği, ayrıca özelleştirme yönteminin, sektörel analizler ve piyasa koşullarını dikkate alınması suretiyle belirlendiği, blok satışın bu çalışmalar sonucu uygun bulunduğu anlaşılmıştır.

Bu durumda, Petkim Petrokimya Holding A.Ş'nin %51 oranındaki kamu hissesinin blok satış yöntemiyle satışına ilişkin dava konusu kararda, 4046 sayılı Kanunun amaç ve ilkelerine, kamu yararının korunması bakımından Kanunun öngördüğü yöntem ve kurallara aykırılık görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle, davanın reddi yolunda Danıştay Onüçüncü Dairesince verilen kararın belirtilen gerekçe ile onanmasına karar verilmesinin uygun olacağı düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulunca dosyanın tekemmül ettiği anlaşıldığından, yürütmenin durdurulması istemi görüşülmeyerek işin esasına geçildi, dosya incelendi, gereği görüşüldü:

Dava, Petkim Petrokimya Holding A.Ş.'nin %51 oranındaki kamu hissesinin satış yöntemiyle özelleştirilmesine, satışın blok satış yoluyla gerçekleştirilmesine ilişkin 8.2.2007 günlü, 13 sayılı Özelleştirme Yüksek Kurulu kararının iptali istemiyle açılmıştır.

Danıştay Onüçüncü Dairesi 11.2.2008 günlü, E:2007/5180, K:2008/2188 sayılı kararıyla; 4046 sayılı Özelleştirme Uygulamaları Hakkında Kanun'un Geçici 11. maddesinde Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten önce yürürlükte bulunan mevzuat gereğince özelleştirilmek üzere Kamu Ortaklığı İdaresine devredilmiş olan kuruluşların devir tarihleri itibariyle özelleştirme programına alınmış sayılacağının, bu kuruluşların özelleştirmelerine ilişkin olarak daha önce Kamu Ortaklığı İdaresi ve Özelleştirme İdaresince yapılmış olan işlemlerin geçerli olduğunun, özelleştirme işlemlerine bundan böyle bu Kanun hükümlerine göre devam olunacağının, ancak, gerekli görülmesi halinde bu kuruluşlardan hangilerinin özelleştirmeye hazırlık çalışmasına tabi tutulacağına, hangilerinin özelleştirme kapsamından çıkarılacağına, bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren 3 ay içinde İdarenin teklifi üzerine Kurulca karar verileceğinin kurala bağlandığı, anılan Kanunda belirtilen kuruluşların özelleştirme kapsam ve programına alınmalarının Kurul kararıyla yapılacağı kural olmakla birlikte Kanun'un yürürlüğe girdiği tarihten önce yürürlükte bulunan mevzuat gereğince özelleştirilmek üzere Kamu Ortaklığı İdaresine devredilmiş olan kuruluşlar için bir kapsama alma ve hazırlık işlemine gerek olmaksızın bunların Kanun gereği devir tarihi itibariyle doğrudan özelleştirme programına alınmış sayıldığı, bu tür kuruluşların Kanunun Geçici 11. maddesi hükmüyle kapsama alınmış kuruluşlar olduğu, yalnızca, 3 ay içinde bunlardan

bazılarını hazırlık işlemlerine tabi tutma veya kapsamdan çıkarma konusunda Kurul'a bir takdir yetkisinin verildiği, bu itibarla Yasanın yürürlüğünden itibaren 3 ay içinde Kurulca kapsamdan çıkarılmamış bu tür bir kuruluşun, özelleştirme kapsamında bulunmasının hukukiliğini tartışmanın Kanunla yaratılan bir hukukî durumun, dolayısıyla Yasa hükmünün mevcudiyetinin tartışılmasını beraberinde getireceği, bunun da idarî yargının görev alanı içinde olmayacağı; uyuşmazlıkta, 4046 sayılı Yasa yürürlüğe girmeden önce Bakanlar Kurulu'nun 11.09.1987 tarih ve 87/12184 sayılı kararı ile Petkim Petrokimya A.Ş.'nin özelleştirilmesine karar verildiği, Kanun'un yürürlüğe girdiği tarihten itibaren 3 ay içinde de Kurul tarafından Petkim'in özelleştirme kapsamından çıkarılması yolunda verilmiş bir karar bulunmadığı, dava konusu 08.02.2007 tarih ve 2007/13 sayılı Özelleştirme Yüksek Kurulu kararı ile de, Petkim'in sermayesindeki İdareye ait %33 oranındaki B grubu hisse ve %11 oranındaki A grubu hisse ile yine Petkim'in sermayesindeki 09.02.2006 tarih ve 2006/03 sayılı Özelleştirme Yüksek Kurulu kararı ile özelleştirme kapsam ve programına alınan Emekli Sandığı Genel Müdürlüğüne (Sandık) ait %7 oranında B grubu hisse olmak üzere toplam %51 oranındaki hissenin satış yöntemi ile özelleştirilmesine, satışın "blok satış" yoluyla gerçekleştirilmesine karar verildiği, 4046 sayılı Yasanın anılan Geçici 11. maddesi gereği Petkim'in özelleştirme programına alınmış sayılması nedeniyle bu davada yargısal denetimin, Petkim'in %51 kamu hissesinin özelleştirmesinin satış yöntemiyle ve satışın blok satışla yapılmasına ilişkin Özelleştirme Yüksek Kurulu'nun bu tercihinin, 4046 sayılı Yasayla öngörülen özelleştirme amaç, ilke ve yöntemlerine uygun yapılıp yapılmadığına yönelik olması gerektiği, Kanun'un "Stratejik Konu ve Kuruluşlar ile İmtiyazlı Hakların Belirlenmesi" başlıklı 13. maddesinde "Özelleştirme programına alınan kuruluşlarla ilgili olarak; a) Stratejik sayılacak konu ve kuruluşları tespit etmeye, b) Tekelleşmenin önlenmesi de dahil, ekonomi ve güvenlik ile ilgili olarak milli yararın korunması amacıyla, (a) bendi gereğince tespit edilecek stratejik kuruluşlardaki kamu payının %50'nin altına düşmesi durumunda bu kuruluşların yetkili kurullarında alınacak kararlarda söz ve onay hakkı verecek imtiyazlı hisselerin miktarını ve bu paylara dayanarak Devletin sahip olacağı imtiyazlı hakları belirlemeye, imtiyazlı hisselerin miktarını ve bunlarla ilgili imtiyazlı hakları değiştirmeye, stratejik konu ve kuruluş olarak tespit edilenleri bu kapsamdan çıkarmaya..." Özelleştirme Yüksek Kurulu'nun yetkili olduğunun belirtildiği, dava dosyası ile 11.07.2007 tarihli ara kararı ile istenen belge ve bilgilerin incelenmesinden; Petkim'in, Ana Sözleşmesinin 4046 sayılı Kanun hükümlerine göre yeniden düzenlendiğinin ve şirket ana sözleşmesinde "İmtiyazlı Hisseye" ait hakları etkileyecek değişiklikler ile şirketin sahibi olduğu herhangi bir fabrikanın kapasitesinde en az %10'luk bir azalma öngören kurallar ve Şirketin yeni bir şirket veya ortaklık kurması, satın alması, kurulu bulunanlara ortak olması veya birleşmesi, bölünmesi, nevi değişikliği, feshi ve tasfiyesine ilişkin kararların ancak Yönetim Kuruluna C grubunda seçilen üyenin (imtiyazlı hisseye sahip idarenin) olumlu oy kullanması koşuluna bağlandığının, Petkim'in yirmi iki fabrikadan kurulu bir petrokimya kompleksi olduğunun, dünya ölçeğinde rekabete açık bulunan bu sektörde gelişmiş teknolojilerle ve optimum kapasitelerle üretim yapan, ucuz hammadde ve düşük üretim girdileri maliyeti avantajına sahip rakiplerle sürekli rekabet edebilmek gerektiğinin, hammadde ve enerji fiyatlarına karşı duyarlı olan petrokimya sanayiinde yaşanan değişimlerin sektördeki birleşme ve satın alma faaliyetlerini hızlandırdığının, Ortadoğu ülkelerinde devreye giren, düşük maliyetli yapıdaki yeni kapasitelerin artırdığı yoğun rekabet ortamında Petkim'in kâr marjının düştüğünün, sermaye yoğun yüksek teknolojiye sahip sektörün en temel özelliğinin sürekli yatırım, büyüme ve ölçek ekonomisi olduğunun, ortadoğu ve uzakdoğu ülkelerindeki yatırımların bu ülkelerin sektördeki payını artırdığının ve onları Türkiye pazarına yönelttiğinin, küresel hadiselerden anında etkilenen sektörde, hızla büyüyen pazar karşısında kapasite artışlarına ve yatırıma yönelik kararları kamusal özelliklerden (karar sürecinde DPT, Hazine, Maliye Bakanlığı gibi farklı kurumların inceleme ve onay yetkisinin bulunması vb. sebeplerden) dolayı yeteri kadar hızlı alamayan Petkim'in son beş yılda yaptığı yatırımlara karşın iç pazar

payının düşüşüne engel olamadığının, ülkemizin petrol ve doğalgaz kaynağından yoksunluğunun Petkim için temel kritik nokta olduğunun ve Petkim'in yüksek maliyetli yapı denilen grup içinde faaliyet göstermek zorunda kaldığının, hızla büyüme ihtiyacı, teknolojiye aralıksız kaynak aktarımı, hammadde güvenilirliği ve yüksek riskli yatırım kararlarının alınması gibi konuların, Petkim'in ancak sektör deneyimi ve finansal yeterliği bulunan stratejik yatırımcılar eliyle geleceğe taşınabileceğini gösterdiğinin, petrokimya sektöründe yüksek teknik bilgi, know-how ve işletim tecrübesi temel gereklilik olduğundan, teknolojik açıdan üstün ve finansal bakımdan güçlü stratejik yatırımcının varlığının şart olduğunun, blok satış yolunun tercih edilmesi sayesinde sektöre ilişkin bilgi ve tecrübesi bulunmayan yatırımcıların halka arz sonucu düşük bir hisse oranına sahip olarak Şirketin yönetim kontrolünü ele geçirmelerinin böylelikle Şirkette bir yönetim boşluğunun yaratılmasının engelleneceğinin, blok satış sayesinde kapasite büyüklüğü ve sermaye gücü temin edileceğinden, petrokimya sektör döngüsünün (fiyatlarının) aşağıya inmesi veya herhangi bir kriz durumunda, kârlılığın da en az şekilde etkileneceğinin, blok satış suretiyle gerçekleşecek süreç sonunda, ertelenen yatırımların gerçekleştirilebileceğinin, bu sayede Petkim'in, küresel anlamda rekabetçi hale gelebileceğinin, ayrıca petrokimya ürünlerinin üretiminin yanısıra ticaretinin de yapılabileceğinin, böylece iş hacminde önemli bir artış sağlanacağının, Petkim'in operasyonel olarak mevcut durumundan daha iyi bir noktaya getirileceğinin, ekonomide verimlilik artışı sağlanacağının, Etilen Ünitesinde "hafif nafta" yı, Aromatikler ünitesin de ise "ağır nafta"yı hammadde olarak kullanan Petkim'in ana fabrikaları olan Etilen ve Aromatikler ünitelerinin tasarımlarının Tüpraş'tan sağlanan nafta özelliklerine göre yapıldığının, ancak, Tüpraş'ın, 2002 yılından itibaren devreye aldığı yaklaşık 600-700 Milyon $ tutarındaki yatırımlarla hafif naftayı izomerata, ağır naftayı ise reformata dönüştürerek kurşunsuz benzin üretiminde kullanmakta olduğunun, bu yatırımların toplam kapasitesinin 3.850.000 ton/yıl olduğunun, 2002 yılına kadar hammadde ihtiyacının neredeyse tamamını Tüpraş'tan temin eden Petkim'in, bu tarihten itibaren Tüpraş'tan alabildiği nafta miktarının hızla azalması nedeniyle hammadde konusunda dışa bağımlı hale geldiğinin, böylece hammadde güvenilirliği ve geleceğinin tehlike altına girdiğinin, Petkim'in hammaddeyi giderek artan oranlarda ithal etmek durumunda kalması ve yurt dışından temin ettiği hafif ve ağır naftaların uygun özelliklerde olmamasının, Petkim'i teknoloji, ürün kalitesi ve verimliliği, lojistik ve maliyet açılarından sıkıntıya düşürdüğünün, naftayı yüksek oktanlı benzine dönüştürme yatırımlarını 2007 yılının ilk yarısında tümüyle bitiren Tüpraş'ın, 2007 yılı Ağustos ayından itibaren ağır nafta sevkiyatını da tamamen durdurmuş bulunduğunun, rekabet gücü açısından sektörde en önemli unsurların, hammadde güvenilirliği ve ucuzluğu, teknoloji ve üretim kapasitesi olduğunun, nitekim bu unsurları kaybeden birçok petrokimya tesisinin üretimine son verdiğinin, Petrokimya sektöründeki yeni gelişmelere paralel olarak ortaya çıkan ve hızla artan şiddetli rekabetin yarattığı koşullara (teknoloji, üretim kapasitesi, hızlı karar alabilme, hammadde güvenilirliği ve maliyeti) Petkim'in uyum sağlayabilmesi ve temel hammadde olan naftanın tedarik sorununu çözebilmesi gerektiğinin, bunun da Petkim'in blok satış yöntemiyle, hammadde kaynaklarına sahip veya bu kaynaklara kolay erişebilen yatırımcılara ivedilikle satılmasını gerektirdiğinden bahisle işlem tesis edildiğinin anlaşıldığının, belirtilen bu hususlar göz önüne alındığında, 1990 ve 2005 yıllarında olmak üzere toplam %38,68 oranında hissesi halka arz yoluyla özelleştirilmiş olan Petkim'in kalan kamu hissesinin %51'nin blok satış yöntemiyle özelleştirilmesinin 4046 sayılı Kanunda yer alan özelleştirme ilkelerine ve ekonomide verimlilik artışı ve kamu giderlerinde azalma sağlamak amacına uygun olduğundan dava konusu işlemde hukuka aykırılık bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar vermiştir.

Davacı, anılan kararı temyiz etmekte ve özelleştirmenin yalnızca gelir elde etmek amacıyla yapıldığını, 4046 sayılı Yasa'da öngörülen ekonomide verimlilik artışı ve kamu giderlerinde azalma sağlama amacının söz konusu işlemde gerçekleştiğinden söz edilemeyeceğini, Türkiye'nin en yüksek kredibiliteye sahip yedi firmasından biri olan

Petkim'in özelleştirilmesinde kamu yararı bulunmadığını ileri sürerek bozulmasını istemektedir.

4046 sayılı Kanun'nun Geçici 11. maddesinde, bu Kanun yürürlüğe girdiği tarihten önce yürürlükte bulunan mevzuat gereğince özelleştirilmek üzere Kamu Ortaklığı İdaresine devredilmiş olan kuruluşların devir tarihleri itibariyle özelleştirme programına alınmış sayılacağı, bu kuruluşların özelleştirilmesine ilişkin olarak daha önce Kamu Ortaklığı İdaresi ve Özelleştirme İdaresince yapılmış olan işlemlerin geçerli olduğu, özelleştirme işlemlerine bundan böyle bu Kanun hükümlerine göre devam olunacağı, ancak, gerekli görülmesi halinde bu kuruluşlardan hangilerinin özelleştirmeye hazırlık çalışmasına tabi tutulacağına, hangilerinin özelleştirme kapsamından çıkarılacağına, bu kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren 3 ay içinde idarenin teklifi üzerine Kurul'ca karar verileceği hükme bağlanmıştır.

Görüldüğü üzere, 4046 sayılı Yasa'nın Geçici 11. maddesi, anılan Yasanın yürürlüğe girdiği tarihten önce başlamış olan işlemlerin geçerli olduğuna, yeni Yasanın ise yürürlüğü tarihinden sonraki işlemlere uygulanacağına ilişkin bir geçici maddedir. Anılan kural, 4046 sayılı Yasadan önce başlamış olan özelleştirme uygulamalarının Yasa tarafından onaylandığı anlamına gelmemektedir.

Bu durumda, Danıştay Onüçüncü Dairesinin, Yasanın yürürlüğünden itibaren 3 ay içinde Kurul'ca kapsamdan çıkarılmamış bu tür bir kuruluşun, özelleştirme kapsamında bulunmasının hukukiliğini tartışmanın, Kanunla yaratılan bir hukuki durumun, dolayısıyla Yasa hükmünün mevcudiyetinin tartışılmasını beraberinde getireceğine ilişkin gerekçesinde hukuki isabet bulunmamakta ise de, bu husus bozma sebebi olarak görülmemiş olup, anılan gerekçenin kaldırılarak Daire kararının onanması gerektiği sonucuna varılmıştır.

Öte yandan, 4046 sayılı Kanun özelleştirme uygulamalarında ekonomide verimlilik, kamu giderlerinde azalma sağlamayı amaçladığına göre Yasada öngörülen bu maksat yönünden, diğer bir anlatımla yasada belirtilen maksadın somut olayda gerçekleşip gerçekleşmediği yönünden de yargısal denetimin yapılması gerekmektedir. Nitekim, Dairede bu yönden yaptığı yargısal denetimde özelleştirmenin kanunda yer alan özelleştirme ilkelerine ve ekonomide verimlilik artışı ile kamu giderlerinde azalma sağlama amacına uygun olduğu sonucuna varmıştır. Dosyada mevcut bilgi ve belgeler karşısında Daire kararında bu yönden hukuka aykırılık görülmemiştir.

Açıklanan nedenle, Danıştay Onüçüncü Dairesince verilen kararın usul ve hukuka uygun bulunduğu, dilekçede ileri sürülen temyiz nedenlerinin kararın bozulmasını gerektirecek nitelikte olmadığı anlaşıldığından, davacı temyiz isteminin reddine, Danıştay Onüçüncü Dairesinin 11.2.2008 günlü, E:2007/5180, K:2008/2188 sayılı kararının belirtilen gerekçe çıkartılarak ONANMASINA, kullanılmayan yürütmenin durdurulması harcının istemi halinde davacıya iadesine, 25.12.2008 gününde esasta ve gerekçede oyçokluğu ile karar verildi.

GEREKÇEDE KARŞI OY

X- Danıştay Onüçüncü Dairesinin 11.2.2008 günlü, E:2007/5180, K:2008/2188 sayılı kararında hukuka aykırılık bulunmadığından temyiz isteminin reddi ile kararın aynen onanması gerektiği oyuyla, kararın gerekçenin çıkartılmasına ilişkin kısmına katılmıyoruz.

KARŞI OY

XX- Dava, Petkim Petrokimya Holding A.Ş.'nin %51 oranındaki kamu hissesinin satış yöntemiyle özelleştirilmesine, satışın blok satış yoluyla gerçekleştirilmesine ilişkin 8.2.2007 günlü, 13 sayılı Özelleştirme Yüksek Kurulu kararının iptali istemiyle açılmıştır.

Uyuşmazlığın çözümü için öncelikle özelleştirme uygulamalarının hukuki dayanağının belirlenmesi ve özelleştirme işlemlerinin yargısal denetim esaslarının açıklanması gerekmektedir.

Özelleştirme ile ilgili olarak önce 4046 sayılı Yasa yürürlüğe girmiş, daha sonra da 4446 sayılı Yasayla Anayasanın 47. maddesine bir fıkra eklenerek özelleştirme uygulamalarına Anayasal ve yasal bir dayanak sağlanmıştır. Dolayısıyla liberal ekonomi politikalarının bir uygulama aracı olarak özelleştirmenin Anayasal ve yasal dayanaklarının bulunduğu tartışmasızdır.

Özelleştirme uygulamaları idari işlemler yoluyla gerçekleştirildiğinden, bu işlemlere karşı açılan iptal davalarının 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 2. maddesi uyarınca yetki, şekil, sebep, konu ve maksat yönlerinden yargısal denetime tabi tutulmaları gerekmektedir. Özelleştirme işlemlerinin iptali istemiyle açılan davalarda yargısal denetimin hukuka uygunluk denetimi olduğu, yerindelik denetimini içermediği hususunun gözardı edilmesi hukuken mümkün değilse de özelleştirmeye ilişkin işlemlerin teknik özellikler taşıdığı, siyasi iktidarların tercihlerini yansıttığı, dolayısıyla yargısal denetiminin daha ziyade işlemin yetki ve şekil unsurları üzerinde yapılabileceği de hukuken kabul edilemez. Bu çerçevede konu değerlendirildiğinde özelleştirme işlemlerinin yetki, şekil, sebep ve konu unsurlarının yanı sıra maksat yönünden de hukuka uygunluk denetiminin yapılması zorunludur. Bütün idari işlemlerin kamu yararı maksadını taşıması gerektiği tartışmasızdır. İdare işlem tesis ederken kişisel, siyasal, üçüncü kişilere yarar sağlama amacı gütmemeli, mali çıkar sağlama amacıyla yetki saptırması içinde bulunmamalı, ayrıca birden fazla kamu yararının çatışması durumunda "üstün kamu yararını" dikkate almalıdır. Dolayısıyla idari işlemin maksat yönünden yargısal denetimi de işlem ile sağlanan her türlü yarar ve işlemin ortaya çıkardığı tüm sakıncalar gözönüne alınarak yapılmalıdır. Ayrıca, Yasada özel bir amaç belirlenmiş ise işlemin bu amaca uygun olması gerektiği de kuşkusuzdur.

İşin esasının incelenmesine geçilmeden önce usule ilişkin iki hususun değerlendirilmesi gerekli görülmüştür. Birinci olarak PETKİM'in özelleştirme kapsamına alınmasına ilişkin 11.9.1987 tarihli işleme karşı dava açılıp açılmadığı hususunun bu davaya etkisi üzerinde durulmalıdır. Özelleştirme uygulaması birbirini takip eden bir dizi işlemden oluşmaktadır. Bu işlemlerin herbiri ayrı ayrı hukuki sonuç yarattıklarından birinin ötekilerden bağımsız olarak dava konusu edilebileceği Danıştayın bugüne kadarki kararlarıyla kabul edilmiş bulunmaktadır. İkinci olarak da 4046 sayılı Yasanın geçici 11. maddesinin görülmekte olan davaya etkisinin değerlendirilmesi gerekmektedir. 4046 sayılı Yasanın geçici 11. maddesi, 4046 sayılı Yasanın yürürlüğe girdiği tarihten önce başlamış olan işlemlerin geçerli olduğuna, yeni Yasanın ise yürürlüğü tarihinden sonraki işlemlere uygulanacağına ilişkin bir geçici maddedir. Anılan kural, 4046 sayılı yasadan önce başlamış olan özelleştirme uygulamalarının yasa tarafından onaylandığı anlamına gelmemektedir.

4046 sayılı Özelleştirme Uygulamaları Hakkında Kanunun "Amaç ve Kapsam" başlıklı 1. maddesinin (A) fıkrasında, özelleştirmenin amacının ekonomide verimlilik artışı ve kamu giderlerinde azalma sağlamak olduğu belirtilmiştir. Dosyadaki bilgi ve belgelerin incelenmesinden, petrokimya sektörünün plastikler, lastik ve elyaf maddeleri ve diğer organik ara malları üreten geniş bir üretim çeşitliliğine sahip, büyük ölçekli bir sektör olduğu, petrokimya ürünlerine olan talebin sürekli artış gösterdiği, ülkemizde bu ürünlere olan talep artışının dünya ortalamasının üzerinde olduğu, PETKİM'in yirmiiki fabrikadan kurulu, büyük ve küçük tonajlı gemilere uygun limanı ve tanker rıhtımlarıyla bir petrokimya kompleksi olarak özellikle fabrikalarında gerçekleştirdiği önemli yatırımların sonucu ortaya çıkan kapasite artışıyla ülkemizdeki petrokimya ürünlerine olan ihtiyacın karşılanmasında etkili bir konumda bulunduğu anlaşılmaktadır.

PETKİM 11.9.1987 tarihinde özelleştirme kapsamına alınmakla beraber blok satış yoluyla özelleştirilmesi uzun vadede gerçekleştirilememiş ve çoğunluk hissesi kamuda kalmaya devam etmiştir. Süreç içerisinde hem yatırımlarını hem de üretimini arttırarak petrokimya sektöründeki stratejik kuruluş niteliğini korumuş olup, etilen hammaddesi, termo plastikler grubu, elyaf hammaddeleri grubu ve diğer ürünler grubu olarak sayılabilecek ürün çeşitliliği ile kimi ürünlerde %20-%50 arasında, kimi ürünlerde daha yüksek oranlarda pazar

payına sahip bulunmaktadır. 2000'li yıllarda başlatılan Kapasite Artırımı ve Modernizasyon projelerinin gerçekleştirilmesi için 437 milyon ABD Doları değerinde yatırım yapılmış ve 2005 yılında tamamlanan bu yatırım sayesinde fabrikaların üretim kapasitesi önemli oranda arttırılmış olan PETKİM, kâr eden bir kuruluş haline gelmiştir.

Bu durumda, 4046 sayılı Kanun özelleştirme uygulamalarında ekonomide verimlilik artışı ve kamu giderlerinde azalma sağlamayı amaçladığına göre; petrokimya ürünlerine olan talebin sürekli arttığı ülkemizde, yapılan yatırımlarla üretim kapasitesi artan ve kâr eden büyük bir petrokimya kompleksi olan PETKİM'in %51 oranındaki kamu hissesinin özelleştirilmesinde üstün kamu yararı bulunmadığı sonucuna varılmıştır.

Açıklanan nedenlerle, davacı temyiz isteminin kabulü ile Danıştay Onüçüncü Dairesinin 11.2.2008 günlü, E:2007/5180, K:2008/2188 sayılı kararının bozulması gerektiği oyuyla, karara katılmıyoruz.

VAKIF İŞLERİ

T.C.
D A N I Ş T A Y
İdari Dava Daireleri Kurulu
Esas No: 2007/99
Karar No: 2008/2201

Özeti : (Mülga) 2762 sayılı Vakıflar Yasası'nın, Medeni Yasa'nın yürürlüğe girdiği 4 Ekim 1926 tarihinden önce, mevcut vakıflardan hangilerinin mazbut vakıf sayılacağını gösteren 1. maddesinin, birinci fıkrasının mülhak vakıf olarak nitelendirilemeyecek olan cemaat vakıfları hakkında uygulanamayacağı; öte yandan davacı cemaat vakfının, yetimhanesinin kapatılmasına karşın hayri hizmetin fiilen sürdürdüğü; dolayısıyla davacı vakfın mazbut vakıflar arasına alınmasında hukuka uyarlık bulunmadığı hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan (Davacı) : Büyükada Rum Erkek ve Kız Yetimhanesi Vakfı
Vekilleri : Av. ..., Av. ...,
Av. ...,
Av. ...
Karşı Taraf (Davalı) : Vakıflar Genel Müdürlüğü
Vekili : Av. ...
İstemin Özeti : Ankara 10. İdare Mahkemesi'nin 29.9.2006 günlü, E:2006/2066, K:2006/3062 sayılı ısrar kararının temyizen incelenerek bozulması, davacı tarafından istenilmektedir.
Savunmanın Özeti : Savunma verilmemiştir,
Danıştay Tetkik Hakimi Yalçın Macar'ın Düşüncesi: Davacının temyiz isteminin kabulüyle, temyize konu ısrar kararının Danıştay Onuncu Dairesi'nin 21.6.2005 günlü, E:2004/8356, K:2005/3544 sayılı kararındaki gerekçelerle bozulması gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı Nevzat Özgür'ün 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 ısrar kararının onanmasının uygun olacağı düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu'nca, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Yasası'nın 17. maddesi uyarınca davacının duruşma istemi kabul edilmeyerek, dosya incelendi, gereği görüşüldü:

Dava, Vakıflar Genel Müdürlüğü Vakıflar Meclisi'nin davacı vakfın kanunen ve fiilen hayri bir hizmetinin kalmadığından bahisle mazbut vakıflar arasında alınmasına ilişkin 22.1.1997 günlü, 71/116 sayılı kararının iptali istemiyle açılmıştır.

Ankara Onuncu İdare Mahkemesi'nin 3.4.2002 günlü, E:2001/1752, K:2002/507 sayılı kararıyla; davacı vakfın vakfiyesinin bulunmadığı, 2762 sayılı Vakıflar Yasası'nın geçici maddesi uyarınca Vakıflar İdaresine verdiği mal varlıklarını belirten beyannamenin vakfiyesi yerine geçtiği ve böylece tüzel kişilik kazandığı, söz konusu beyannamede vakfın isminin "Büyükadada kain Rum Erkek Yetimhanesi" olarak belirtildiği, vakfa ait yetimhanenin 1984 yılında kapatılması nedeniyle faaliyeti hakkında Teftiş Kurulu Başkanlığı'nca hazırlanan 27.6.1996 tarih ve 1 sayılı inceleme raporunda vakfın gayesinin Büyükada'da bulunan yetimhanenin ihtiyaçlarının karşılanması olduğu, vakfa ait yetimhane binası ve müştemilatının ahşap ve eski eser özelliğine sahip olduğundan yangın tehlikesi nedeniyle boşaltıldığı, başka bir binada faaliyetine devam eden yetimhanenin masrafları karşılanmakta iken yetimhane ve ilkokulun kapatılması sonrasında herhangi bir faaliyetinin kalmadığı, vakfın son on yılda (1984-1993) yapılan teftişleri neticesi düzenlenen raporlarda da hayri hizmetiyle ilgili hiçbir faaliyetinin olmadığının, gayesi yönünde hiçbir harcaması olmayıp, gelirlerinin idari harcamalara sarfedildiğinin tesbit edildiği, ayrıca dosya üzerinde yapılan incelemede, biri Büyükada'da Rum Erkek Yetimhanesi, diğeri de Heybeliada'da Rum Kız Yetimhanesi adlarında ayrı ayrı iki vakıf mevcut iken, Heybeliada'daki Rum Kız Yetimhanesinin İkinci Dünya Savaşı sırasında kamulaştırılması ve Telsiz Okulu'nun inşaatı sebebiyle kapandığı, kız bölümünün erkek bölümü ile birleştirilerek bugüne kadar Büyükada Rum Erkek ve Kız Yetimhanesi Vakfı adı altında faaliyetine devam ettiğinin tespit edildiğinden bahisle, 2762 sayılı Yasası'nın 1/D maddesine göre kanunen ve fiilen hayri bir hizmeti kalmadığından mazbut vakıflar arasına alınmasına karar verildiğinin anlaşıldığı, bu durumda davacı vakıf hakkında 2762 sayılı Yasa'nın 1/D maddesi hükmü gereğince tesis olunan işlemde mevzuata aykırılık bulunmadığı, öte yandan yetimhanenin faaliyeti bulunmamakla birlikte, hayri hizmetin bina olmadan icrasının mümkün bulunduğu, amacın yetim çocukların beden ve ruh sağlığı içinde büyüyüp gelişmelerini sağlamak olduğu, bunun için vakıfça burs adı altında nakdi tediyeler yapıldığı, ayrıca bu çocukların örf ve adetlere uygun şekilde yetişmeleri, dini bakımdan eğitimlerinin sağlanması hususunda gayret gösterildiği, yetimlere yapılan yardımların vakfın defterlerinde kayıtlı bulunduğu belirtilerek, sırf yetimhane binası mevcut olmadığından vakfın hayri hizmetinin kalmadığının öne sürülemeyeceği iddia olunmuş ise de; vakfın temel amacının yetimhanenin işletilmesine yönelik olması, yetimhanenin ise 1980'li yılların başından itibaren kapalı ve kullanılmaz durumda bulunması nedeniyle temel amacını gerçekleştiremeyen vakfın, faaliyetinin devam ettiğini kanıtlama çabasına yönelik olarak az sayıda öğrenciye az miktarda burs adı altında yapılan yardımların vakfın mazbut vakıflar kapsamına alınmasına engel olamayacağı, davacının bu yöndeki iddiasına itibar edilmediği, diğer taraftan 2762 sayılı Yasa'nın 1/D maddesi hükmünün hayri hizmeti kalmamış bütün vakıflara tatbiki gerektiğinden, Yasa'nın

emredici hükmünün davacı vakfa uygulamasında hukuka aykırılık bulunmadığı gerekçesiyle, dava reddedilmiştir.

Sözü edilen karar, davacının karar düzeltme istemini kabul eden Danıştay Onuncu Dairesi'nin 21.6.2005 günlü, E:2004/8356, K:2005/3544 sayılı kararıyla, davacı cemaat vakfının mülhak vakıf olarak nitelendirilemeyeceği, bu nedenle 2762 sayılı Yasa'nın 1. maddesinin birinci fıkrasının cemaat vakıfları hakkında uygulanamayacağı, esasen Medeni Yasa öncesi mevcut vakıfların 2762 sayılı Yasa'nın yürürlüğe girdiği tarihten sonraki durumlarının bu Yasa'nın 1. maddesine göre değil, diğer maddelerine göre değerlendirilmesi gerektiği, öte yandan bir çok taşınmazı bulunan ve bazı öğrencilere burs veren davacı vakfın hayri hizmetinin kalmadığını kabul etmeye de olanak bulunmadığı gerekçesiyle bozulmuş ise de; Ankara 10. İdare Mahkemesi 29.9.2006 günlü, E:2006/2066, K:2006/3062 sayılı kararıyla, anılan bozma kararına uymayarak, davanın reddi yolundaki ilk kararında ısrar etmiştir.

Davacı, hukuka aykırı olduğu savıyla anılan kararın temyizen incelenerek bozulmasını istemektedir.

Vakıf, en genel anlamıyla, bir mal veya mülkün, satılmamak koşuluyla, bir hayır işine tahsis edilmesini; başka bir ifadeyle, bir mülkün menfaatlerinin hayri, sosyal veya kültürel hizmetlere özgülenmesini, böylece özel mülkiyetten çıkarılarak kamunun mülkiyetine geçirilmesini ifade eder. Bu yönüyle kişi ile toplum arasındaki sosyal ilişkileri düzenleyen bir sosyal yardım kurumu niteliğindeki vakıflara, tarihte ne kadar geriye gidilirse gidilsin, yerleşik düzene geçmiş insan topluluklarında, tüm uygarlıklarda ve dinlerde rastlanması olanaklı ise de, vakıf kurumu, vakfı "bir aynı Allah'ın mülkü hükmünde olmak ve menfaatleri halka ait olmak üzere hapis ve tevkif etmek" olarak tanımlayan İslam Hukuku içinde gelişmiştir. Nitekim, Osmanlı İmparatorluğu döneminde, Müslüman olmayan tebaanın (cemaatlerin) dahi İslam Hukuku'nun benimsendiği biçimiyle vakfiye düzenleyerek vakıf kurma olanaklarının bulunduğu görülmektedir. Ancak bu dönemde, Müslüman olmayan tebaa, ayrı bir vakıf kurmak yerine, inanç ve geleneklerine göre kendi cemaatlerinin manevi kişiliği lehine yükümlü bağışlama yapmayı benimsemiş; Padişah Fermanı (Buyruk) ve İrade-i Mahsusa (Özel İzin) ile bu cemaatlerin kilise, manastır, sinagog, papaz evi, mezarlık, okul ve hastane gibi dini, hayri ve ilmi kurumlar oluşturmasına izin verilmiş ve bunlar cemaat mensuplarının sözü edilen yükümlü bağışlarıyla hizmetini sürdürmüş, yaşatılmıştır. Hatta 16 Şubat 1328 (1912) tarihli "Eşhası Hükmiyenin Emval'i Gayrimenkuleye Tasarruflarına Dair Kanun-u Muvakkat"ın 3. maddesiyle cemaatlerin kendi dini, ilmi ve hayri kuruluşlarının doğrudan doğruya mal edinmesine ve daha önce edindikleri taşınmaz malların tapu kayıtlarını kendi adlarına tahsis etmelerine olanak tanınmıştır.

864 sayılı "Kanunu Medeninin Sureti Mer'iyet ve Şekli Tatbiki Hakkında Kanun"un 8. maddesinde "Kanunu Medeni'nin mer'iyete vaz'ından makaddem vücuda getirilen evkaf hakkında ayrıca bir tatbikat kanunu neşrolunur." hükmüne yer verilerek, 743 sayılı Medeni Yasa'nın yürürlüğe girdiği 4.10.1926 tarihinden önce kurulmuş vakıfların bu Medeni Yasa'ya tabi olmaları uygun bulunmamış; 864 sayılı Yasa'nın 8. maddesinde sözü edilen düzenleme 13.12.1935 tarihinde yürürlüğe giren 2762 sayılı Vakıflar Yasası'yla gerçekleştirilmiştir.

2762 sayılı Yasa'nın 1. maddesinin ikinci fıkrasında "cemaatlerce idare olunan vakıflar"ın mütevellileri tarafından yönetilmesi esası benimsenerek, bunlara "mülhak vakıf" denileceği belirtilmiştir. Böylece varlıkları İslam/Osmanlı Hukuku'na dayanan ve Lozan Andlaşmasıy'la korunan, Türkiyede'ki Müslüman olmayan Türk uyruklu azınlıklara ait olan dini, ilmi ve hayri kurumlar "mülhak vakıf" tüzel kişiliğine dönüştürülmüş; 2762 sayılı Yasa'nın geçici 1. maddesinin (a) fıkrası uyarınca vermiş oldukları beyannameler de bu vakıfların vakfiyesi yerine geçmiştir.

Bununla birlikte 31.5.1949 günlü, 5404 sayılı Yasa'yla 2762 sayılı Yasa'nın 1. maddesinin ikinci fıkrası yeniden düzenlenerek, mütevelliliği vakfedenlerin ferilerle şart edilmiş vakıflara "mülhak vakıf" denileceği ifade edilerek, cemaatlere mahsus vakıfların ise

bunlar tarafından seçilen kişi veya kurullarca yönetilmesi öngörülmüştür. Böylece, Medeni Yasa öncesi mevcut vakıflar mazbut ve mülhak vakıfların yanı sıra, hukuksal nitelikleri ve yönetim biçimlerinin farklılıkları nedeniyle bunlardan ayrılan "cemaat vakıflar" olarak tasnif edilmiştir. Nitekim 5404 sayılı Yasa'nın "Gerekçe"sinde ve bu Yasa'ya ilişkin TBMM İçişleri Komisyonu, Maliye Komisyonu ve Adalet Komisyonu raporlarında da, getirilen düzenlemeyle cemaat vakıflarının mülhak vakıf kategorisinden çıkarıldığı açıkça vurgulanmıştır.

Bu çerçevede, 2762 sayılı Yasa'nın Medeni Yasa öncesi mevcut vakıflardan hangilerinin mazbut vakıf sayılarak Vakıflar Genel Müdürlüğü'nce idare edileceğini gösteren 1. maddesinin birinci fıkrasının, ayrı bir vakıf türü olan cemaat vakıfları hakkında uygulanmasına olanak kalmamıştır.

Esasen 2762 sayılı Yasa'nın 1. maddesinin birinci fıkrasıyla; 4 Birinci Teşrin 1926, yani Medeni Yasa'nın yürürlüğe girdiği 4 Ekim 1926 tarihinden önce oluşturulan vakıflardan, vakfedenin soyundan gelen özel bir yöneticisi olmayan vakıflar ile "Evkaf Nezareti" tarafından yönetilen vakıflar (daha önce zabtedilmiş, idaresi zabtedilmiş, mütevelliliği bir makama şartedilmiş, mütevelliliği vakfedenlerin fer'ilerinden başkalarına şart edilmiş ve kanunen veya fiilen hayri bir hizmeti kalmamış vakıflar) "mazbut vakıflar" olarak tanımlanmış; böylece bu vakıflar tek bir tüzel kişilik altında toplanarak, temsili, idaresi ve denetimiyle Vakıflar Genel Müdürlüğü görevlendirilmiştir. Başka bir ifadeyle mazbut vakıflar yönünden 2762 sayılı Yasa'nın kapsamı gösterilmiştir. Dolayısıyla, 2762 sayılı Yasanın 1. maddesi, Medeni Yasa öncesi mevcut vakıfların o tarihteki durumları itibariyle ayrımını ve beş bentte belirtilen haller saptandığında mazbut vakıf sayılarak Vakıflar Genel Müdürlüğü'nce yönetilmesini öngörmekte; Medeni Yasa öncesi mevcut vakıfların 2762 sayılı Yasa'nın yürürlüğe girdiği tarihten sonraki durumlarının değerlendirilmesine olanak vermemektedir.

Bu nedenle, Medeni Yasa öncesi mevcut vakıfların, 2762 sayılı Yasa'nın yürürlüğe girdiği tarihten sonraki durumlarının, anılan Yasanın 1. maddesine göre değil, diğer maddelerine göre değerlendirilmesi gerektiğinden, 1936 yılında verdiği beyannameden sonra kesintisiz olarak faaliyetine devam eden davacı vakfın 2762 sayılı Vakıflar Yasası'nın 1/D maddesi kapsamında mazbut vakıflar arasına alınmasına olanak bulunmamaktadır.

Öte yandan, vakıflarda fiilen hayri bir hizmetin kalmadığından söz edebilmek için, vakfın malvarlığı ve gelir durumunun amacına hizmet edemeyecek bir dereceye düşmüş olması gerekir. Dava dosyasının incelenmesinden, Beyoğlu Üçüncü Noteri'nce onaylı bulunan ve Osmanlıcadan tercüme edilen Servet Beyanından, vakıf yerinin Padişah izni ile Rum yetimlerine hane olmak üzere Rum Patrikhanesi'ne ayrılmış olduğu, Defter-i Hakani'de de Rum yetimler namına kaydolunduğu, 1936 yılında vermiş olduğu beyannamede ismi "Büyükadada kain Rum Erkek Yetimhanesi" olarak belirlenen ve bir cemaat vakfı olan davacı vakfın, İstanbul Firuzağa, Beyoğlu Kamer Hatun, Beyoğlu Kalyoncukulluk, Beyoğlu Şahkulu, Büyükada Yalı Mahallesi, Büyükada Karanfil Sokak ve Heybeliada İsmet İnönü caddesinde bir çok taşınmazı bulunduğu, davacı vakfa ait yetimhanenin 1980'li yılların başında kapatılmakla birlikte bazı öğrencilere burs adı altında çeşitli yardımlar yapıldığı anlaşılmaktadır. Bu haliyle, bir çok taşınmazı bulunduğu ve bazı öğrencilere burs verdiği anlaşılan davacı vakfın, yetimhanesinin kapatılması nedeniyle fiilen hayri bir hizmetinin kalmadığı kabul edilemez. Dolayısıyla dava konusu işlemde bu yönden de hukuka uyarlık bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle, davacının temyiz isteminin kabulüne, Ankara 10. İdare Mahkemesi'nin 29.9.2006 günlü, E:2006/2066, K:2006/3062 sayılı ısrar kararının Bozulmasina, dosyanın yeniden bir karar verilmek üzere anılan Mahkeme'ye gönderilmesine, 4.12.2008 gününde gerekçede ve esasta oyçokluğuyla karar verildi.

KARŞI OY

X- Lozan Andlaşması'nda, azınlık olarak nitelendirilen "gayrimüslüm Türk tebaa"nın kimi bireysel haklarının yanı sıra kollektif/grup haklarının korunmasına yönelik hükümlere de

yer verilmiş; Andlaşma'nın 42. maddesinin son fıkrasında Türkiye Hükümeti'nin azınlıklara ait kiliselere, havralara, mezarlıklara ve öteki din kurumlarına tam bir koruma sağlayacağı, bu azınlıkların Türkiye'deki vakıflarına, din ve hayır işleri kurumlarına her türlü kolaylığı ve izni sağlayacağı, ayrıca Türkiye Hükümeti'nin yeniden din ve hayır kurumları kurulması için bu nitelikteki öteki özel kurumlara sağlanmış kolaylıklardan hiç birini esirgemeyeceği, belirtilmiştir.

Lozan Andlaşması'nın bu düzenlemeleri, vakıflar yönünden 17.2.1926 günlü, 743 sayılı "Türk Kanunu Medenisi"nin 74. maddesiyle iç hukuka geçirilerek, belli bir ırk veya cemaat mensuplarının desteklemek gayesiyle tesis/vakıf kurulması yasaklanmış; ayrıca Medeni Yasa'nın yürürlüğe girdiği 4.10.1926 tarihinden önce kurulan vakıfların yeni Yasa'ya bağlı olması uygun görülmeyerek, 864 sayılı "Kanunu Medeninin Sureti Mer'iyet ve Şekli Tatbiki Hakkında Kanun"un 8. maddesinde, Medeni Yasa'nın yürürlüğe girmesinden önce kurulan vakıflar hakkında ayrı bir yasal düzenleme yapılacağı ifade edilmiştir.

Sözü edilen düzenleme ise 5.6.1935 günlü, 2762 sayılı Vakıflar Yasası'yla gerçekleştirilmiştir. Bu Yasa'yla, Türk Medeni Yasası'nın yürürlüğe girdiği 4.10.1926 tarihinden önce, eski hukuka göre kurulan vakıflar hakkında, bunların varlıklarına ve vakfiyelerine zorunlu durumlar dışında dokunmadan yeni usul ve esaslar getirilmiş; İslam-Osmanlı Hukukuna göre kurulmuş eski vakıflar yönetim biçimlerine göre ayrıma tabi tutularak, bu vakıflar mazbut ve mülhak vakıflar olarak isimlendirilmiştir. Daha sonra 27.2.2008 tarihinde 5737 sayılı yeni Vakıflar Yasası yürürlüğe girmiş ise de, uyuşmazlığın dönemi itibariyle 2762 sayılı Yasa hükümlerine göre görülüp çözümlenmesi gerekmektedir.

Bu bağlamda, Yasa'nın 1. maddesiyle Medeni Yasa'nın yürürlüğe girdiği tarihten önce oluşturulan vakıflardan, bu Yasa'dan önce zabtedilmiş bulunan vakıflar, bu Yasa'dan önce idaresi zabtedilmiş vakıflar, mütevelliği bir makama şart edilmiş olan vakıflar, kanunen veya fiilen hayri bir hizmeti kalmamış olan vakıflar ile mütevelliliği vakfedenlerin ferilerinden başkalarına şart edilmiş vakıflar "mazbut vakıflar tüzel kişiliği" adı altında tek bir tüzel kişilik içinde eritilmiş ve bu tüzel kişiliğin idaresi, temsili, denetimi Vakıflar Genel Müdürlüğü'ne bırakılmıştır. Buna karşılık vakfiyesine göre, vakfedenin soyundan gelen yöneticisi/mütevellisi belirlenebilen vakıflar ise mülhak vakıf olarak tanımlanarak, bunların her birine tüzel kişilik tanınmıştır.

Diğer yandan 2762 sayılı Yasa cemaat vakıflarına da "mülhak vakıf" kategorisinde yer vermiş; önceleri bu vakıfların tek kişiden ibaret bir organ-mütevelli eliyle yönetilmesi benimsenmiş ise de, 31.5.1949 günlü, 5404 sayılı Yasa'yla bu yöntemden vazgeçilerek cemaate, başka bir ifadeyle vakıfla ilgili kişi topluluğuna vakfın yönetimi için "yönetim kurulu" seçme olanağı getirilmiştir.

Ancak yönetim biçimindeki bu farklılık, cemaat vakıflarının mazbut ve mülhak vakıflardan ayrı bir kategori oluşturmasına neden olacak nitelikte değildir. Yukarıda aktarılan tarihi ve hukuki süreç içinde, varlıkları, tasfiye edilmiş bulunan Osmanlı Hukuku'na dayanan ve yönetimleri Lozan Andlaşması gereğince Türkiye'deki Müslüman olmayan Türk uyruklu azınlıklara geçen bu dini, ilmi ve hayri kurumlar, 2762 sayılı Yasa'yla "mülhak vakıf" tüzel kişiliğine tahvil edilmiştir. Bunun için 2762 sayılı Vakıflar Yasası'nın 44. maddesinde, "Bu Kanun'un neşri tarihinden en az onbeş yıl evvelinden beri vakıf olarak tasarruf edildikleri vergi kayıtları, icar konturatları ve eşhası hükmiyenin gayrimenkule tasarrufuna dair olan 16 Şubat 1328 tarihli Kanun'un neşrinden sonra tapuya verilmiş defterler ve müesseselerin hesap defterleri ve buna benzer vesikalarla anlaşılacak olan yerler o surette vakıf kütüğüne kaydolunurlar. Bu kayıt vakıflar idaresinin istemesi üzerine tapuca o gayrimenkullerin kayıtlarına işaret ve keyfiyet münasip vasıtalarla ilan olunur. İlan tarihinden itibaren iki yıl içinde dava yolu ile bir gün itiraz olunmadığı takdirde o malların vakıf olarak kati tescilleri yapılır ve tapuları verilir. Tapu kayıtlarına işaret edilecek gayrimenkullere ait davalarda vakıflar idaresi ve varsa mütevelli de birlikte hasım olur. Bundan başka, vakıflar idaresinin 1515 sayılı Kanun hükümlerinden istifade hakkı mahfuzdur." hükmüne yer verilmiş; aynı

Yasa'nın geçici 1. maddesinin (a) fıkrasıyla da, "şimdiye kadar vakıflar idaresine hesap vermemiş bütün mütevelliler veya mütevelli heyetleri bu Kanunun hükümleri yürümeye başladığı günden -13.12.1935- itibaren üç ay içinde idare ettikleri vakıfların mahiyetlerini, varidat ve masraflarının miktar ve nevilerinin ve mütevelliliği hangi selahiyetli merciin intihap veya kararını müsteniden ve hangi tarihten beri yaptıklarını gösterir bir beyanname tanzimine ve mensup oldukları vakıflar idaresine vermeye" zorunlu tutulmuşlar; sonuçta bu beyannameler "cemaat vakfı tüzel kişiliği"nin vakfiyesini oluşturmuştur.

Bu hukuki nitelendirmeyi gerçekleştiren 2762 sayılı Yasa cemaat vakıflarını mülhak vakıf kategorisinde değerlendirmek suretiyle, bunları eski vakıfların tasfiyesine ilişkin hükümlerine tabi kılmıştır. Yargı içtihatlarının yanı sıra öğretide de kabul edildiği üzere 2762 sayılı Yasa bir tasfiye yasasıdır. Başka bir ifadeyle, 2762 sayılı Yasa'nın tanımladığı mülhak vakıf tüzel kişiliği, Yasa'da gösterilen koşulların gerçekleşmesi durumunda mazbut vakıflar tüzel kişiliğine katılarak; hem bunların eski hukuk düzenine dayanan varlıklarının sona ermesi, hem de sahip oldukları çoğu eski ve bedii vasıflı vakıf eserlerinin yeni hukuk düzeni içinde bir kamu otoritesi eliyle ve öncelikle de vakfiyelerine göre yaşatılması esası benimsenmiştir. Bu noktada Yasa cemaat vakıflar ile mütevelliği vakfiyesine göre vakfedenin soyundan gelenlere geçen diğer mülhak vakıflar arasında ayrım yapmamıştır.

Aksi durumun kabulü, yani cemaat vakıflarının mülhak vakıf niteliğinde olmadığının benimsenmesi halinde, bu vakıflar hakkında 2762 sayılı Yasa'nın 1. maddesi dışında, yani yönetim biçimleri, Vakıflar Genel Müdürlüğü'nün denetimi altında bulunmaları ve belirli koşullarla taşınmaz mal edinmeleri dışında uygulanacak başka bir düzenleme kalmamaktadır. Bu durumun ise hem Lozan Antlaşması'nın yukarıda değinilen düzenlemesine, hem Medeni Yasa'nın eski vakıfları kapsamına almak yerine, belli bir ırk ve cemaat mensuplarını desteklemek gayesiyle yeni vakıf kurulmasını yasaklamasına, hem de 2762 sayılı Vakıflar Yasası'nın sözü edilen amacına aykırı olduğu açıktır. Kaldı ki yerleşik yargı kararlarında ve bu çevrede Anayasa Mahkemesi'nin 4771 sayılı Yasa'nın 4. maddesinin (A) fıkrasıyla Vakıflar Yasası'nın 1. maddesine eklenen fıkraların iptali isteminin reddi yolundaki 27.12.2002 günlü, 2002/201 sayılı kararında, cemaat vakıfları, Türkiyede'ki Müslüman olmayan Türk uyruklu cemaatlere ait olup, Lozan Barış Andlaşması ile koruma altına alınan ve 2762 sayılı Yasa kapsamında bulunan "mülhak vakıf" niteliğindeki tüzel kişiler olarak kabul edilmektedir.

Gelinen bu noktada mülhak vakıfların mazbut vakıflar arasına alınmasına; yani mülhak vakıf tüzel kişiliğinin sona ererek "mazbut vakıflar tüzel kişiliği" içine katılarak, idaresinin Vakıflar Genel Müdürlüğü'ne geçmesine ilişkin düzenlemelere değinilmelidir.

Daha önce ifade edildiği üzere 2762 sayılı Yasa'yla eski hukuka göre kurulmuş vakıfların tasfiyesi, zorunlu durumlar dışında vakfiyelerine ve varlıklarına dokunulmadan, Vakıflar Genel Müdürlüğü'nün idaresi altındaki "mazbut vakıflar tüzel kişiliği" içinde yaşatılması amaçlanmıştır. Bu doğrultuda 2762 sayılı Yasa'nın 26-32. maddelerinde mukataalı veya icareteynli vakıfların, bunlara ait taşınmazların tasarruf edenlerine bırakılması yoluyla tasfiyesinin yönetimi açıklanmış; diğer yandan Yasa'nın 21. maddesinin son fıkrası ile 39. maddesinin birinci fıkrasının son cümlesi uyarınca, mülhak vakıflarda mütevelli olması gerekenlerden kimse sağ kalmamışsa ya da on yıldan beri mütevellilik kimseye tevcih edilememişse, o vakfın mazbut vakıflar arasına alınması öngörülmüştür. Yine aynı amaçla, Yasa'nın 1. maddesinin birinci fıkrasının (D) bendiyle, Medeni Yasa'nın yürürlüğe girdiği 4.10.1926 tarihinden önce oluşturulan vakıflardan "kanunen veya fiilen hayri bir hizmeti kalmamış olan vakıflar"ın da Vakıflar Genel Müdürlüğü'nce idare edileceği belirtilmiş; böylece hayri bir hizmeti kalmamış mülhak vakıfların da mazbut vakıflar arasına alınacağı kabul edilmiştir.

Yasa'nın 1. maddesinin birinci fıkrasının yalnızca mazbut vakıfları tanımladığını, Medeni Yasa öncesi mevcut vakıfların o tarihteki durumları itibariyle ayrımını ve beş bentte belirtilen haller saptandığında mazbut vakıf sayılarak Vakıflar Genel Müdürlüğü'nce yönetilmesini öngördüğünü, Medeni Yasa öncesi mevcut vakıfların 2762 sayılı Yasa'nın

yürürlüğe girdiği tarihten sonraki durumlarının değerlendirilmesine olanak vermediğini, özetle, Yasa'nın yürürlüğe girdiği 13.12.1935 tarihinden sonra mülhak vakıfların, bu çerçevede cemaat vakıflarının kanunen veya fiilen hayri bir hizmeti kalmamış olsa da mazbut vakıflar arasına alınamayacağını kabule, özelikle Yasa'nın yukarıda değinilen temel amacı dikkate alındığında olanak bulunmamaktadır. Aksi durumda, örneğin cemaat vakfıyla ilgili kişi topluluğunun kalmamasına, bu nedenle vakıf tüzel kişiliğinin yönetim organının dahi oluşturulmamasına karşılık vakıf tüzel kişiliği devam edecektir. Cemaat vakfının, dava konusu uyuşmazlıkta olduğu gibi, hayri hizmetini yürütmesine maddeten olanak kalmamasına karşılık vakıfla ilgili kişi topluluğunun özgülediği gelirler ile başka hayri hizmetlerin yürütülebileceğinden hareketle tüzel kişiliğinin korunması ise olsa olsa bu kişi topluluğuna yani cemaate tüzel kişilik tanımak anlamına gelir ki, buna hukuken olanak bulunmadığı tartışılamaz. Diğer yandan, ortada bir vakfın hukuken varlığından söz edilmesi için "hayri bir hizmetin" bulunması gerektiği hususunda duraksama bulunmamalıdır. Bu durumun 2762 sayılı Yasa'nın yürülüğünden sonra ortaya çıkmasının sonuca bir etkisi olmayacağı kuşkusuzdur. Zira yukarıda da değenildiği üzere "hayri hizmetin" mevcudiyeti vakfın olmazsa olmaz bir koşuludur. Nitekim bugüne kadar, kanunen veya fiilen hayri bir hizmeti kalmayan mülhak vakıflar, bu arada cemaat vakıfları mazbut vakıflar arasına alınmış, böylece vakıf tüzel kişiliği sona ererek Vakıflar Genel Müdürlüğü'nün idaresine geçmiş, bu yoldaki işlemlerin yargısal denetimi, vakfın hayri hizmetinin kalıp kalmadığı yönünden yapılmıştır.

Davacı vakfın 1936 tarihinde vermiş olduğu beyannamede, vakfın Büyükadada kain Rum Erkek Yetimhanesi olarak adlandırıldığı, idare olunan hayratın yetimhane olduğu ve Rumlardan sağlanan gelirin yetimhanenin masraflarının karşılanması için kullanılacağı açıkça belirtilmiştir. Diğer yandan davacı tarafından dosyaya sunulan Servet Beyanında, vakfın yerinin Padişah izniyle Rum yetimlerine hane olmak üzere Rum Patrikhanesi'ne ayrıldığı, yine vakıf yerinin Rum yetimlerine hane yapılmak üzere Defteri Hakani'de Rum yetimler hanesi namına kaydolunduğu görülmektedir. Dolayısıyla davacı vakfın tek amacı yeri ve niteliği gösterilen yetimhanenin faaliyetlerini sürdürmektir. Buna karşılık davalı idare tarafından yapılan tespitler ile vakfa ait yetimhanenin 1980 yılların başında kapatılması nedeniyle herhangi bir faaliyetinin kalmadığı, vakfın gayesi ile ilgili olarak hiçbir harcama yapılmadığı açıkça ortaya konulmuştur. Zaten bu durum, vakfın amacını gerçekleştirmek için binanın şart olmadığı ve öğrencilere burs
adı altında yardım yapıldığı yönündeki davacı savlarında da anlaşılmakta olup, bu noktada taraflar arasında çekişme bulunmamaktadır. Bu itibarla hayri hizmetiyle ilgili olarak faaliyeti kalmadığı açık bulunan vakfın, 2762 sayılı Yasa'nın 1/D. maddesi uyarınca mazbut vakfa dönüştürülmesinde hukuka aykırı bir yön yoktur.

Diğer yandan, cemaat vakıfları Padişah Fermanı (Buyruk) ve İrade-i Mahsusa (Özel İzin) ile kurulmuştur. Söz konusu iradenin, cemaatlerin kuruluş zamanları itibariyle dini, ilmi ve hayri işlevlerini özgürce yerine getirmelerine olanak tanımak şeklinde anlaşılması ve bu sınırları içerisinde düşünülmesi gerekir. Padişah Fermani veya "İrade-i Mahsusa"nın genişletilmesine günümüzün geçerli hukukuna göre olanak bulunmamaktadır. Lozan Andlaşması'nın 42. maddesinde sözü edilen vakıflar ile dini ve hayri kurumların işlevlerinin değinilen sınırlar gözetilerek güvence altına alındığı kabul edilmelidir. Davacı vakfın hayri bir hizmetinin kalmadığının anlaşılması karşısında, Lozan Andlaşması'nda azınlık vakıfları için getirilen koruyucu hükümler dava konusu uyuşmazlıkta uygulanamaz. Dolayısıyla davacının bu yöndeki savı ile vakfın amacını gerçekleştirilebilmek için binanın şart olmadığı yönündeki savı yerinde değildir.

Açıklanan nedenlerle, davacının temyiz isteminin reddedilerek, usul ve hukuka uygun bulunan ısrar kararının onanması gerektiğinden, çoğunluk kararına katılmıyoruz.

GEREKÇEDE KARŞI OY

XX- Karşı oy yazısında belirtildiği üzere cemaat vakıfları mülhak vakıf niteliğinde olup, 2762 sayılı Vakıflar Yasası'nın 1. maddesinin birinci fıkrasının (D) bendinin, bu Yasa'nın yürürlüğe girdiği tarihten sonraki durumlarda da uygulanabileceği, dolayısıyla kanunen veya fiilen hayri bir hizmeti kalmamış olan vakıfların, bu arada cemaat vakıflarının mazbut vakıflar arasına alınabileceği açıktır.

Bununla birlikte, vakıflarda fiilen hayri bir hizmetin kalmadığından söz edilebilmesi için vakfın amacı ile ilgili koşulların imkansızlığı değil, vakfın malvarlığı ve gelir durumunun amacına hizmet edemeyecek duruma gelmiş olması gerekir. Dolayısıyla bir çok taşınmazı bulunduğu ve öğrencilere burs verdiği, böylece hayri hizmetini sürdürdüğü anlaşılan davacı vakfın, 1936 beyannamesinde gösterdiği "yetimhane"nin kapatılması nedeniyle fiilen hayri hizmeti kalmadığı kabul edilerek mazbut vakıflar arasına alınmasında hukuka uyarlık bulunmamaktadır. Kaldıki davacı vakfın sözü edilen yetimhanenin eski eser özelliğine sahip olması ve yangın tehlikesi nedeniyle boşaltılmasından sonrada yetimhanenin başka bir yerde faaliyetine devam ettiği gibi, diğer yandan daha sonra bu yetimhanenin de kapanmasına ve bu durumun davalı idarece bilinmesine karşın vakfın faaliyetine devam ettiği de görülmektedir.

Açıklanan nedenlerle, davacının temyiz isteminin kabulüyle, temyize konu ısrar kararının bu gerekçeyle bozulması gerektiğinden, çoğunluk kararına katılmıyorum.

T.C.
D A N I Ş T A Y
İdari Dava Daireleri Kurulu
Esas No: 2006/1219
Karar No: 2008/2216

Özeti : (Mülga) 743 sayılı Medeni Yasa'nın yürürlüğe girdiği tarihten sonra cemaat vakfı kurulamayacağı, niteliği itibariyle bir tasfiye düzenlemesi olan (Mülga) 2762 sayılı Vakıflar Yasası'nın, Medeni Yasa'nın yürürlüğe girmesinden önce vücud bulmuş ve 2762 sayılı Yasa'nın geçici maddesi uyarınca beyanname vermiş cemaat vakıflarını kapsadığı; cemaat vakfının hayratı olarak gösterilen "kilise"nin cemaat vakfı tüzel kişisi olarak nitelendirilemeyeceği hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan (Davalılar) : 1- Başbakanlık
2- Vakıflar Genel Müdürlüğü
Vekili :Av. ...
Karşı Taraf (Davacı) : Büyükdere Surp Boğos Ermeni Kilisesi Vakfı
Vekili : Av. ..., Av. ...
İstemin Özeti :Danıştay Onuncu Dairesi'nin 15.11.2005 günlü, E:2003/2271, K:2005/6745 sayılı kararının temyizen incelenerek bozulması, davalı idareler tarafından istenilmektedir.

Savunmanın Özeti : Danıştay Onuncu Dairesi'nce 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 Yalçın Macar'ın Düşüncesi: Temyiz isteminin reddi ile Daire kararının onanması gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı Nevzat Özgür'ün Düşüncesi : 19.6.1926 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanan 864 sayılı Kanunu Medeninin Sureti Mer'iyet ve Şekli Tatbiki Hakkında Kanun'un 8. maddesinde Kanunu Medeni'nin yürürlüğe girişinden önce vücuda getirilen vakıflar hakkında ayrıca bir tatbikat kanunu yayınlanacağı, Kanunu Medeni'nin yürürlüğe girişinden sonra vücuda getirilecek tesislerin Kanunu Medeni hükümlerine tabi olacağı kurala bağlanmış, anılan Yasa'da belirtilen tatbikat kanunu olarak 13.12.1935 tarihinde yürürlüğe giren 2762 sayılı Vakıflar Kanunu'nun "Amaç" başlıklı 1. maddesinin birinci fıkrasında "4 Birinci Teşrin 1926 tarihinden önce vücud bulmuş vakıflardan" ibaresine yer verildikten sonra, mazbut ve mülhak vakıflara ilişkin hükümlere yer verilmiş, cemaatlerce idare olunan vakıfların mülhak vakıf olduğu belirtilmiş, bu maddeyi değiştiren ve 1949 yılında yürürlüğe giren 5404 sayılı Kanun ise o tarihe kadar mülhak vakıf olarak nitelenen cemaat vakıflarını ayrı bir vakıf türü olarak belirlemiş, "cemaatlere ve esrafa mahsus vakıflar bunlar tarafından seçilen kişi veya kurullarca yönetilir." kuralını getirmiştir. Böylece Kanunu Medeni öncesi vakıflar mazbut, mülhak ve cemaat vakıfları olarak üç grup halinde düzenlenmiştir.

Aktarılan Yasa hükümlerine göre, Türk Kanunu Medenisinin yürürlüğe girdiği 4.10.1926 tarihinden sonra gerek mazbut ve mülhak vakıf ve gerekse cemaat vakfı kurulamayacağı, bu tarihten itibaren ancak Kanunu Medeni hükümlerine tabi olarak tesis adı verilen vakıf niteliğinde kuruluşların vücuda getirilebileceği, niteliği bakımından bir tasfiye yasası olan 2762 sayılı Vakıflar Kanunu'nun 4 Birinci Teşrin 1926 tarihinden, yani Kanunu Medeni'nin yürürlük tarihinden önce vücud bulmuş vakıflar hakkındaki uygulamaları düzenlediği, anılan Yasa'nın bu tarihten sonra vücud bulan hiç bir vakıf hakkında uygulanmasının söz konusu olamayacağı açıktır.

Bu itibarla, 2762 sayılı Vakıflar Kanunu'nun 1. maddesine 2002 ve 2003 yıllarında 4771 ve 4778 sayılı Yasalar ile eklenen fıkraların da bu bakış açısıyla değerlendirilmesi gerektiğinden, sözü edilen yasalarla getirilen yeni hükümlerin Kanunu Medeni'nin yürürlüğe girdiği 4 Birinci Teşrin 1926 tarihinden önce vücud bulmuş cemaat vakıfları hakkında uygulanabileceği konusunda duraksamaya yer yoktur.

Öte yandan, Lozan Andlaşması'nın 39. maddesinde müslüman olmayan azınlıklara mensup Türk uyruklarının müslümanların yararlandıkları aynı medeni haklardan yararlanacakları, Türkiye'de oturan herkesin din ayrımı gözetilmeksizin kanun önünde eşit olacağı, 40. maddesinde müslüman olmayan azınlıklara mensup Türk uyruklarının öteki Türk uyruklarıyla aynı işlemlerden ve aynı güvencelerden yararlanacakları, özellikle her türlü hayır kurumlarıyla, dinsel ve sosyal kurumlar, her türlü okullar ve buna benzer öğretim ve eğitim kurumları kurmak, yönetmek, denetlemek ve buralarda kendi dillerini serbestçe kullanmak ve dinsel ayinlerini serbestçe yapmak konularında "eşit" hakka sahip olacakları, 42. maddesinde Türk Hükümeti'nin müslüman olmayan azınlıkların Türkiye'deki vakıflarına her türlü kolaylıklar ve izinler sağlayacağı ve Türk Hükümeti'nin yeniden din ve hayır kurumları kurulması için, bu nitelikteki "öteki" özel kurumlara sağlanmış gerekli kolaylıklardan hiç birini esirgemeyeceği, 43. maddesinin ikinci fıkrasında ise bu maddenin birinci fıkrası hükmünün müslüman olmayan azınlıklara mensup Türk uyruklarının, kamu düzeninin korunması için "öteki" Türk uyruklarına yükletilen yükümler dışında tutulacağı anlamına gelmeyeceği belirtilmekte olup, bu Andlaşma'da yer alan söz konusu hükümlerin, müslüman olmayan Türk uyrukları ile diğer Türk uyruklarının eşit haklara sahip olmalarına, müslüman olmayan azınlıkların vakıflarına kolaylıklar ve izinler sağlanmasına ve yeniden din ve hayır kurumları kurulması hususunda bu nitelikteki öteki özel kurumlara sağlanmış olan kolaylıkların sözü edilen azınlıklara da sağlanmasına ve ayrıca bu azınlıkların kamu düzeninin korunması için öteki Türk uyruklarına yükletilen yükümler dışında tutulamayacağına ilişkin olduğu ve bu niteliği itibariyle azınlıkların farklı bir statüye sahip olmalarını değil, öteki Türk uyruklarıyla aynı haklara sahip olmalarını ve aynı yükümlülüklere tabi tutulmalarını öngördüğü açıktır.

Bu itibarla, Lozan Andlaşması'nın belirtilen hükümleri uyarınca müslüman olmayan azınlıkların Türk Kanunu Medenisine tabi olmayan yeni cemaat vakıfları kurabilecekleri

yönündeki iddiada isabet bulunmamaktadır. Zira Lozan Andlaşmasında böyle bir hakka yer verilmiş değildir.

Öte yandan, Türk Kanunu Medenisi ile gerek müslüman olmayan Türk uyruklarının ve gerekse öteki Türk uyruklarının bu Kanun hükümlerine tabi olmak kaydıyla yeni vakıf kurmaları engellenmemiş, bu konuda aralarında ayrıma yer verilmemiştir.

Başka bir anlatımla, müslüman olmayan Türk uyrukları Kanunu Medeni'nin yürürlük tarihinden itibaren bu Kanuna tabi yeni vakıflar kurabilirler ise de bu tarihten itibaren cemaat vakfı niteliğinde vakıf kuramayacakları kuşkusuzdur.

Esasen, cemaat vakfı kavramına Kanunu Medenide yer verilmemesi, tasfiye amaçlı bir yasa olan 2762 sayılı Vakıflar Kanunu'nda bu kavrama yer verilmesi de Kanunu Medeni'nin yürürlüğünden önce vücud bulmuş mazbut ve mülhak vakıflar ile cemaat vakıflarının hukuki varlıklarını Kanunu Medeni hükümlerine değil, 2762 sayılı Kanun hükümlerine göre özel bir statü içinde devam ettirmeleri gerektiğini göstermektedir.

Bu nedenle, Medeni Kanuna göre kurulan vakıflar ile cemaat vakıfları arasında Lozan Andlaşması'nda öngörülen eşitlik kıyaslaması yapılması mümkün değildir.

Nitekim, Medeni Kanun hükümleri cemaat vakıflarına olduğu kadar mazbut ve mülhak vakıflara da uygulanmamakta,dolayısıyla aralarında yasa önünde eşitlik kuralını ihlal eden bir ayrıma yer verilmemektedir. Bu nedenle Lozan Andlaşması'nda öngörülen eşitlik ilkesinin ihlal edildiğine ilişkin iddialar geçerli görülmemiştir.

Belirtilen bu hukuki duruma göre, bir vakfın 2762 sayılı Kanunda öngörülen cemaat vakfı statüsünde kabul edilebilmesi için Kanunu Medeni'nin yürürlüğe girdiği 4.10.1926 tarihinden önce vücud bulmuş olması gerektiği konusunda duraksamaya yer yoktur.

Vakıflar eski ve yeni vakıf hukukunda vakfiye ile kurulup mahkeme kararıyla tescil edildikleri halde cemaat vakıflarının diğer vakıflarda olduğu gibi vakfedeni ve vakıf senedi (vakfiyesi) bulunmamaktadır. Bilinen anlamda vakıf stasüsünde olmayan bu kurumların hemen tümü kanun hükmünde sayılan padişah fermanlarıyla kurulmuşlardır. Çünkü, Osmanlı Devletinde gayrimüslimlerin kurmak istedikleri kilise, manastır, mezarlık gibi dini yerlerin kendilerine tahsis edilmesi ve gayrimenkullere sahip olabilmeleri ancak padişahın böyle bir eylemi uygun görmesi ve taşınmazı bu tür amaçlara tahsis etmesiyle mümkün olabilmekteydi. Bu gün için ise cemaat vakıflarının 2762 sayılı Vakıflar Kanunu gereğince 1936 yılında verdikleri beyannamelerin vakfiye yerine geçtiği kabul edilmektedir. (Prof.Dr. Ata Sakmar, Cemaat Vakıflarıyla İlgili Hukuki Düzenlemeler Cumhuriyetin 80. yılında Uluslararası Vakıf Sempozyumu Kitabı, sh.113)

2762 sayılı Vakıflar Kanunu'nun 44. maddesinde "Bu Kanunun neşri tarihinden en az onbeş yıl evvelinden beri vakıf olarak tasarruf edildikleri vergi kayıtları, icar konturatları ve eşhası hükmiyenin gayrimenkule tasarruflarına dair olan 16 Şubat 1328 tarihli Kanunun neşrinden sonra tapuya verilmiş defterler ve müesseselerin hesap defterleri ve buna benzer vesikalarla anlaşılacak olan yerler o suretle vakıf kütüğüne kaydolunurlar" kuralına yer verilmiş, muvakkat maddesinde de mütevellilerin bu Kanunun yürümeğe başladığı günden itibaren üç ay içinde idare ettikleri vakıfların mahiyetlerini ve madde devamında belirtilen diğer hususları gösterir bir beyanname düzenleyerek vakıflar dairesine vermeye mecbur oldukları, bu beyannameyi vermiş olan mütevellilere bir makbuz ilmuhaberi verileceği, bu ilmuhaberi hamil olan kimselerin bu Kanun dairesinde vakıflarının idaresine devam edecekleri ve bu müddet içinde beyanname vermemiş olanların vakıflarında tasarruf edemeyecekleri, bu gecikme haklı bir sebebe müstenit değilse veya verdikleri beyanname hakikate uygun bulunmazsa mütevellilikten derhal azlolunacakları, beyannamelerin altı ay içinde tetkik ve tasdikinin mecburi olduğu ve bu beyannamelerin muhtevasının vesika ve teamüllere müstenit olması ve bu vesika ve teamüllerin bu Kanunun neşrinden evvel mevcut ve mer'i bulunmasının şart olduğu belirtilmiştir.

Aktarılan bu Yasa hükümlerine göre cemaat vakıflarını idare edenlerin 2762 sayılı Kanunun yürürlüğe girdiği 13.12.1935 tarihinden itibaren üç ay içinde belgelere ve

teamüllere dayalı olarak düzenleyecekleri beyannameleri vakıflar idaresine vermek zorunda oldukları, bu beyannamelerin altı ay içinde vakıflar idaresince incelenerek uygun bulunması halinde onaylanması gerektiği ve verdikleri beyannameler onanmış bulunan cemaat vakıflarının Yasa'da öngörülen cemaat vakfı statüsünde faaliyetlerine devam edebilecekleri, bu süre içinde beyanname vermemiş olan mütevellilerin ancak haklı bir sebebe dayalı olarak beyanname veremediklerinin anlaşılması halinde mütevelliliğe devam edebilecekleri, aksi halde vakıflar idaresince derhal mütevellilikten azlolunacakları açıktır.

Öte yandan, 4.10.1926 tarihinden önce vücud bulmadığı için 2762 sayılı Yasa'ya göre cemaat vakfı sayılmasına olanak bulunmayan kuruluşlar hakkında kimi idari makamlarca cemaat vakıflarına ilişkin mevzuat hükümlerinin zaman içerisinde uygulanmış olmasının bu kuruluşlara cemaat vakfı statüsü kazandıramayacağı kuşkusuzdur. Zira, anılan Yasa uyarınca cemaat vakfı sayılmanın ön koşulu 4.10.1926 tarihinden önce vücud bulmak olduğundan, bu tarihten önce vücud bulduğunu kanıtlayamayan hiç bir kuruluşun cemaat vakfı statüsünden yararlanması mümkün değildir ve bu hukuki duruma karşın bazı makam ve merciler tarafından açıkça hatalı olarak bu tür kuruluşlar hakkında cemaat vakıflarına ilişkin hükümlerin uygulanmış olmasının bu kuruluşlara kazanılmış hak sağlamayacağı kuşkusuzdur.

Dosyanın incelenmesinden, 10.3.1936 tarihinde Apel oğlu Andon Vakfı mütevellisi tarafından 2762 sayılı Vakıflar Kanunu'nun muvakkat maddesi uyarınca verilen beyannamede davacının,1 Şubat 1858 tarihli beyannamesi ve evkaf muhasebesinde müseccel 10 Sefer 1275 tarihli vakıfnamesi mevcut olan Apel oğlu Andon Vakfının hayratı durumunda olduğunun belirtildiği,idareye davacı adına verilmiş başkaca bir beyannamenin bulunmadığı ve davacının 4.10.1926 tarihinden önce bağımsız bir cemaat vakfı olarak vücud bulduğunu kanıtlayan belge sunulamadığı anlaşılmaktadır.

Bu itibarla, Kanunu Medeni'nin yürürlük tarihi itibariyle cemaat vakfı olarak vücud bulmadığı sabit olan davacıya cemaat vakıflarını gösteren listede yer verilmemesine ilişkin düzenlemede hukuka aykırılık bulunmadığından, bir kısım taşınmazın 4771 sayılı Kanun uyarınca vakıf adına tescil edilmesine ilişkin başvurunun reddine dair bireysel işlemde de hukuka aykırılık görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle Daire kararının bozulmasının uygun olacağı düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu'nca, dosyanın tekemmül etmiş olması nedeniyle davalı idarelerden Vakıflar Genel Müdürlüğü'nün yürütmenin durdurulması istemi görüşülmeksizin ve 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Yasası'nın 17. maddesi uyarınca davacının duruşma istemi kabul edilmeyerek, dosya incelendi, gereği görüşüldü:

Dava, 24.1.2003 günlü ve 25003 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan "Cemaat Vakıflarının Taşınmaz Mal Edinmeleri, Bunlar Üzerinde Tasarrufta Bulunmaları ve Tasarrufları Altında Bulunan Taşınmaz Malların Bu Vakıflar Adına Tescil Edilmesi Hakkında Yönetmelik" ekindeki "Faaliyette Bulunan Cemaat Vakıfları" başlıklı listede davacı vakfa yer verilmemesi işlemi ile davacının tasarrufunda olduğunu öne sürdüğü taşınmazların tescili için yaptığı başvurunun "kilisenin tek başına vakıf tüzel kişiliği olmadığı" gerekçesiyle reddine ilişkin işlemin iptali istemiyle açılmıştır.

Danıştay Onuncu Dairesi'nin 15.11.2005 günlü, E:2003/2271, K:2005/6745 sayılı kararıyla; davalı idarece Büyükdere Surp Boğos Ermeni Kilisesi Vakfı adıyla muhatap alınan davacının 2762 sayılı Vakıflar Yasası'nın geçici maddesi uyarınca ,Apel oğlu Andon Vakfı tarafından verilen beyannamede Büyükdere Surp Boğos Ermeni Kilisesi olarak yer aldığı, bu beyanname verildikten sonra cemaat vakfı olarak yönetildiği,1949 yılından sonra yöneticilerinin 5404 sayılı Yasa çerçevesinde Vakıflar Genel Müdürlüğü ve İstanbul Valiliği'nin gözetiminde seçildiği, tapuda davacı vakıf adına taşınmaz tescil edildiği, mahkemelerde açtığı davalarda vakıf tüzel kişisi olarak kabul edildiği, ayrıca Apel Oğlu Andon Vakfı

beyannamesinde ismi kilise olarak yer alan Büyükdere Surp Boğos Ermeni Kilisesi Vakfının, Vakıflar Genel Müdürlüğü İdare Meclisi'nin 2.12.1968 günlü 474-454 sayılı kararıyla Apel Oğlu Andon Vakfı beyannamesinde adı geçen vakıfların mazbut vakıflar arasına alınması üzerine bu işlemin iptali istemiyle Danıştay'da dava açtığı, Danıştay Onikinci Dairesi'nin işlemi hukuka aykırı bularak iptal ettiği, böylece Danıştay Onikinci Dairesi'nin 22.6.1970 günlü, E:1969/2347,K:1970/1361 sayılı kararıyla Apel Oğlu Andon Vakfı beyannamesinde adı geçen Büyükdere Surp Boğos Ermeni Kilisesinin cemaat vakfı olarak kabul edildiği, bu durumda, yıllarca cemaat vakfı olarak faaliyetini sürdüren, mahkemelerde ehliyetli kabul edilerek davacı konumunda bulunan, edinmiş olduğu taşınmazlar adına tapuya tescil edilen ve davalı Vakıflar Genel Müdürlüğü ve Valilik tarafından cemaat vakfı olarak kabul edilip, yıllarca mensuplarınca seçilen heyet tarafından idare edilmesine izin verildiği anlaşılan davacı vakfın müstakil bir vakıf olarak kabul edilmesi ve Yönetmelik eki listede adına bu şekilde yer verilmesi gerekirken, Apel Oğlu Andon Vakfının hayratı olduğundan bahisle, müstakil bir vakıf olmadığı sonucuna varılarak Yönetmelik eki listede hayrat olarak gösterilmesinde hukuka uyarlık bulunmadığı, gerekçesiyle, davacıya "Faaliyette Bulunan Cemaat Vakıfları" başlıklı listede yer verilmemesi biçimindeki eksik düzenleme ve tasarrufunda olduğu ileri sürdüğü taşınmazların tescili için yaptığı başvurunun reddine ilişkin işlem iptal edilmiştir.

Davalı idareler, hukuka aykırı olduğu savıyla anılan kararın temyizen incelenerek bozulmasını istemektedir.

"Vakıf" en genel anlamıyla, bir mal veya mülkün, satılmamak koşuluyla, bir hayır işine tahsis edilmesini; başka bir ifadeyle, bir mülkün menfaatlerinin hayri, sosyal veya kültürel hizmetlere özgülenmesini, böylece özel mülkiyetten çıkarılarak kamunun mülkiyetine geçirilmesini ifade eder. Bu yönüyle kişi ile toplum arasındaki sosyal ilişkileri düzenleyen bir sosyal yardım kurumu niteliğindeki vakıflara, tarihte ne kadar geriye gidilirse gidilsin, yerleşik düzene geçmiş insan topluluklarında, tüm uygarlıklarda ve dinlerde rastlanması olanaklı ise de, vakıf kurumu, vakfı "bir aynı Allah'ın mülkü hükmünde olmak ve menfaatleri halka ait olmak üzere hapis ve tevkif etmek" olarak tanımlayan İslam Hukuku içinde gelişmiştir. Nitekim Osmanlı İmparatorluğu döneminde, müslüman olmayanların dahi İslam Hukuku'na göre vakıf kurma haklarının bulunduğu, bu çerçevede sözü edilenlerin vakfiye düzenleyerek ve mahkemeye başvurup tescil ettirdikleri vakıfların olduğu bilinmektedir. Bununla birlikte aynı dönemde, müslüman olmayanlar bu şekilde vakıf kurmak yerine, kendi inanç ve geleneklerinden hareketle, kendi cemaatlerinin manevi şahsiyetine "yükümlü bağışlama" yapmayı benimsemişler; Padişah Fermanı (Buyruk) ve İrade-i Mahsusa (Özel İzin) ile bu cemaatlerin kilise, manastır, okul , hastane, papaz evi, mezarlık, sinagog kurarak dini, ilmi ve hayri hizmetlerde bulunmalarına olarak tanınmıştır. Hatta, 16 Şubat 1328 (1912) günlü, "Eşhası Hükmiyenin Emval-i Gayrimenkuleye Tasarruflarına Dair Kanun-u Muvakkat"ın 3. maddesiyle, "Osmanlı cemaat ve müessesat-ı hayriyesi akar almak ve tekalüf (vergi) ve rüsuma (harca) tabi bulunmak üzere, ancak kasaba ve kariyeler dahilinde emvali gayrimenkule tasarruf edebilirler. Şu kadar ki müessesat-ı hayriyeden birine min'el kadim (eskiden beri) merbut olup da, merbutiyeti Defter-i Hakani'de mukayyet bulunan arazi kemakan (önceden olduğu gibi) tasarruf edilir." hükmü getirilerek, cemaatlerin kendi dini, ilmi ve hayri kuruluşların doğrudan doğruya mal edinmesine olanak tanındığı gibi, bundan önce muvazaa ile edindikleri taşınmaz malların tapu kayıtlarını da kendi adlarına tashih etme hakkına sahip olmuşlardır.

24 Temmuz 1923 tarihinde imzalanan Lozan Andlaşması'nın "Akalliyetlerin Himayesi" başlıklı Üçüncü Faslında yer alan 37-45. maddelerinde, azınlık olarak nitelendirilen "gayrimüslim Türk tebaa"nın kimi bireysel haklarının yanı sıra kollektif/grup haklarının korunması da düzenlenmiş; bu çerçevede Andlaşma'nın 37. maddesiyle, Türkiye, bu fasılda yer alan hükümlerin temel yasalar olarak tanınmasını ve hiç bir yasanın, hiç bir yönetmeliğin, tüzüğün ve resmi işlemin bu hükümlere aykırı ya da çelişir olmamasını ve hiç bir yasanın, hiç bir yönetmeliğin, tüzüğün ve resmi işlemin bu hükümlerden üstün sayılmamasını

yükümlenerek; Andlaşma'nın 39. maddesinin birinci fıkrasında müslüman olmayan azınlıklara mensup Türk yurttaşlarının müslümanların yararlandıkları aynı yurttaşlık haklarıyla siyasal haklardan yararlanacağı, Andlaşma'nın 42. maddesinin son fıkrasında ise, Türkiye Hükümeti'nin, söz konusu azınlıklara ait kiliselere, havralara, mezarlıklara ve öteki din kurumlarına tam bir koruma sağlayacağı, bu azınlıkların Türkiye'deki vakıflarına, din ve hayır işleri kurumlarına her türlü kolaylığı ve izni sağlayacağı, ayrıca Türkiye Hükümeti'nin yeniden din ve hayır kurumları kurulması için bu nitelikteki öteki özel kurumlara sağlanmış kolaylıklardan hiç birini esirgemeyeceği belirtilmiş; böylece azınlıkların farklı bir statüye sahip olmaları değil, diğer Türk yurttaşlarıyla aynı haklara ve yükümlülüklere sahip olmaları esası benimsenmiştir.

Bu çerçevede, 17.2.1926 günlü, 743 sayılı "Türk Kanunu Medenisi"nin 74. maddesiyle belli bir ırk veya cemaat mensuplarını desteklemek gayesiyle vakıf kurulması yasaklanmış, diğer yandan bu Yasa'nın yürürlüğe girdiği 4.10.1926 tarihinden önce kurulmuş eski vakıflar, bu arada cemaat vakıfları Medeni Yasa'ya tabi tutulmamış; bunun yerine 19.6.1926 günlü, 864 sayılı "Kanunu Medeninin Sureti Mer'iyet ve Şekli Tatbiki Hakkında Kanun"un 8. maddesinde, Medeni Yasa'nın yürürlüğe girmesinden önce kurulan vakıflar hakkında ayrı bir yasal düzenleme yapılacağı belirtilmiş; sözü edilen düzenleme ise 5.6.1935 günlü, 2762 sayılı Vakıflar Yasası'yla gerçekleştirilmiştir. Bu Yasa'yla, Türk Medeni Yasası'nın yürürlüğe girdiği 4.10.1926 tarihinden önce, eski hukuka göre kurulan vakıflar hakkında, bunların varlıklarına ve vakfiyelerine zorunlu durumlar dışında dokunmadan, yeni usul ve esaslar getirilmiştir.

Sözü edilen 2762 sayılı Vakıflar Yasası'yla, yukarıda değinilen tarihsel ve hukuksal süreçte gelişen ve Lozan Andlaşması'yla varlıkları tanınan, Türk uyruklu azınlıklara/cemaatlere ait dini, ilmi, hayri kurumlar ve vakıflara "mülhak vakıf" tüzel kişiliği tanınmış; 2762 sayılı Vakıflar Yasası'nın 44. maddesinde, "Bu Kanun'un neşri tarihinden en az onbeş yıl evvelinden beri vakıf olarak tasarruf edildikleri vergi kayıtları, icar konturatları ve eşhası hükmiyenin gayrimenkule tasarrufuna dair olan 16 Şubat 1328 tarihli Kanun'un neşrinden sonra tapuya verilmiş defterler ve müesseselerin hesap defterleri ve buna benzer vesikalarla anlaşılacak olan yerler o surette vakıf kütüğüne kaydolunurlar. Bu kayıt vakıflar idaresinin istemesi üzerine tapuca o gayrimenkullerin kayıtlarına işaret ve keyfiyet münasip vasıtalarla ilan olunur. İlan tarihinden itibaren iki yıl içinde dava yolu ile bir güna itiraz olunmadığı takdirde o malların vakıf olarak kati tescilleri yapılır ve tapuları verilir. Tapu kayıtlarına işaret edilecek gayrimenkullere ait davalarda vakıflar idaresi ve varsa mütevelli de birlikte hasım olur. Bundan başka, vakıflar idaresinin 1515 sayılı Kanun hükümlerinden istifade hakkı mahfuzdur." hükmüne yer verilmiş; aynı Yasa'nın geçici 1. maddesinin (a) fıkrasıyla da, "Şimdiye kadar vakıflar idaresine hesap vermemiş bütün mütevelliler veya mütevelli heyetleri bu Kanunun hükümleri yürümeye başladığı günden -13.12.1935- itibaren üç ay içinde idare ettikleri vakıfların mahiyetlerini, varidat ve masraflarının miktar ve nevilerinin ve mütevelliliği hangi selahiyetli merciin intihap veya kararını müsteniden ve hangi tarihten beri yaptıklarını gösterir bir beyanname tazminine ve mensup oldukları vakıflar idaresine vermeye" zorunlu tutulmuşlar; böylece azınlık/cemaat vakıflarının taşınmaz malları, 2762 sayılı Yasa'nın 44. maddesi uyarınca, 16.2.1328 günlü, "Eşhası Hükmiyenin Emvali Gayrimenkuleye Tasarruflarına Dair Muvakkat Kanun" gereğince yapılan bildirimlerle ve 2762 sayılı Yasa'nın geçici 1. maddesi uyarınca verilen beyannamelere dayanılarak vakıf kütüğüne kaydedilmiş; Yasa'nın geçici maddesi uyarınca verilen ve kamuoyunda "1936 Beyannamesi" olarak adlandırılan beyannameler cemaat vakfının vakfiyesi olarak kabul edilmiştir.

Yapılan bu açıklamalar çerçevesinde, Medeni Yasa'nın yürürlüğe girdiği tarihten sonra cemaat vakfı kurulamayacağı, niteliği itibariyle bir tasfiye yasası olan 2762 sayılı Vakıflar Yasası'nın da Medeni Yasa'nın yürürlüğünden önce vücut bulmuş cemaat

vakıflarından, Medeni Yasa'nın yürürlüğe girmesinden önce vücut bulmuş ve 2762 sayılı Yasa'nın geçici maddesi uyarınca beyanname düzenlenmiş olanları kapsadığı anlaşılmaktadır.

Öte yandan Yargıtay 1. Hukuk Dairesi'nin 25.9.2001 günlü, E:2001/7572, K:2001/9660 sayılı kararında da belirtildiği üzere, "cemaat vakıflarının padişah fermanı olarak emri mahsusa ile kuruldukları, vakfıyelerinin bulunmadığı, gerek öğretide, gerek yargısal uygulamada ortaklaşa ifade edilmiştir. Anılan vakıf türlerinin (cemaat vakıflarının) iki yoldan geliştiği, ilk olarak bağımsız bir vakıf kurulduğu, daha sonra da kurulmuş bulunan ana vakfa mal tahsis edildiği, böylece ana vakfın mal varlığının çoğaltıldığı bilinen bir olgudur. Genellikle İstanbul'un belli semtlerinde ana vakıf niteliğinde büyük bir hayri ya da dini vakıf kurulmuş; o semtlerde aynı cemaat hizmetlerinin görülmesine tahsis edilen diğer kurumlarda ana vakfın tüzel kişiliğine bağlanmıştır. Örneğin, bir semtte sinagog ya da kilise mevcutsa, sonradan aynı semte tesis edilen diğer sinagog ya da kiliseler ana sinagog ya da kiliseye "merbutatı" olarak bağlanmışlardır. Böylece sinagoglar ve kiliseler, ayrıca bunlara gelir sağlayan akarlar, o semtteki tek bir cemaat vakfı tüzel kişiliğinin mal varlığını teşkil etmişlerdir."

Dava konusu uyuşmazlıkta ise, yukarıda yapılan açıklamaya uygun olarak Apel Oğlu Andon Vakfı'nın mütevellisi tarafından 2762 sayılı Yasa'nın geçici maddesi uyarınca verilen beyannamede, davacının bu vakfın hayratından "kilise" olarak gösterildiği; davacının ayrı bir cemaat vakfı tüzel kişisi olarak nitelendirilmesine dayanak olacak başkaca bir beyannamenin, bilginin ve belgenin de bulunmadığı anlaşılmakta olup, bu durumda davacıya Yönetmelik ekindeki "Faaliyette Bulunan Cemaat Vakıfları Listesi"nde yer verilmemesinde ve tasarrufunda olduğunu öne sürdüğü taşınmazların tescili için yaptığı başvurunun "kilisenin tek başına vakıf tüzel kişiliği olmadığı" belirtilerek reddedilmesinde hukuka ve yasaya aykırılık bulunmamaktadır.

Diğer yandan, Medeni Yasa'nın yürürlük tarihinden önce vücud bulmadığı ve 2762 sayılı Yasa'nın geçici maddesi uyarınca verilen beyannamasi de bulunmadığına göre cemaat vakfı sayılmasına olanak bulunmayan davacı hakkında cemaat vakıflarına ilişkin mevzuat hükümlerinin zaman içerisinde uygulanmış olmasının davacıya cemaat vakfı statüsünü, dolayısıyla vakıf tüzel kişiliğini kazandıramayacağı kuşkusuzdur.

Açıklanan nedenlerle, davalı idarelerin temyiz istemlerinin kabulüne, Danıştay Onuncu Dairesi'nin 15.11.2005 günlü, E:2003/2271, K:2005/6745 sayılı kararının BOZULMASINA, dosyanın yeniden bir karar verilmek üzere anılan Daire'ye gönderilmesine, 4.12.2008 gününde oyçokluğuyla karar verildi.

KARŞI OY

X- Temyiz edilen kararla ilgili dosyanın incelenmesinden; Danıştay Onuncu Dairesi'nce verilen kararın usul ve hukuka uygun bulunduğu, dilekçelerde ileri sürülen temyiz nedenlerinin kararın bozulmasını gerektirecek nitelikte olmadığı anlaşıldığından, davalı idarelerin temyiz istemlerinin reddiyle, Daire kararının onanması gerektiği oyuyla, karara katılmıyoruz.

T.C.
D A N I Ş T A Y
İdari Dava Daireleri
Kurulu
Esas No:2005/400
Karar No:2008/1801

Özeti : Kapalı alan oluşturmayacak şekilde, etrafı bütünüyle açık olarak güneş ve yağmurdan korunmak amacıyla yapılan ve taşıyıcı unsuru etkilemeyen pergolenin, imar kanunu uyarınca ruhsata tabi "yapı" tanımı kapsamında bulunmaması nedeniyle, ruhsata tabi olmadığı hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan (Davacı) : …
Vekili **:** Av. …
Karşı Taraf (Davalı) **:** Alaçatı Belediye Başkanlığı
Vekili **:** Av. …
İstemin Özeti **:** İzmir 1.İdare Mahkemesinin 13.10.2004 günlü, E:2004/1411, K:2004/1085 sayılı ısrar kararının temyizen incelenerek bozulması davacı tarafından istenilmektedir.
Savunmanın Özeti **:** Savunma verilmemiştir.
Danıştay Tetkik Hakimi Aylin Bayram'ın Düşüncesi : Uyuşmazlığa konu pergole inşaatının İmar Kanunu kapsamında ruhsat almayı gerektiren yapı niteliğinde olup olmadığının tespiti için yerinde keşif ve bilirkişi incelemesi yaptırılarak sonucuna göre karar verilmek üzere İdare Mahkemesinin ısrar kararının bozulması gerektiği düşünülmektedir.
Danıştay Savcısı M. İclal Kutucu'nun Düşüncesi : Ruhsatsız olarak yapılan açık beton pergolenin 3194 sayılı Yasanın 32.maddesi uyarınca yıktırılmasına ve aynı Yasanın 42.maddesi uyarınca para cezası verilmesine ilişkin davalı idare işleminin iptali istemiyle açılan davayı reddeden E:2001/1979, K:2002/385 sayılı İdare Mahkemesi kararını temyizen inceleyerek bozan Danıştay 6.Dairesinin 6.4.2004 günlü E:2002/6526 K:2004/1978 sayılı kararına uymayarak 25.4.2002 günlü 385 sayılı Kararda ısrar ederek davayı reddeden 13.10.2004 günlü E:2004/411, K:2004/1085 sayılı İzmir 1.İdare Mahkemesi kararı davacı tarafından temyiz edilmiştir.

Temyiz dosyasının incelenmesinden dava konusu pergolenin açık ve kapalı kullanım alanı oluşturmadığı dolayısıyla 3194 sayılı Yasanın 5.maddesinde kurala bağlanan yapı tanımı niteliğini taşımadığı anlaşıldığından temyiz isteminin kabulü ile davanın reddine ilişkin idare mahkemesi kararının bozulması gerekeceği düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulunca gereği görüşüldü:

Dava, İzmir, Çeşme, Alaçatı, … Yalısı Mevkiindeki, … pafta, … ada, … parsel taşınmaz üzerine ruhsatsız olarak yapılan açık beton pergolenin 3194 sayılı Yasanın 32.maddesi uyarınca yıktırılmasına ve aynı Yasanın 42.maddesi uyarınca para cezası verilmesine ilişkin 1.8.2001 günlü, 221 sayılı belediye encümeni kararının iptali istemiyle açılmıştır.

İzmir 1. İdare Mahkemesi 25.4.2002 günlü, E:2001/979, K:2002/385 sayılı kararıyla; dosyanın incelenmesinden, 30.5.2001 günlü tutanakla tespit edilerek mühürlenen,

2.50x15 metre ebatlı beton kolon dikilerek yapılan pergolenin ruhsata tabi bir inşaat niteliği taşıdığı, ruhsatsız yapıldığı ve mühürleme tarihinden itibaren süresi içinde ruhsata bağlanmadığı anlaşıldığından, yıktırılmasına ve yasal sınırlar içinde imar para cezası verilmesine ilişkin işlemde mevzuata aykırılık görülmediği gerekçesiyle davanın reddine karar vermiştir.

Bu karar, temyiz incelemesi sonucunda, Danıştay Altıncı Dairesinin 6.4.2004 günlü, E:2002/6526, K:2004/1978 sayılı kararıyla; dosyanın incelenmesinden etrafı bütünüyle açık pergolenin kapalı alan oluşturmadığının anlaşıldığı, bu durumda, çevresi bütünüyle açık ve kapalı kullanım alanı oluşturmayan ve 3194 sayılı Yasanın 5.maddesindeki "yapı" tanımı kapsamında olmayan pergole nitelikli imalat ruhsata tabi olmadığından, dava konusu işlemde mevzuata uyarlık bulunmadığı gerekçesiyle bozulmuş ise de, İdare Mahkemesince bozma kararına uyulmayarak, Yasa'da, "Yapı'nın tanımı yapılırken, "kapalı kullanım alanı" gibi bir sınırlama getirilmemiş olup, aksine karada ve suda, daimi veya geçici, yeraltı ve yerüstündeki tüm inşaatların yapı kapsamında dağerlendirildiği, Yasada üstü örtülü ve içine girebilecek nitelikte tanımlanan "bina"nın ise, bu tanımı dikkate alındığında kapalı kullanım alanı" sınırlamasının "bina" için getirildiğinin açık olduğu, yasa hükümlerinde "yapı"nın imar planı, yönetmelik, ruhsat ve eklerine uygun olarak yapılabileceği kurala bağlandığı gibi, ruhsatlı ve ruhsatsız yapılması halinde de yıkımı ve para cezasını gerektiren de "yapı" olup; tüm bu hükümlerden, sadece kapalı kullanım alanı oluşturan "bina"nın değil, tüm inşaatların imar planı ve yönetmelik hükümleri ile getirilen koşullara ve ruhsat alınmış olması halinde de ruhsat ve eki projesine uygun olarak yapılması gerektiği sonucuna ulaşıldığı, dava konusu yapı kapalı kullanım alanı oluşturmayan açık pergole ise de, mühürleme tutanağı ile saptanan özellikleri dikkate alındığında, altı adet 18 cm ebadında beton kolon dikilerek yapılan 37.5 m2 büyüklüğündeki beton yapının, ruhsat ve eklerine aykırı olduğu gibi dosyada bulunan 25.5.2000 tarihli şikayet dilekçesinden de komşu parselde yer alan yapıların görüş mesafelerinin de kapanmalarına yol açtığı, bu haliyle imar mevzuatına aykırı olduğunun belirtilmesi suretiyle davanın reddi yolundaki ilk kararında ısrar edilmiştir.

Davacı, 13.10.2004 günlü, E:2004/1411, K:2004/1085 sayılı bu ısrar kararını temyiz etmekte ve bozulmasını istemektedir.

3194 sayılı İmar Kanunu'nun 5. maddesinde yapı; karada ve suda daimi veya muvakkat, resmi ve hususi yeraltı ve yerüstü inşaatı ile bunların ilave, değişiklik ve tamirlerini içine alan sabit ve müteharrik tesisler olarak tanımlanmıştır.

Aynı kanunun 21. maddesinin 1. fıkrasında, bu Kanunun kapsamına giren bütün yapılar için 27 maddesinde belirtilen istisna dışında belediye veya valiliklerden yapı ruhsatiyesi alınmasının mecburi olduğu, 3. fıkrasında da, ancak, derz, iç ve dış sıva, boya, badana oluk, dere, doğrama, döşeme ve tavan kaplamaları, elektrik ve sıhhi tesisat tamirleri ile çatı onarımı ve kiremit aktarılması ve yönetmeliğe uygun olarak mahallin hususiyetine göre belediyelerce hazırlanacak imar yönetmeliklerinde belirtilecek taşıyıcı unsuru etkilemeyen diğer tadilatlar ve tamiratların ruhsata tabi olmadığı hükme bağlanmıştır.

3030 sayılı Kanun Kapsamı Dışında Kalan Belediyeler Tip İmar Yönetmeliğinin 63. maddesinde, basit tamir ve tadiller ile korkuluk, pergole ve benzerlerinin yapımı ile bölme duvarı, bahçe duvarı, duvar kaplamaları, baca, saçak ve benzeri elemanların tamirlerinin ruhsata tabi olmadığı belirtilmiştir.

Dosyanın incelenmesinden, davacıya ait taşınmazda 30.5.2001 tarihinde yapılan kontrolde, ruhsatsız olarak 2.50x15 m ebadında beton, açık pergole yapıldığı, pergoleye bağlı oval biçiminde altı adet 18 cm. ebadında beton kolon dikildiğinin 30.5.2001 günlü yapı tatil tutanağı ile saptanması üzerine inşaatın mühürlenerek durdurulduğu ve bu tarihten itibaren bir ay içinde ruhsata bağlanmayan yapının yıkımı ve davacı adına 500.000.000.- TL para cezası verilmesi yolundaki dava konusu işlemin tesis edildiği anlaşılmaktadır.

Bu durumda, dava konusu işlemin tesisine dayanak olan yapı tatil tutanağında da belirtildiği üzere etrafı bütünüyle açık olan pergolenin güneş ve yağmurdan korunmak

amacıyla yapıldığı, kapalı olan oluşturmadığı ve bu haliyle taşıyıcı unsuru etkilemediği sonucuna varıldığından, 3194 sayılı Yasanın 5. maddesinde yer alan ruhsata tabi"Yapı" tanımı kapsamında bulunmayan pergolenin yukarıda yer verilen hükümler uyarınca ruhsata tabi olmaması nedeniyle dava konusu işlemde mevzuata uyarlık bulunmadığı sonucuna varılmıştır.

Bu nedenle, aksi yönde verilen İdare Mahkemesi kararında isabet görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle, davacının temyiz isteminin kabulü ile temyize konu İzmir 1. İdare Mahkemesinin 13.10.2004 günlü, E:2004/1411, K:2004/1085 sayılı ısrar kararının Danıştay Altıncı Dairesi kararı doğrultusunda BOZULMASINA, dosyanın adı geçen İdare Mahkemesine gönderilmesine 17.10.2008 gününde esasta ve gerekçede oyçokluğu ile karar verildi.

GEREKÇEDE KARŞI OY

X- Dava, İzmir, Çeşme, Alaçatı, ... Yalısı Mevkiindeki, ... pafta, ... ada, ... parsel sayılı taşınmaz üzerine ruhsatsız olarak yapılan açık beton pergolenin 3194 sayılı Yasanın 32.maddesi uyarınca yıktırılmasına ve aynı Yasanın 42.maddesi uyarınca para cezası verilmesine ilişkin 1.8.2001 günlü, 221 sayılı belediye encümeni kararının iptali istemiyle açılmıştır.

İmar Kanunu'nda pergoleye yönelik olarak açık bir tanım yapılmamış ise de, Belediyelerce hazırlanan imar yönetmeliklerinde ve Tip İmar Yönetmeliğinin 63. maddesinde pergole ve benzerlerinin yapılmasının ruhsata tabi olmadığı belirtilmiştir.

Ancak pergolenin anılan düzenlemeler uyarınca ruhsata tabi olmadığının kabul edilebilmesi için genel olarak İmar Kanununda düzenlenen yapı tanımı kapsamında inşa edilmemiş olması, dolayısıyla kapalı olan oluşturmayacak şekilde, güneş ve yağmurdan korunma amacına yönelik olarak ve taşıyıcı unsuru etkilemeyecek nitelikte yapılmış olması gerekmektedir.

Uyuşmazlık bu çerçevede incelendiğinde, her ne kadar 30.5.2001 günlü tutanakta beton açık pergole yapıldığı belirtilmişse de, dosyada pergolenin niteliğini belirten başkaca bir bilgi veya belge bulunmadığı anlaşıldığından, pergolenin İmar Kanununda tanımlanan yapı niteliğini taşıyıp taşımadığı, kapalı alan oluşturup oluşturmadığı ve taşıyıcı unsurlara etkisi hususunun uzman bilirkişilerce yerinde yaptırılacak keşif ve bilirkişi incelemesi sonucuna göre açıklığa kavuşturulması gerekirken, bu yola başvurulmaksızın davanın reddi yolunda verilen İdare Mahkemesi kararında isabet görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle temyize konu İzmir 1. İdare Mahkemesinin 13.10.2004 günlü, E.2004/1411, K;2004/1085 sayılı ısrar kararının yukarıda belirtilen gerekçe ile bozulması gerektiği oyu ile karara karşıyız.

KARŞI OY

XX- Temyiz edilen kararla ilgili dosyanın incelenmesinden İzmir 1. İdare Mahkemesinin 13.10.2004 günlü, E.2004/1411, K;2004/1085 sayılı ısrar kararının usul ve hukuka uygun bulunduğu, dilekçede ileri sürülen temyiz nedenlerinin kararın bozulmasını gerektirecek nitelikte olmadığı anlaşıldığından, temyiz isteminin reddiyle İdare Mahkemesi kararının onanması oyu ile karara karşıyız.

T.C.
D A N I Ş T A Y
İdari Dava Daireleri
Kurulu
Esas No: 2005/1988
Karar No: 2008/1826

Özeti : Düzenleyici işlemlerin kural olarak kazanılmış hak oluşturmayacağı, kaldırılmaları ve değiştirilmelerinin her zaman olanaklı olduğu; eğitim ve öğretimin kalitesini artırmak amacıyla yönetmelikte yapılan değişikliklere, davacıların devam eden öğrencilik statüleri nedeniyle tabi olacağı ve kazanılmış haktan söz edilemeyeceği hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan (Davalı) : Karadeniz Teknik Üniversitesi Rektörlüğü
Vekili : Av. …
Karşı Taraf (Davacılar) : **1-** …
2- …
3- …

İstemin Özeti : Trabzon İdare Mahkemesince verilen 15.6.2005 günlü, E:2005/614, K:2005/591 sayılı ısrar kararını davalı idare temyiz etmekte ve bozulmasını istemektedir.

Savunmanın Özeti : Trabzon 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 Mustafa Karabulut'un Düşüncesi: Temyiz isteminin kabulü ile İdare Mahkemesi ısrar kararının Daire kararı doğrultusunda bozulması gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı Radiye Tiryaki'nin Düşüncesi : Karadeniz Teknik Üniversitesi öğrencileri olan davacılar tarafından, 01.02.1989 tarih ve 20067 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren Karadeniz Teknik üniversitesi Önlisans ve Lisans Eğitim-Öğretim Sınav Değerlendirme ve Öğrenci İşleri Yönetmeliğinin 3. maddesinin 3. fıkrası ile 11., 12., 16.,18., 20., 21 ve 23. maddelerini değiştiren ve 17. ve 19. maddelerini yürürlükten kaldıran 5.2.2004 tarih ve 25364 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren Karadeniz Teknik Üniversitesi Önlisans ve Lisans Eğitim-Öğretim, Sınav Değerlendirme ve Öğrenci İşleri Yönetmeliğinin Bazı Maddelerinin Değiştirilmesine ve Bir Ek Madde ile İki Geçici Madde Eklenmesine Dair yönetmeliğin iptali istemiyle açılan davada, dava konusu işlemi iptal eden idare mahkemesi kararını temyizen inceleyerek bozulmasına karar veren Danıştay 8. Dairesinin bozma kararına uymayarak kararında ısrar eden idare mahkemesi kararının temyizen incelenerek bozulması istenilmektedir.

2547 sayılı Yasa ve ilgili Yönetmeliklerin verdiği yetkiye dayanılarak eğitim, öğretim ve sınav sisteminde eğitimin kalitesini ve verimini artırmak amacıyla ve tüm öğrencileri kapsayacak şekilde her zaman düzenleme yapılabileceği açık olduğundan, davalı idarece eğitim öğretim kalitesini artırmak amacıyla yeni yönetmelikle yapılan düzenlemede hukuka ve kazanılmış haklara aykırılık bulunmamaktadır.

Bu durumda, kararında ısrar ederek dava konusu işlemi iptal eden idare mahkemesi kararında isabet görülmemiştir.

Açıklanan nedenle mahkeme ısrar kararının bozulması gerekeceği düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

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

Dava; Karadeniz Teknik Üniversitesi öğrencileri olan davacılar tarafından 1.2.1989 tarih ve 20067 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren Karadeniz Teknik Üniversitesi Önlisans ve Lisans Eğitim-Öğretim Sınav Değerlendirme ve Öğrenci İşleri Yönetmeliğinin 3. maddesinin 3. fıkrası ile 11., 12., 16., 18., 20., 21 ve 23. maddelerini değiştiren ve 17. ve 19. maddelerini yürürlükten kaldıran 5.2.2004 tarih ve 25364 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren Karadeniz Teknik Üniversitesi Önlisans ve Lisans Eğitim-Öğretim, Sınav Değerlendirme ve Öğrenci İşleri Yönetmeliğinin Bazı Maddelerinin Değiştirilmesine ve Bir Ek Madde ile İki Geçici Madde Eklenmesine Dair Yönetmeliğin iptali istemiyle açılmıştır.

Trabzon İdare Mahkemesi 15.7.2004 günlü, E:2004/437, K:2004/751 sayılı kararıyla; dava konusu Yönetmelikle getirilen değişiklikleri belirttikten sonra, iptal istemine konu edilen Yönetmelik kurallarının öğrencilerin aleyhine olduğu; eğitim-öğretim yılının tanımında, sınavlar, notlar, başarılı öğrencilerin belirlenmesi, harf sistemine göre daha önce (50-59) not aralığında olan (DD) notunun başarısız not olarak kabul edilmesine ilişkin kurallar içeren Yönetmeliğin hukuka aykırı olduğu gerekçesiyle iptaline karar vermiştir.

Anılan karar temyizen incelenmesi sonucunda Danıştay Sekizinci Dairesi 21.3.2005 günlü, E:2004/4041, K:2005/1280 sayılı kararıyla; 2547 sayılı Yasa ve ilgili yönetmeliklerin verdiği yetkiye dayanılarak üniversitenin eğitim, öğretim ve sınav sisteminde, eğitimin kalitesini ve verimini artırmak amacıyla her zaman düzenleme yapabileceği, bu düzenlemenin tüm öğrencileri kapsayacağı ve uygulanmasına engel bir durum yoksa hemen uygulamaya geçilebileceği, bu durumda eğitim ve öğretim kalitesini artırmak amacıyla yapılan değişikliklere davacıların devam eden öğrencilik statüleri nedeniyle tabi olacağı ve kazanılmış haktan söz edilemeyeceğinden (Geçici maddelerle 2003-2004 eğitim öğretim yılı için bir defaya mahsus eski uygulamanın devam etmesi dışında) yeni yönetmelikle yapılan düzenlemede hukuka aykırılık bulunmadığı gerekçesiyle bozulmuş ise de; Trabzon İdare Mahkemesi bozma kararına uymayarak 15.6.2005 günlü, E:2005/614, K:2005/591 sayılı kararıyla ilk kararında ısrar etmiştir.

Davalı idare, anılan kararı temyiz etmekte ve bozulmasını istemektedir.

2577 sayılı İdari Yargılama Usul Kanunu'nun 2. maddesinde idari yargı yetkisinin, idari eylem ve işleılerin hukuka uygunluğunun denetimi ile sınırlı olduğu, idari mahkemelerin yerindelik denetimi yapamayacakları hükme bağlanmıştır.

2547 sayılı Yükseköğretim Kanununun 44. maddesinin 3. fıkrasında, üniversite senatolarının ön lisans ve lisans düzeyi öğretimlerde sürdürülecek esasları, devam, ara sınav sayısı ve bunların başarı notuna katkısı, uygulama, sınav ve bütünleme gibi şartları yönetmeliklerle belirleyebilecekleri hükmü yer almakta ve davalı idare tarafından dava konusu Yönetmeliğin eğitim ve öğretimin kalitesini artırmak amacıyla çıkarıldığı belirtilmektedir.

İdare Mahkemesi, Yönetmelik değişikliğinden önceki kimi düzenlemelerin öğrenciyi daha çok çalışmaya teşvik ettiği, geçme notunun sınıfın genel başarı durumuna göre belirlenmesinin öğrencinin lehine olmadığı yolundaki ısrar kararının hukuka uygunluk denetiminin sınırlarını aşan öznel saptamalara ısrar kararının gerekçesinde yer vermiştir.

Öte yandan, düzenleyici işlemlerin kural olarak kazanılmış hak yaratmayacağı, kaldırılmaları ve değiştirilmelerinin her zaman olanaklı olduğu idare hukukunun bilinen

ilkelerindendir. Düzenleyici işlemlerin kişilere uygulanması suretiyle bireyselleşmesi halinde kazanılmış hak yaratacakları ve bu durumda da düzenleyici işlemlerde yapılacak değişikliklerde idari istikrarın ve/veya kazanılmış hakların korunması gerekeceği hukuk devleti ilkesinin bir sonucudur.

Davada kazanılmış hakların ihlali ile ilgili bir uyuşmazlık söz konusu olmadığı gibi Fakülte 1. sınıfta tabi olunan Yönetmeliğin öğrenim tamamlanıncaya kadar değiştirilemeyeceğinden bahsetmek de hukuken olanaklı değildir. Bu itibarla, Yönetmeliğin iptali yolundaki İdare Mahkemesi kararında hukuka uyarlık görülmemiştir.

Açıklanan nedenle, davalı idarenin temyiz isteminin kabulü ile Trabzon İdare Mahkemesinin 15.6.2005 günlü, E:2005/614, K:2005/591 sayılı ısrar kararının Bozulmasina, dosyanın anılan Mahkemeye gönderilmesine, 23.10.2008 gününde oyçokluğu ile karar verildi.

KARŞI OY

X- Dava; Karadeniz Teknik Üniversitesi öğrencileri olan davacılar tarafından 1.2.1989 tarih ve 20067 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren Karadeniz Teknik Üniversitesi Önlisans ve Lisans Eğitim-Öğretim Sınav Değerlendirme ve Öğrenci İşleri Yönetmeliğinin 3. maddesinin 3. fıkrası ile 11., 12., 16., 18., 20., 21 ve 23. maddelerini değiştiren ve 17. ve 19. maddelerini yürürlükten kaldıran 5.2.2004 tarih ve 25364 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren Karadeniz Teknik Üniversitesi Önlisans ve Lisans Eğitim-Öğretim, Sınav Değerlendirme ve Öğrenci İşleri Yönetmeliğinin Bazı Maddelerinin Değiştirilmesine ve Bir Ek Madde ile İki Geçici Madde Eklenmesine Dair Yönetmeliğin iptali istemiyle açılmıştır.

1.2.1989 tarih ve 20067 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren Karadeniz Teknik Üniversitesi Önlisans ve Lisans Eğitim-Öğretim Sınav Değerlendirme ve Öğrenci İşleri Yönetmeliğinin üniversite öğrencilerine birinci sınıftan itibaren uygulandığı ve öğrencilerin davayı açtıkları tarihte üniversitede öğrenim gördükleri dikkate alındığında, davacıların kazanılmış haklarının bulunduğu, yapılacak yönetmelik değişikliğinde bu haklarının korunması gerektiği sonucuna varılmaktadır. Buna karşın, dava konusu Yönetmelik değişikliği davacıların kazanılmış haklarının ihlaline yol açacak nitelikte kurallar içerdiğinden hukuka uygun bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle, temyize konu İdare Mahkemesi kararının yukarıda belirtilen gerekçe ile onanması gerektiği oyu ile karara karşıyız.

T.C.
D A N I Ş T A Y
İdari Dava Daireleri Kurulu
Esas No:2005/2403
Karar No:2008/2286

Özeti : Baz istasyonları ile ilgili olarak, 12.7.2001 gün ve 24460 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan "10 KHz-60 GHz Frekans Bandında Çalışan, Sabit Telekomünikasyon Cihazlarından Kaynaklanan Elektromanyetik Alan Şiddeti Limit Değerlerinin Belirlenmesi, Ölçüm Yöntemleri ve Denetlenmesi Hakkında Yönetmeliğin" eksik düzenleme içerdiği hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan (Davacılar) : 1- …
Vekili : Av. …

2- Antalya Barosu Başkanlığı

Vekilleri : Av. ... Av. ...
Karşı Taraf (Davalılar) : 1-Telekomünikasyon Kurumu
Vekili : Av. ...

2- Antalya Valiliği
Davalılar Yanında Katılanlar : 1- ... İletişim Hizmetleri A.Ş.
Vekilleri : Av. ...
Av. ...

2- ... Telekomünikasyon Hizmetleri A.Ş.
Vekili : Av. ...

3- ... Haberleşme ve Pazarlama Hizmetleri A.Ş.
Vekili : Av. ...

İstemin Özeti : Danıştay Onüçüncü Dairesi'nin 29.6.2005 günlü, E:2005/899, K:2005/3329 sayılı kararının temyizen incelenerek bozulması davacılar tarafından istenilmektedir.

Savunmaların Özeti : Danıştay Onüçüncü Dairesi'nce 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 Gülhan Akyüz'ün Düşüncesi : Temyiz isteminin reddi ile Daire kararının onanması gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı E. Celalettin Özkan'ın 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 dilekçesinde öne sürülen hususlar, söz konusu maddede yazılı nedenlerden hiçbirisine uymadığından, istemin reddi ile temyiz edilen Danıştay Onüçüncü Dairesi'nce verilen kararın onanmasının uygun olacağı düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulunca 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunun 17. maddesi uyarınca davacıların duruşma istemi yerinde görülmeyerek ve dava dosyası tekemmül ettiğinden yürütmenin durdurulması talebi görüşülmeyerek, dosya incelendi; işin gereği görüşüldü:

Dava, 12.7.2001 tarih ve 24460 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan "10 KHz - 60 GHz Frekans Bandında Çalışan Sabit Telekomünikasyon Cihazlarından Kaynaklanan Elektromanyetik Alan Şiddeti Limit Değerlerinin Belirlenmesi, Ölçüm Yöntemleri ve Denetlenmesi Hakkında Yönetmelik" ile Antalya Valiliği'nin 13.3.2002 tarih ve 545 sayılı işleminin iptali istemiyle açılmıştır.

Danıştay Onüçüncü Dairesi 29.6.2005 günlü, E:2005/899, K:2005/3329 sayılı kararı ile, 2813 sayılı Telsiz Kanununun 5. ve 7. maddeleri ile 406 sayılı Telgraf ve Telefon Kanunun 1. ve Ek 27. maddelerinin tanıdığı yetkiye göre, kamu tüzel kişiliğine haiz, idari ve mali özerkliğe sahip bir kamu kurumu olan Telekomünikasyon Kurumu'nun bu kanunlarla kendisine tanıdığı görevlerle ilgili olarak yönetmelik çıkarma yetkisinin bulunduğu, kurum tarafından çıkarılan dava konusu Yönetmeliğin, düzenleniş amaçları ve kapsamı itibariyle, telekomünikasyon hizmeti ve telekomünikasyon altyapısı işletimi ile doğrudan ilgili bulunduğu; sabit telekomünikasyon cihazlarının kuruluşunu, teknik özelliklerini, işletilmesini, oluşturduğu elektromanyetik alan limit değerlerini, ölçüm yöntemlerini, denetimlerini düzenleyerek bu cihazları belli bir hukuk disiplini altına aldığı ve böylece sabit telekomünikasyon cihazları ile ilgili getirdiği düzenlemenin Kurum'un görev alanına girdiği sonucuna ulaşıldığı davacıların iddiaları dikkate alınarak dava konusu Yönetmeliğin 5., 6., 7.,

16., 17., 18., 19., 22. ve geçici 1. maddeleriyle sınırlı olarak inceleme yapıldığı, Yönetmeliğin 5. maddesiyle, gerek cep telefonlarının gerekse bunların çalışmasını sağlamak üzere kurulan baz istasyonlarının elektromanyetik kirliliğe sebep olması nedeniyle insan ve çevre sağlığına etkisini en aza indirebilmek üzere Yönetmeliğin 6. maddesiyle saptanan güvenlik mesafesi formülü gözönünde bulundurularak, bu süreçte Kurum tarafından ayrıca uzman bir kurul olan mahalli çevre kurullarından da görüş alınarak, baz istasyonunun yer seçiminin yapılmasının amaçlanması ve ancak bu koşulların sağlanması halinde Yönetmeliğin 7. maddesi uyarınca güvenlik sertifikası verileceğinin öngörülmesi karşısında, Yönetmeliğin belirtilen maddelerinin 406 ve 2813 sayılı Kanunlara aykırı bir yönü bulunmadığı, dava konusu Yönetmeliğin 16. maddesinde, meskun mahal ortamında; elektrik alan şiddetinin manyetik alan şiddetinin manyetik akım yoğunluğu ve eş düzlem dalga yoğunluğunun toplam limit değerlerinin ve tek bir cihaz için limit değerinin Tablo - 1'de belirtilen değerleri aşmayacağının belirlendiği; konu hakkında TÜBİTAK tarafından "Elektromanyetik Dalgalar ve İnsan Sağlığı" konusunda hazırlanan ve dosyaya sunulan bilimsel niteliği bulunduğu anlaşılan makalenin incelenmesinden, elektromanyetik alanların insan sağlığına etkileri konusunda birçok ülkede oluşturulan standart ve sınır değerlerin yanı sıra uluslararası standartlar ve sınır değerlerinin var olduğunun anlaşıldığı, makalede dava konusu Yönetmelikteki sınır değerleri de incelenerek, Yönetmelikte yer alan sınır değerlerin esas alındığının buna ek olarak her baz istasyonu için ayrıca sınırlama getirildiğinin anlaşıldığı, buna göre Yönetmeliğin 16. maddesinde hukuka aykırılık görülmediği, dava konusu Yönetmeliği çıkaran Telekomünikasyon Kurumu'nun; cihazların kurulması, işletilmesi ve kullanılması sırasında Yönetmeliğe uygunluğunun Kurum tarafından denetiminde, limit değerlere uygun olarak baz istasyonlarının çalışıp çalışmadığının denetimi hususunda üçüncü şahıslara başvurma imkanı getirilmesinde, bu imkan dahilinde limit değerlerinin aşılması halinde idari yaptırımların kurala bağlanmasında, dolayısıyla Yönetmeliğin 17., 18. ve 19. maddelerinde 406 sayılı Kanun ve 2813 sayılı Kanun'a aykırı bir yön görülmediği, Yönetmelik kapsamında yapılan ölçümlerde tahsil edilecek ücretin usul ve esaslarının düzenlendiği kuralla; başvuru sahiplerince bir hizmetten yararlanma karşılığında ödenen ücretin haklı çıkan taraftan alınmasının amaçlandığının, ayrıca belirlenen ücretin fahiş bir yönünün de olmadığının anlaşılması karşısında, Yönetmeliğin 22. maddesinin kamu yararı ve hizmet gereklerine aykırı bir yönü bulunmadığı, dava konusu Yönetmeliğin geçici 1. maddesinde, Yönetmeliğin yayımı tarihinden önce kurulmuş olan sabit telekomünikasyon cihazlarının da bu Yönetmelikte belirtilen limit değerlere uymasının ve uygun olmayan cihazların Yönetmeliğin yürürlüğe girdiği tarihten itibaren 3 ay içerisinde uygun hale getirilmesinin zorunlu olduğu kurala bağlanarak aksi takdirde Yönetmeliğin 9. ve/veya 19. madde hükümlerinin uygulanacağının öngörüldüğü, dolayısıyla işletmecilerin mevcut ya da kuracakları sabit telekomünikasyon cihazlarını Yönetmeliğe uygun hale getirmeleri ya da kurmalarının zorunlu bulunduğu, Yönetmelikle, ayrıca mevcut sabit telekomünikasyon cihazları için bir geçiş süresi de öngörülerek, işletmecilere cihazlarını Yönetmeliğe uygun hale getirmeleri için 3 aylık bir süre verildiği, öte yandan, 15.02.2002 tarih ve 24672 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 10 KHz-60 GHz Frekans Bandında Çalışan Sabit Telekomünikasyon Cihazlarından Kaynaklanan Elektromanyetik Alan Şiddeti Limit Değerlerinin Belirlenmesi, Ölçüm Yöntemleri ve Denetlenmesi Hakkında Yönetmeliğin Değiştirilmesine Dair Yönetmeliğin 3. maddesiyle geçici 1. maddesinin değiştirildiği ve mevcut sabit telekomünikasyon cihazlarının Yönetmeliğe uygun hale getirilmesi için öngörülen süresinin 30.6.2002 tarihine kadar uzatıldığı, bu değişiklik nedeniyle davanın bu kısımının konusunun kalmadığından işin esasının incelenmesi olanağı bulunmadığı gerekçesiyle; Yönetmeliğin 5., 6., 7., 16., 17., 18., 19. ve 22. maddeleri ile Antalya Valiliğinin 13.3.2002 tarih ve 545 sayılı işlemi yönünden davanın reddine geçici 1. madde yönünden ise karar verilmesine yer olmadığına karar vermiştir.

Davacılar Türk Telekomünikasyon Kurumunun baz istasyonları ile ilgili olarak tek başına Yönetmelik çıkarma yetkisi bulunmadığını öne sürerek bu kararı temyiz etmekte ve bozulmasını istemektedirler.

29.01.2000 tarihli, 23948 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 4502 sayılı Kanun'un 14. maddesi ile değişik 2813 sayılı Telsiz Kanunu'nun 5. maddesiyle; bu Kanun ile 406 sayılı Telgraf ve Telefon Kanunu'nda belirtilen genel esaslar çerçevesinde, Kanunlarla öngörülen yetki ve sorumlulukları uygulamak ve verilen diğer görevleri yapmak üzere kamu tüzel kişiliğini ve idari ve mali özerkliği haiz özel bütçeli "Telekomünikasyon Kurumu" kurularak, Türk telekomünikasyon sektöründe genel anlamda düzenleme, denetleme ve yaptırım uygulama görevleri verildiği, 2813 sayılı Telsiz Kanunu'nun, 4502 sayılı Kanun'un 16. maddesi ile değişik 7. maddesinde, Telekomünikasyon Kurumu'nun görevleri belirlenmiş olup, birinci fıkranın (j) bendinde; "Telsiz haberleşmesi ve telekomünikasyon hizmetleri ve altyapının işletimi ile ilgili olarak görev alanına giren konularda yönetmelik çıkartmak veya diğer idari işlemleri yapmak, işletmeciler, aboneler, kullanıcılar ve Türk telekomünikasyon sektörünü etkileyen tüm gerçek ve tüzel kişilerin ilgili mevzuata uymasını denetlemek, bu hususta ilgili makamları harekete geçirmek ve gereken hallerde kanunlarda öngörülen yaptırımları uygulamak", Kurum'un görevleri arasında sayılmış ve maddenin ikinci fıkrasında, Kurum'un, telekomünikasyon hizmetleri ve altyapısı ile ilgili yönetmeliklerin ve diğer genel idari işlemlerin yayınlanmasından önce ilgili tarafların görüşlerini bildirmesine imkan verebilmek için gerekli tedbirleri alacağı öngörülmüştür.

Öte yandan, telekomünikasyon hizmetlerinin yürütülmesini ve telekomünikasyon altyapısı, tesisi ve işletilmesini düzenleyen 406 sayılı Kanun'un, 4502 sayılı Kanun ile değişik 1. maddesinde, "telekomünikasyon" un tanımı; her türlü işaret, sembol, ses ve görüntünün ve elektrik sinyallerine dönüştürülebilen her türlü verinin kablo, telsiz, optik, elektrik, manyetik, elektro manyetik, elektro kimyasal, elektro mekanik ve diğer iletim sistemleri vasıtasıyla iletilmesi, gönderilmesi ve alınması; "telekomünikasyon altyapısı işletimi" nin tanımı; ilgili altyapıya ilişkin gerekli telekomünikasyon tesislerinin kurulması, kurdurulması, kiralanması veya herhangi bir surette temin edilmesi ile bu tesisin diğer işletmecilerin veya talep eden diğer gerçek ve tüzel kişilerin kullanımına sunulması; "telekomünikasyon hizmeti"nin tanımı da; telekomünikasyon tanımına giren faaliyetlerin bir kısmının veya tümünün hizmet olarak sunulması şeklinde yapılmıştır.

23.05.2001 tarihli, 24410 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 4673 sayılı Kanun'un 7. maddesi ile 406 sayılı Kanun'a Ek 27. madde eklenmiş ve bu maddenin birinci fıkrasında da "Bu kanunda ve diğer mevzuatta Ulaştırma Bakanlığına, görev sözleşmesi veya imtiyaz sözleşmesi yapma veya telekomünikasyon ruhsatı veya genel izin verme yetkisi ile bu yetkiye ilişkin yapılacak düzenlemeler ile ilgili her türlü göreve yönelik yapılan atıflar Kuruma yapılmış sayılır." hükmüne yer verilerek, Telekomünikasyon Kurumu'nun yetkileri genişletilmiştir.

Yukarıda aktarılan yasal mevzuat çerçevesinde kamu tüzel kişiliğine haiz, idari ve mali özerkliğe sahip bir kamu kurumu olan Telekomünikasyon Kurumunun kendi görev alanı ile ilgili olarak Yönetmelik çıkarma yetkisi bulunduğu kuşkusuzdur. Telekomünikasyon Kurumunun bu yetkisine dayanarak çıkardığı 10 KHz - 60 GHz Frekans Bandında Çalışan Sabit Telekomünikasyon Cihazlarından Kaynaklanan Elektromanyetik alan Şiddeti Limit Değerlerinin Belirlenmesi, Ölçüm Yöntemleri ve Denetlenmesi Hakkında Yönetmelik 12.7.2001 tarih 24460 Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe konulmuştur.

Bu itibarla, davacıların davalı kurumun baz istasyonları ile ilgili olarak yönetmelik çıkarma yetkisinin bulunmadığı yolundaki iddiasında hukuki isabet görülmemiştir.

İşin esasına gelince; söz konusu Yönetmeliğin 2. maddesinde, bu yönetmeliğin 10 KHz - 60 GHz frekans bandında çalışan, mevcut ve gelecekte bu bantta hizmete konulabilecek sabit telekomünikasyon cihazlarının kurulması ve işletilmesi esnasında ortamda oluşan elektromanyetik alan şiddetinin limit değerlere uygunluğunun belirlenmesi, ölçüm

yöntemleri ile ilgili esasları kapsadığı belirtilmiş olup, cep telefonları için kurulacak baz istasyonları bakımından mevzuatımızda başkaca bir düzenleme bulunmamaktadır.

Daha önce, Zonguldak'ta bir bina üzerinde kurulu bulunan baz istasyonunun kaldırılması yolunda yapılan başvurunun reddine ilişkin işlem ile baz istasyonu için verilen güvenlik sertifikasının iptali istemiyle açılan davada; Zonguldak İdare Mahkemesince, Danıştay Onüçüncü Dairesinin bozma kararına uymayarak dava konusu işlemin ve davalı kurumca verilen güvenlik sertifikasının iptali yolundaki ilk kararında ısrar edilmesine ilişkin bulunan kararı inceleyen Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu'nun 3.4.2008 günlü, E:2005/3419, K:2008/966 sayılı kararında, Yönetmeliğe göre verilen "Telekomünikasyon Kurum Güvenlik Sertifikası"nın, baz istasyonunun limit değerlere uygun olup olmadığının tespitine yönelik olduğu, ancak istasyonun sadece limit değerlerin altında olmasının çevreye zararlı olmayacağı anlamına gelmediği için, kurulacak baz istasyonunun çevresindeki bina ve diğer yaşam alanlarıyla birlikte değerlendirilmesi gerektiği; buna göre dava konusu baz istasyonunun öncelikle meskun mahalde kurulmasının gerekli olup olmadığının, meskun mahal dışında kurulması halinde aynı çalışma veriminin alınıp alınmayacağının, meskun mahalde kurulması halinde insan sağlığına zarar verip vermeyeceğinin yaptırılacak bilirkişi incelemesi ile tespitinin gerekeceği hususu belirtilmiştir.

Anayasamızın "Sağlık Hizmetleri ve Çevrenin Korunması" başlıklı 56. maddesinde, herkesin sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahip olduğu, çevreyi geliştirmek, çevre sağlığını korumak ve çevre kirlenmesini önlemenin Devlet ve vatandaşların ödevi olduğu hükme bağlanmıştır.

Yukarıda belirtildiği üzere cep telefonları için kurulan baz istasyonları hakkında mevzuatın son derece kısıtlı olması nedeniyle uygulamada karşılaşılan sorunlar yargı içtihatları ile çözümlenmeye çalışılmaktadır. Oysa ki; sağlıklı bir çevrede yaşam hakkı dikkate alınarak öncelikle baz istasyonlarının meskun mahalde kurulmalarının gerekli olup olmadığı, kurulmaları halinde haiz olmaları gereken şartların neler olduğu gibi hususlarda daha geniş bir düzenlemeye ihtiyaç bulunduğu tartışmasızdır. Dava konusu yönetmelik bu konuda eksik düzenlemeyi içermekte olup mevcut sorunları karşılayamamaktadır.

Diğer taraftan, dava konusu Yönetmeliğin geçici 1. maddesi ile bu Yönetmeliğin yayımı tarihinden önce kurulmuş olan sabit telekomünikasyon cihazlarının da bu Yönetmelikte belirtilen limit değerlere uyması gerektiği, uygun olmayan cihazların Yönetmeliğin yürülüğe girdiği tarihten itibaren 3 ay içerisinde uygun hale getirilmesinin zorunlu olduğu hükme bağlanmıştır.

Anılan maddede 15.2.2002 tarihinde yapılan değişiklik ile Yönetmeliğin yayımı tarihinden önce kurulmuş olan sabit telekomünikasyon cihazlarının Yönetmelikte belirtilen limit değerlere uygun hale getirilmesi için verilen süre 30.6.2002 tarihine kadar uzatılmıştır. Yapılan bu değişiklik sadece yönetmeliğin uygulamasına ilişkin süreye yönelik olup maddenin esası hakkında bir değişiklik yapılmadığından, Dairece Yönetmeliğin geçici 1. maddesi değiştiğinden bahisle karar verilmesine yer bulunmadığına ilişkin olarak verilen kararda hukuka uyarlık bulunmamaktadır.

İşlem yönünden ise, çevre sağlığının korunması dolayısıyla baz istasyonları konusunda Valiliğin de yetkili bulunduğu anlaşıldığından, dava konusu işlemde hukuka uyarlık bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle Danıştay Onüçüncü Dairesinin 29.6.2005 günlü, E:2005/899, K:2005/3329 sayılı kararın bozulmasina, dosyanın anılan Daireye gönderilmesine 18.12.2008 tarihinde oybirliği ile karar verildi.

T.C.
D A N I Ş T A Y
İdari Dava Daireleri
Kurulu
Esas No:2005/1558
Karar No:2008/1803

Özeti : Özel yasalarda, genel dava açma süreleri dışında ayrı dava açma sürelerinin öngörülmüş olması halinde, idare tarafından idari işlemlerin nitelikleri ve tabi oldukları dava açma süreleri gösterilmedikçe, özel dava açma sürelerinin işletilmesine olanak bulunmadığı, bu halde (60) günlük genel dava açma süresinin uygulanması gerektiği hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan (Davalı) : Konya Valiliği
Karşı Taraf (Davacı) : ...
İstemin Özeti : Konya 2.İdare Mahkemesinin 31.1.2005 günlü, E:2005/124, K:2005/50 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 dava konusu işlemde kanun yolunun öngörülmemiş olması nedeniyle sonucu itibariyle onanarak işin esası incelenmek üzere dosyanın Danıştay Altıncı Dairesine gönderilmesi gerektiği düşünülmektedir.
Danıştay Savcısı Tülin Özgenç'in Düşüncesi : Davacının Diş Protez merkezine vereceği sıvı yakıtın Mahalli Çevre Kurulunca belirlenen spektlerin üzerinde olması nedeniyle 2872 sayılı Çevre Kanunu uyarınca para cezası verilmesine ilişkin işlemin iptali istemiyle açılan davada, idare mahkemesince dava konusu işlemin iptali yolunda verilen kararı davada süre aşımı bulunduğu gerekçesiyle bozan Danıştay 6. Dairesinin 5.10.2004 günlü, E:2004/4396 K:2004/4639 sayılı kararına uymayarak eski kararında ısrar eden mahkeme kararının temyizen incelenerek bozulması istenilmektedir.

2872 sayılı Çevre Yasası'nın 25. maddesinde idari cezalara karşı cezanın tebliğ tarihinden itibaren engeç yedi gün içinde yetkili İdare Mahkemesinde itiraz edilebileceği, hükme bağlanmıştır.

Dosyanın incelenmesinden, davacının 30.10.2003 tarihinde Valilik kaydına geçen 22.10.2003 günlü dilekçe ile çevre para cezasının iptali isteminde bulunduğu, davalı idarece itirazın 7 gün içinde İdare Mahkemesine yapılması gerektiğinin 17.11.2003 günlü yazı ile bildirilmesi üzerine 1.12.2003 tarihinde işbu davanın açıldığı anlaşılmıştır.

Bu durumda, dava konusu idari para cezasına karşı Yasada belirlenen 7 günlük dava açma süresi geçirildikten sonra açılan davada süre aşımı bulunduğundan aksi yönde verilen kararda hukuki isabet görülmemiştir.

Açıklanan nedenle, idare mahkemesince verilen ısrar kararının bozulması gerektiği düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulunca gereği görüşüldü:

Dava, davacının Diş Protez Merkezine vereceği sıvı yakıtın mahalli çevre kurulunca belirlenen spektlerin üzerinde olması nedeniyle 2872 sayılı Çevre Kanunu uyarınca para cezası verilmesine ilişkin 10.6.2003 günlü, 92 sayılı işlemin iptali istemiyle açılmıştır.

Konya 2. İdare Mahkemesi 17.5.2004 günlü, E:2003/951, K:2004/536 sayılı kararıyla, davacıların çevre kirliliği yasağına uymadığının somut, kesin ve inandırıcı delillerle ortaya konulmadığı sonucuna varıldığı gerekçesiyle dava konusu işlemin iptaline karar vermiştir.

Bu karar temyiz incelemesi sonucunda, Danıştay Altıncı Dairesinin 5.10.2004 günlü, E:2004/4396, K:2004/4639 sayılı kararıyla; Çevre Kanunu uyarınca verilen idari para cezasına karşı, 7 gün içinde idare mahkemesinde dava açılması gerekirken yasada öngörülmemiş ve kanun koyucunun amacına aykırı bir yol izlenerek idareye itiraz edilmiş olmasının dava açma süresini durdurmayacağı, özel kanunda öngörülen 7 günlük süreden çok sonra 1.12.2003 tarihinde açılan davada süreaşımı bulunduğu gerekçesiyle bozulmuş ise de, İdare Mahkemesi bozma kararına uymayarak, 2872 sayılı Çevre Kanununun 25. maddesinde, bu kanuna göre verilen idari para cezalarına karşı 2577 sayılı Kanunun 11. maddesi uyarınca idareye başvuru imkanının olmadığı yönünde açık bir düzenleme bulunmadığından davacının dava açmadan önce idareye yaptığı başvurunun dava açma süresini durduracağı ve bakılan davanın süresi içinde açıldığı, kaldı ki, dava konusu olayda Anayasa'nın 40/2. maddesi gereğince davalı idarece dava konusu işlemde davacının bu işleme karşı hangi kanun yollarına hangi sürede başvurabileceğini belirtmesi gerekli iken, dava konusu işlemde davalı idarece bu zorunluluğa da uyulmadığının görüldüğü belirtilerek işin esası incelenmek suretiyle dava konusu işlemin iptali yolundaki ilk kararında ısrar etmiştir.

Davalı idare 31.1.2005 günlü, E:2005/124, K:2005/50 sayılı bu ısrar kararını temyiz etmekte ve bozulmasını istemektedir.

2872 sayılı Çevre Kanununun 25.maddesinde idari cezalara karşı cezanın tebliğ tarihinden itibaren en geç yedi gün içinde yetkili idare mahkemesinde itiraz edilebileceği, itirazın idarece verilen cezanın yerine getirilmesini durdurmayacağı düzenlenmiştir.

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 7.maddesinin 1.fıkrasında dava açma süresinin özel kanunlarda ayrı süre gösterilmeyen hallerde Danıştay'da ve idare mahkemelerinde altmış gün olduğu hüküm altına alınmış, 11. maddede de "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 başvuru işlemeye başlamış olan idari dava açma süresini durdurur. Altmış gün içinde bir cevap verilmezse istek reddedilmiş sayılır. İsteğin reddedilmesi veya reddedilmiş sayılması halinde dava açma süresi yeniden işlemeye başlar ve başvurma tarihine kadar geçmiş süre de hesaba katılır." hükmüne yer verilmiştir.

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununda açıkça belirtilen genel dava açma süresine tabi olan idari işlemler hakkında idari dava açılmadan önce Yasa'nın 11. maddesi uyarınca idareye başvurma olanağı bulunmakta ise de, özel yasalarında öngörülen dava açma süresine yönelik olarak yasasında yer almayan bir düzenlemenin yorum yoluyla uygulanmasına olanak bulunmamaktadır.

Bu durumda Çevre Kanunu uyarınca verilen idari para cezasına karşı 7 gün içinde idare mahkemesinde dava açılması gerekirken, yasada öngörülmeyen ve kanun koyucunun amacına aykırı bir yol izlenerek idareye itiraz edilmiş olması, dava açma süresini durdurmayacağından, İdare Mahkemesince aksi yönde verilen kararda isabet görülmemiştir.

Diğer taraftan, dava konusu işlemin incelenmesinden, işlem ile 2872 sayılı Çevre Kanunu uyarınca para cezası uygulanmasına karar verildiği, cezanın tebliğ tarihinden itibaren (30) gün içinde yatırılmaması halinde 6183 sayılı Yasa hükümleri uyarınca tahsil edileceğinin

bilidirilmekle yetinildiği, ancak işlemin tabi olduğu dava açma süresinin gösterilmediği anlaşılmaktadır.

Anayasa'nın 11. maddesinde, Anayasa hükümlerin yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını ve diğer kuruluş ve kişileri bağlayan temel hukuk kuralları olduğu ifade edilmiş, 40. maddesinin 2. fıkrasında "Devlet, işlemlerinde, ilgili kişilerin hangi kanun yolları ve mercilere başvuracağını ve sürelerini belirtmek zorundadır." hükmü yer almıştır.

İdari işlemlere karşı başvuru yollarının ayrıntılı düzenlemelerde yer alması, başvuru süresinin kısa olması veya olağan başvuru yollarına istisna getirilebilmesi nedeniyle işlemlere karşı hangi idari birime, hangi sürede başvurulacağının idarelerce işlemde belirtilmesi hukuk güvenliği ilkesinin gereğidir. Anılan Anayasa hükmü ile de bireylerin yargı ya da idari makamlar önünde haklarını arayabilmelerine kolaylık ve olanak sağlanması amaçlanmış; idareye işlemlerinde, ilgililerin kaç gün içinde, hangi mercilere başvurabileceklerini bildirme yükümlülüğü getirilmiştir.

İdarenin Anayasa'dan kaynaklanan yükümlülüğünü yerine getirmesi esas olmakla birlikte belirtilen yükümlülüğün yerine getirilmemesi, idari işlemlere karşı açılan davalarda dava açma süresinin işletilmeyip, ihmal edilmesi sonucunu da doğurmamalıdır. Anayasa'nın 125. maddesinde idari işlemlere karşı açılacak davalarda sürenin yazılı bildirim tarihinden başlayacağının belirtilmesi karşısında, usulüne uygun tebliğ olunan veya bütün unsurlarıyla ilgililer tarafından öğrenilen idari işlemler üzerine, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nda açıkça belirtilen ve ilgililerce de bilindiğinin kabulü gereken genel dava açma sürelerinin işletilmesi zorunludur.

Ancak, İdari işlemlerin nitelikleri gereği özel yasalarda, genel dava açma süreleri dışında ayrı dava açma sürelerinin öngörülmüş olması halinde, idare tarafından idari işlemlerin nitelikleri ve tabi oldukları dava açma süreleri gösterilmedikçe özel dava açma sürelerinin işletilmesine olanak bulunmadığından, Anayasa'nın 40. madde hükmü uyarınca, özel dava açma süresine tabi olmasına rağmen, bu hususun idari işlemde açıklanmaması halinde, dava konusu idari işlemin tebliği tarihinden itibaren, özel dava açma süresinin değil, 60 günlük genel dava açma süresinin uygulanması gerektiği sonucuna varılmaktadır.

Dosyanın incelenmesinden, çevre para cezasına ilişkin işlemin 24.6.2003 tarihinde davacının kardeşine tebliğ edilmek istenildiği, anılan şahsın tebligatı almaktan kaçındığı ve davacının da tebligatı posta idaresinden almaya gitmemesi üzerine tebligatın iade edildiği, davacının 30.10.2003 tarihinde Valilik kaydına geçen 22.10.2003 günlü dilekçesi ile çevre para cezasının iptali isteminde bulunduğu, davalı idarece 17.11.2003 günlü yazıyla para cezasına itirazın 7 gün içinde idare mahkemesine yapılması gerektiğinin bildirilmesi üzerine 1.12.2003 tarihinde, işlemin 22.10.2003 gününde tebellüğ edildiği belirtilerek bakılmakta olan davanın açıldığı anlaşılmaktadır.

Bu durumda özel yasasında yer alan düzenleme gereği tebliğ tarihinden itibaren 7 gün içinde iptali istemiyle dava açılması gereken dava konusu para cezasına ilişkin işlemin içeriğinde Anayasa'nın 40. maddesinde yer alan düzenlemeye uygun olarak kanun yolunun ve süresinin gösterilmemiş olması nedeniyle işlemin tebliğ tarihinden itibaren genel dava açma süresi olan altmış (60) gün içinde bakılmakta olan davanın açıldığı anlaşılmakla, davanın süresinde olduğunun kabulü gerektiğinden, İdare Mahkemesi kararında bu nedenle sonucu itibariyle isabetsizlik bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle Konya 2. İdare Mahkemesinin 31.5.2005 günlü, E:2005/124, K:2005/50 sayılı ısrar kararının davanın süresinde açıldığı yolundaki bölümünün yukarıda belirtilen gerekçeyle onanmasına, uyuşmazlığın esası hakkında karar verilmek üzere dosyanın Danıştay Altıncı Dairesine gönderilmesine 17.10.2008 gününde oyçokluğu ile karar verildi.

KARŞI OY

X- Anayasa'nın "Temel Hak ve Hürriyetlerin Korunması" başlığı altında düzenlenen 40. maddesine 4709 sayılı Kanun'un 16. maddesiyle eklenen ikinci fıkra ile "Devlet, işlemlerinde, ilgili kişilerin hangi kanun yolları ve mercilere başvuracağını ve sürelerini belirtmek zorundadır." hükmü getirilmiş; söz konusu hüküm ile bireylerin yargı ya da idari makamlar önünde haklarını arayabilmelerine kolaylık sağlanması amaçlanmıştır.

İdari dava açma süreleri, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu ile diğer özel kanunlarda düzenlenmiştir. İdari Yargılama Usulü Kanunu'nda davanın açılacağı yere göre belirlenen dava açma süreleri, ülke gerçekleri göz önünde bulundurarak tespit edilen genel sürelerdir. Özel kanunlarda belirlenen dava açma süreleri ise, kanunların düzenlenme alanına giren kamu hizmetlerinin özelliklerine göre tespit edilmiştir. Kanun koyucunun, kamu hizmetlerinin özellikleri yanında, bu hizmetlerin diğer kamu hizmetlerine göre önemlerini de göz önünde tutarak belirlediği bu süreler, İdari Yargılama Usulü Kanunu'nda belirlenen dava açma sürelerinden farklı, ayrı bir önem ve özellik taşıyan sürelerdir. Anayasa'nın 40ıncı maddesinin ikinci fıkrası ile idareye getirilen yükümlülüğün yerine getirilmeyerek özel kanunlara dayalı olarak kurulan işlemlerde yargı yerinin ve dava açma süresinin gösterilmemiş olması halinde özel kanunlarda düzenlenen sürelerin gözardı edilerek 2577 sayılı Kanunu'nda öngörülen genel dava açma sürelerinin uygulanması, kanun koyucunun amacının aşılması sonucunu doğuracağı gibi, kamu hizmetinin işleyişini aksatarak idari istikrarın bozulması sonucunu da doğurabilir. Zira, özel kanunlardaki farklı dava açma sürelerine ilişkin kurallar hukuken ayaktadır ve mevcut hukuki düzenlemelerde idarece Anayasal yükümlülüğün yerine getirilmeyerek işlemde kanun yolunun ve dava açma süresinin gösterilmemiş olması durumunda İdari Yargılama Usulü Kanunu'nda öngörülen genel dava açma süresinin uygulanacağına ilişkin herhangi bir kural yer almamaktadır.

Açıklanan nedenlerle, dava konusu idari para cezasına karşı 2872 sayılı Çevre Kanunu'nun 25. maddesinde belirlenen 7 günlük dava açma süresi geçirildikten sonra açılan davada süre aşımı bulunduğu, Mahkeme'ce verilen ısrar kararının bozulması gerektiği görüşüyle karara karşıyım.

VERGİ DAVA DAİRELERİ KURULU KARARLARI

DAMGA VERGİSİ

T.C.
D A N I Ş T A Y
Vergi Dava Daireleri
Kurulu
Esas No : 2007/403
Karar No: 2008/734

Özeti : Merkezi yurt dışında bulunan kurumlar tarafından hazırlanıp imzalanarak gönderilen ve karşı tarafça Türkiye'de imzalanmak suretiyle tamamlanan sözleşmeler yönünden damga vergisini doğuran olayın Türkiye'de gerçekleştiği ve kağıtların ibraz edilmesinin değil, ibraz edilebilecek olmasının yeterli olduğu hakkında.

Temyiz Eden **:** Kavaklıdere Vergi Dairesi Müdürlüğü
Karşı Taraf **:** ... İnşaat ve Ticaret Anonim Şirketi
Vekili **:** Av. ...

İstemin Özeti **:** Davacı şirketin, merkezi Almanya'da bulunan "... (...)" unvanlı şirket ile imzaladığı taahhüt sözleşmesi ve merkezi Bahreyn'de bulunan "... (...)" unvanlı şirket ile imzaladığı taşeronluk sözleşmesi Türkiye'de yapılmasına karşın, damga vergisi bildirimini izleyen ay verdiği beyannameye dahil etmeyen davacı adına Eylül 1997 dönemi için re'sen salınan ağır kusur cezalı damga vergisi dava konusu yapılmıştır.

Davayı inceleyen Ankara 4.Vergi Mahkemesi, 24.6.2003 günlü ve E:2002/926, K:2003/476 sayılı kararıyla; 488 sayılı Damga Vergisi Kanununun 1'inci maddesinde, bu Kanuna ekli (1) sayılı tabloda yazılı kağıtların damga vergisine tabi olduğunun, Kanundaki kağıtlar teriminin, yazılıp imzalanmak veya imza yerine geçen bir işaret konmak suretiyle düzenlenen ve herhangi bir hususu ispat veya belli etmek için ibraz edilebilecek belgeleri ifade ettiğinin, yabancı memleketlerde Türkiye'de yabancı elçilik ve konsolosluklarda düzenlenen kağıtlar Türkiye'de resmi dairelere ibraz edildiği, üzerine devir veya ciro işlemleri yürütüldüğü veya herhangi bir suretle hükümlerinden faydalanıldığı takdirde vergiye tabi tutulacağının hüküm altına alındığı, 213 sayılı Vergi Usul Kanununun 3'üncü maddesinin (A) bendinin 2'nci fıkrasında, vergi kanunlarının lafzı ve ruhu ile hüküm ifade edeceği, lafzın açık olmadığı hallerde vergi kanunları hükümlerinin, konuluşundaki maksat, hükümlerin yasa yapısındaki yeri ve diğer maddelerle bağlantısı göz önünde tutularak uygulanacağının kurala bağlandığı, bu hükümlere göre taraflarına haklar sağlayan ya da borç, yükümlülük ve ödevler yükleyen hukuki durumları belli eden veya ispata yarayan bir sözleşmenin hükümlerinden Türkiye'de yararlanılmıyorsa salt Türkiye'de imzalanmış olmasının, damga vergisine tabi olup olmadığının 488 sayılı Yasanın 1'inci maddesinin irdelenmesi ile ortaya çıkacağı, bu maddeye göre vergiye tabi olması gereken bir kağıttan bahsedilebilmesi için imza ya da işaret konulmak suretiyle düzenlenmiş; taraflar açısından herhangi bir hususu ispat ve belli etmek ve ibraz edilebilecek olması koşulları getirildikten sonra, yabancı memleketlerle Türkiye'deki yabancı misyonlarda düzenlenen kağıtların Türkiye'deki resmi dairelere ibrazı, üzerinde devir veya ciro işlemleri yürütülmesi veya herhangi bir suretle hükümlerinden faydalanılması halinde vergiye tabi olacağı ve ibraz koşulu ile sözleşmede yer alan yükümlülüklerin yerine getirilmesi ya da hakların elde edilmesinin Türkiye'de gerçekleşmesinin öngörülmüş olması

halinde, damga vergisini doğuran olayın varlığından bahsedileceğinin zımnen ifade edildiği, davacı şirketin 10.9.1997 tarihli sözleşme ile Almanya merkezli "..." şirketine karşı bu şirketin Hindistan'da bulunan ... İndustries limited şirketine olan hava ayırma ünitesi taahhüdünün üstlenildiği, yüklenilen bu işin, 11.9.1997 günü Bahreyn merkezli "..." ile yapılan sözleşme ile bu yabancı şirkete taşeron olarak yaptırılmasına karar verildiği, bu durumda, hak ve yükümlülüklerin elde edilmesi ve ifası bakımından Türkiye'de gerçekleşebilecek bir faydalanma öngörülmeyen ve taraflarınca yurt dışında imzalanarak Türkiye'ye gönderilen sözleşmelerin davacı tarafından Türkiye'de imzalanması nedeniyle Türkiye'de düzenlendiği kabul edilerek, damga vergisine konu kağıt olarak nitelendirilmesinde hukuka uygunluk bulunmadığı gerekçesiyle tarhiyatın kaldırılmasına karar vermiştir.

Vergi idaresinin temyiz başvurusunu inceleyen Danıştay Yedinci Dairesi, 14.12.2005 günlü ve E:2003/2319, K:2005/3273 sayılı kararıyla; 488 sayılı Kanunun 1'inci maddesine değinerek; olayda her iki sözleşmenin taraflarca mutabık kalınan çerçevede yurt dışında hazırlanıp, sözleşmenin yurt dışında bulunan taraflarınca imzalandıktan sonra, davacı şirkete iki nüsha halinde gönderildiği ve birer nüshası imzalandıktan, bir başka deyişle imzaları tamamlandıktan sonra da ilgili yabancı şirketlere geri gönderildiğinin taraflar arasında ihtilafsız olduğu, bu durumda, imza safhası Türkiye'de tamamlanan ve bu suretle herhangi bir hususu ispat ve belli etmek için ibraz edilebilecek nitelik kazanan sözleşmelerin Türkiye'de düzenlendiği, bir başka ifadeyle, vergiyi doğuran olayın Türkiye'de gerçekleştiği sonucuna varılmakla, söz konusu sözleşmelerin 488 sayılı Kanunun yukarıda anılan 1'inci maddesinin 1'inci fıkrası uyarınca damga vergisine tabi tutulmasında yasaya aykırılık görülmediğinden, mahkemece, bu sözleşmelerin yurt dışında düzenlenen kağıtlardan olduğunun kabulü suretiyle yapılan değerlendirmeye dayalı kararda isabet görülmediği gerekçesiyle bozmuştur.

Bozma kararına uymayan Ankara 4.Vergi Mahkemesi, 17.4.2007 günlü ve E:2007/463, K:2007/734 sayılı kararıyla, tarhiyatın kaldırılması yolundaki ilk kararında ısrar etmiştir.

Israr kararı vergi idaresi tarafından temyiz edilmiş, söz konusu sözleşmelerin Türkiye'de düzenlendiği ve taahhüt ve iş bedellerinin tahsil ve ödenmesinde dayanak gösterilmek suretiyle Türkiye'de kullanıldığı ileri sürülerek bozulması istenmiştir.

Savunmanın Özeti : İstemin reddi gerektiği savunulmuştur.

Danıştay Tetkik Hâkimi Murat GÜNGÖR'ün Düşüncesi: İmza safhası Türkiye'de tamamlanan ve bu suretle herhangi bir hususu ispat ve belli etmek için ibraz edilebilecek nitelik kazanan sözleşmeler Türkiye'de düzenlendiğinden, ısrar kararının bozulması gerektiği düşünülmektedir.

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

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

TÜRK MİLLETİ ADINA

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

488 sayılı Kanunun 1'inci maddesinin birinci fıkrasında, bu Kanuna ekli (1) sayılı tabloda yazılı kağıtların damga vergisine tabi olduğu; vergilendirme döneminde yürürlükteki metnine göre ikinci fıkrasında da, bu Kanundaki kağıtlar teriminin, yazılıp imzalanmak veya imza yerine geçen bir işaret konmak suretiyle düzenlenen ve herhangi bir hususu ispat veya belli etmek için ibraz edilebilecek olan belgeleri ifade ettiği; üçüncü fıkrasında ise, yabancı

memleketlerle Türkiye'deki yabancı elçilik ve konsolosluklarda düzenlenen kağıtların, Türkiye'de resmi dairelere ibraz edildiği, üzerine devir veya ciro işlemleri yürütüldüğü veya herhangi bir suretle hükümlerinden faydalanıldığı takdirde vergiye tabi tutulacağı hükme bağlanmıştır.

Bu hükümlere göre, damga vergisine tabi bir kağıdın varlığı için öncelikle yazılması ve imzalanması veya imza yerine geçen bir işaret konmak suretiyle düzenlenmiş bir kağıdın bulunması gerekmektedir. Yasa yapıcı bu koşulun varlığını vergiyi doğuran olayın meydana gelmesi için yeterli görmeyerek ikinci bir koşulun da varlığını aramıştır. Bu ikinci koşul, vergiye tabi kağıdın Türkiye'de ya da yurt dışında düzenlenmiş olmasına göre farklılaştırılmıştır. İkinci fıkra Türkiye'de düzenlenen kağıtlarda, üçüncü fıkra ise yurt dışında düzenlenen kağıtlarda vergiyi doğuran olayın gerçekleşeceği durumları belli etmektedir. Bu nedenle kağıdın nerede düzenlendiğinin belirlenmesi, vergiyi doğuran olayın varlığını tayinde önem taşımaktadır. Türkiye'de düzenlenen kağıtlarda bu olayın varlığı için kağıdın, ibraz edilmesi değil, herhangi bir hususu ispat etmek yahut belli etmek için ibraz edilebilecek nitelik taşıması yeterli görülmüşken; yurt dışında düzenlenen kağıtların, Türkiye'de resmi dairelere ibraz edilmesi veya Türkiye'de devir ve ciro edilmesi yahut kağıdın hükümlerinden Türkiye'de faydalanılmış olması da aranmıştır.

Vergisi ihtilaflı sözleşmelerin davacı ile merkezleri yurt dışında bulunan yabancı kurumlar arasında yapıldığında tartışma yoktur. Sözleşmeler, taraflarına karşılıklı olarak belli bir edimin yerine getirilmesi borcunu yükleyen iki taraflı metinlerdir. Bu yüzden her iki tarafça sözleşme metninin uygun bulunduğunu göstermek üzere, imzalanması halinde bu niteliği kazanır. Böyle bir metnin taraflardan birinin imzasını taşıdığı evrede sadece o tarafın diğer tarafla hangi koşullar altında sözleşme yapılabileceğine ilişkin tek taraflı irade açıklamasının varlığından söz edilebileceğinden bu evre, sözleşmenin hazırlık evresidir. Sözleşme, bir tarafın hazırlayarak imzaladığı sözleşme metninin sunulduğu diğer tarafça da imzalanmasıyla yapılmış olur. Bu nedenle merkezleri yurt dışında bulunan kurumlar tarafından hazırlanıp imzalanarak Türkiye'de bulunan davacıya gönderilen ve incelendikten sonra davacı tarafından da imzalanmak suretiyle tamamlandığı anlaşılan sözleşmelerin Türkiye'de yapıldığının kabulü zorunludur. Damga Vergisi Kanununun 1'inci maddesinin birinci fıkrasındaki kağıtlardan olan ve düzenlenmesi davacı tarafından Türkiye'de imzalanmasıyla tamamlanan sözleşmeler yönünden vergiyi doğuran olayın, aynı maddenin ikinci fıkrasına göre belirlenmesi gerekmektedir. Maddenin ikinci fıkrası vergiyi doğuran olayın gerçekleşmesi için kağıtların ibraz edilmesini değil, ibraz edilebilecek olmasını yeterli gördüğü halde yurt dışında yapılmış sözleşmelerde bu olayın gerçekleşmesi için aranan üçüncü fıkradaki faydalanma koşuluna dayanılarak verilen ısrar kararında hukuka uygunluk görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle, temyiz isteminin kabulü ile, Ankara 4.Vergi Mahkemesinin, 17.4.2007 günlü ve E:2007/463, K:2007/734 sayılı kararının, yukarıda belirtilen hususlar dikkate alınarak yeniden karar verilmek üzere bozulmasına, yeniden verilecek kararda hüküm altına alınacağından yargılama giderleri hakkında hüküm kurulmasına gerek bulunmadığına, 21.11.2008 gününde oyçokluğu ile karar verildi.

KARŞI OY

X- Temyiz dilekçesinde ileri sürülen iddialar vergi mahkemesi ısrar kararının bozulmasını gerektirecek nitelikte görülmediğinden, temyiz isteminin reddi gerektiği görüşüyle karara katılmıyoruz.

T.C.
D A N I Ş T A Y
Vergi Dava Daireleri
Kurulu
Esas No : 2007/323
Karar No: 2008/723

Özeti : Gerçek bir emtia teslimine dayanmayan faturalarda, şeklen yer alan katma değer vergisinin yüklenilmiş bir vergi olmaması nedeniyle, Katma Değer Vergisi Kanunu uyarınca, indirim konusu yapılamayacağı hakkında.

Temyiz Eden **:** … Limited Şirketi
Karşı Taraf **:** İnegöl Vergi Dairesi Müdürlüğü
İstemin Özeti **:** Matbaacılık faaliyetinden 2002 yılında 27.770.594.585 lira hasılat beyan eden davacı şirketin, bu dönemde katma değer vergisi dahil 7.825.000.000 lira tutarındaki eşantiyon ve reklam amaçlı ahşap masa saati alışlarını, hakkında sahte ve içeriği itibariyla yanıltıcı fatura düzenlediğine ilişkin vergi tekniği raporu bulunan ...'e ait faturalarla belgelendirerek gerçekte yüklenmediği halde söz konusu faturalarda gösterilen katma değer vergisini indirim konusu yapması nedeniyle yeniden düzenlenen katma değer vergisi beyan tablosuna göre ödenecek verginin çıktığı Mart, Nisan, Mayıs, Haziran, Temmuz, Ağustos ve Kasım 2002 dönemleri için adına katma değer vergisi salınmış vergi ziyaı cezası kesilmiştir.

Davayı inceleyen Bursa Vergi Mahkemesi, 24.10.2005 günlü ve E:2004/1234, K:2005/1925 sayılı kararıyla; 3065 sayılı Katma Değer Vergisi Kanununun 29'uncu maddesindeki düzenlemeye değindikten sonra 213 sayılı Vergi Usul Kanununun 3/B maddesinde; vergilendirmede, vergiyi doğuran olay ve bu olaya ilişkin muamelelerin gerçek mahiyetinin esas olduğu kurala bağlandığından Katma Değer Kanununun 29'uncu maddesi hükmünden yararlanabilmenin ön şartının, vergisi indirim konusu yapılabilecek işlemlerle ilgili fatura ve benzeri vesikaların gerçeği yansıtması, yani mükelleflerin, kendilerine yapılan teslim ve hizmetler dolayısıyla düzenlenen fatura ve benzeri belgeler üzerinde gösterilen katma değer vergisinin gerçekten ödenmesi olduğu, gerçekleşmemiş teslim ve hizmetler dolayısıyla bir katma değer vergisi ödemesi ve bunun sonucu olarak da bir vergi indirimi söz konusu edilemeyeceğinden, vergi indirimine dayanak teşkil eden faturaların gerçeği yansıtıp yansıtmadığının saptanması gerektiği, düzenlenen bir faturanın gerçek dışı olup olmadığının saptanmasının ise bu faturanın düzenlenmesinden önceki alım-satım kademelerindeki bütün işlemlerin incelenmesine bağlı olduğu, davacının bir kısım emtia alışlarını gerçekleştirdiği ... hakkında düzenlenen ve Mahkemelerince 5.4.2005 tarihli ara kararı ile getirtilen vergi tekniği raporu ile inceleme raporunun incelenmesinden; adı geçen kişinin komisyon karşılığında fatura ticareti yaptığı istihbaratı üzerine Bursa Emniyet Müdürlüğü Kaçakcılık ve Organize Suçlar Bürosu tarafından yapılan tahkikat ve aramalarda anılan kişinin yakalanamadığı, ancak bu şahsa ait bazı faturaların, beraber fatura düzenledikleri belirlenen üç kişi ile birlikte ele geçirildiği, davalı idarece ...'in işe başlama başvurusu üzerine 20.2.2004 tarihinde yapılan yoklamada, işyerinin 16 m2 olduğu, işçi çalıştırmadığı, demirbaş olarak bir adet büro masası, bir adet koltuk, iki adet misafir koltuğu bulunduğu, bunların da mülk sahibine ait olduğu, işyerinin kira ile tutulduğunun saptandığı, 9.6.2003 tarihinde yapılan yoklamada ise ikametgah adresinden, adres bırakmadan ayrıldığı, iş yerini terk etttiği ve işyerinin boş olduğunun tespit edildiği, 17.2.2004 tarihli adres tespit tutanağı ile de işyeri adresinden

Mayıs 2001 ayında ayrıldığının belirlendiği, 2002 yılı gelir vergisi beyannamesini, Ocak 2003 döneminden sonra da katma değer vergisi beyannamelerini vermediği, dolayısıyla % 2 komisyon karşılığında fatura ticareti yaptığının kabulü gerektiği tespitlerine yer verildiği, bu tespitlerin bir bütün olarak değerlendirilmesinden, ...'in alış ve satışlarının sahte olduğu, gerçek bir ticari faaliyetinin bulunmadığı, komisyon karşılığı fatura düzenlediği anlaşıldığından, davacının bu kişiden yapmış göründüğü emtia alımlarının gerçek bir ticari ilişkiye dayanmadığı sonucuna varıldığından, gerçek bir emtia teslimine dayanmaksızın düzenlenen belgelerde gösterilen katma değer vergisi indiriminin de söz konusu olamayacağı gerekçesiyle davanın reddine karar vermiştir.

Davacının temyiz istemini inceleyen Danıştay Dokuzuncu Dairesi 17.5.2006 günlü, ve E:2006/447, K:2006/1779 sayılı kararıyla**;** gerçekleşmemiş teslim ve hizmetler dolayısıyla katma değer vergisi ödenmesi ve bunun sonucu olarak da vergi indirimi söz konusu olamayacağından, vergi indirimine dayanak teşkil eden faturaların gerçeği yansıtıp yansıtmadığının ortaya konulması gerektiği, yükümlü şirket adına fatura düzenleyen ... hakkında düzenlenen vergi inceleme raporlarında belirtilen tespitlerden hareketle ...'in davacıya düzenlediği faturaların sahte olduğu sonucuna varılmış ise de, adı geçen kişinin davacıya fatura düzenlediği 2002 yılında faal olduğu, 2002 yılına ilişkin katma değer vergisi beyannamelerini verdiği, adresinde bulunmadığına ilişkin tespitin yükümlüye fatura düzenlediği dönemden sonra yapıldığı anlaşıldığından, sahte fatura düzenlediği ileri sürülen kişi hakkında yeterli ve somut tespitler içermeyen inceleme raporuna dayanılarak yapılan tarhiyata karşı açılan davayı reddeden vergi mahkemesi kararında isabet görülmediği gerekçesiyle kararı bozmuştur.

Bozma kararın uymayan Bursa Vergi Mahkemesi 16.4.2007 günlü ve E:2007/1384, K:2007/1145 sayılı kararıyla; kesilen vergi ziyaı cezasının dayanağı olan 213 sayılı Vergi Usul Kanununun 344'üncü maddesinin 2'inci 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 aslının üç katı tutarındaki vergi ziyaı cezasına ilişkin kısmı yönünden reddi yolundaki ilk kararında ısrar etmiş, vergi ziyaı cezasının fazlasının kaldırılmasına karar vermiştir.

Davacı, katma değer vergisini indirim konusu yaptığı faturaların gerçek bir emtia hareketine dayanan faturalar olduğu, faturaları düzenleyen kişi ile ilgili tespitlerin, kurum adına tarhiyat yapılmasını gerektirecek nitelikte bulunmadığını ileri sürerek ısrar kararının bozulmasını istemiştir.

Savunmanın Özeti : İstemin 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 Zerrin GÜNGÖR'ün Düşüncesi :Danıştay Dokuzuncu Dairesinin E:;2006/447, K:2006/1779 sayılı ve 17.5.2006 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 işlemleri tamamlanmış olduğundan davacının yürütmenin durdurulması istemi hakkında ayrıca karar verilmesine gerek görülmeyerek, dosyadaki belgeler incelendikten sonra gereği görüşüldü:

Vergilendirme döneminde teslim ettiği emtia bedellerinden oluşan katma değer vergisine tabi hasılat tutarı 27.770.594.000.- lira olan davacı, kayıtlarına göre 7.825.000.000.-lira tutarında ahşap masa saatini eşantiyon olarak dağıtmış görünmektedir. Müşterilere dağıtıldığı belirtilen eşantiyon emtia için gayrisafi hasılatın yaklaşık dörtte biri düzeyinde ek maliyete katlanılması sonucunu ifade eden söz konusu alışların tümünün,

...'ten yapıldığı ise kayıtlarıyla sabittir. ...'in ahşap emtia üreten bir mükellef olmadığı, orman ürünleri ticareti yapmak üzere mükellefiyet tesis ettirdiği ve hakkında yapılan bir ihbar üzerine Bursa Emniyet Müdürlüğü Organize Şuçlar Şube Müdürlüğünce arandığı, yakalanamadığı; düzenlediği ve düzenlemek üzere bulundurduğu faturaların, fatura ticaretini birlikte yürüttüğü iki kişi ile birlikte mali polis tarafından ele geçirildiği dosyadaki belgelerle kanıtlıdır.

Vergilendirmenin dayandığı inceleme raporu ve bu raporda gönderme yapılan ... hakkında düzenlenen vergi tekniği raporunda yer alan tespitlere göre 2001 yılından itibaren bir fatura ticareti organizasyonu içinde olan adı geçenin, faaliyet konusu orman ürünü teslimi olmasına karşın, ahşap masa saati teslimi açıklamasını içeren faturalarının gerçekten böyle bir teslim için düzenlenmiş olamayacağı açıktır.

Hasılatın yaklaşık dörtte biri tutarında bir maliyete katlanılarak eşantiyon dağıtılması vergilendirme döneminin ekonomik koşullarına olduğu kadar ticari gereklere de aykırı düşen davacı, söz konusu eşantiyonları hangi müşterilerine teslim ettiğini kayıtlarında göstermediği gibi bu konuda bir kanıt da sunmamıştır.

Herhangi bir emtia teslimini temsil etmeksizin düzenlenen faturaların, belgelendirilmemiş maliyetleri belgelendirmek ya da maliyetleri yüksek göstermek amacıyla temin edildiği bilinen bir gerçektir. Hangi nedenle temin edilmiş olursa olsun her iki durumda da şeklen faturada yer alan katma değer vergisinin yüklenilmiş bir vergi olarak kabulüne olanak bulunmadığından indirim konusu yapılması, Katma Değer Vergisi Kanununa aykırıdır. Bu nedenle davanın katma değer vergisine ilişkin kısmının reddi yolundaki hükümde 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 ziyaı cezasının gecikme faizi dahil edilmeksizin hesaplanan kısmı yönünden davanın reddine ilişkin hükümde de hukuka aykırılık bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle temyiz isteminin reddine, 21.11.2008 gününde oyçokluğuyla karar verildi.

KARŞI OY

X- Israr kararının Danıştay Dokuzuncu Dairesinin bozma kararında yer alan hukuksal nedenler ve gerekçe uyarınca bozulması gerektiği oyu ile karara katılmıyoruz.

KARŞI OY

XX- 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun , 4369 sayılı Kanunla değişik 344 üncü maddesinin 2 inci fıkrasında , vergi ziyaı suçunu işleyenlere vergi ziyaı 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 ziyaı suçu işleyenlere, zıyaa uğrattıkları verginin bir katı tutarında vergi ziyaı 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 ziyaı cezası kesilmesini gerektiren fiiller için ziyaa uğratılan verginin bir katı tutarında vergi ziyaı cezası kesilir. Bu ceza; vergi ziyaına 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 ziyaı 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 cezalandırılamaz" 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 ayni 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. İçtüzüğü 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 aleminde 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 ziyaı suçu işleyenlere 5479 sayılı yasanın yürürlüğe girdiği tarihe kadar vergi ziyaı cezası kesilmemesi gerektiği görüşüyle kararın vergi ziyaı cezası ile ilgili kısmına katılmıyorum.

T.C.
D A N I Ş T A Y
Vergi Dava Daireleri Kurulu
Esas No : 2007/492
Karar No: 2008/735

Özeti : **1-** Vergi beyannamesinin verilmemesi halinde vergi matrahının tamamen veya kısmen defter kayıt ve belgelere veya kanuni ölçülere dayanılarak tespitinin mümkün olmadığının kabul edileceği,
2- Vergilendirmenin dayanağı resen tarh nedeni defter ve belge ibrazından kaçınılması olmadığından, ibraz yazısının tebliğine ilişkin usule aykırılıkların söz konusu hukuki durumu etkilemeyeceği,
3- Vergi incelemesi sırasında veya sonunda düzenlenen tutanakların nezdinde inceleme yapılan veya yetkilisince imzalanmamış olmasının, vergilendirmenin kaldırılmasını gerektirmeyeceği hakkında.

Temyiz Eden **:** Sivrihisar Vergi Dairesi Müdürlüğü
Karşı Taraf **:** ...

İstemin Özeti : 1998 yılında satın aldığı ithal motorine ait katma değer vergisinin, Katma Değer Vergisi Kanununun 9'uncu maddesi ve 68 sayılı Katma Değer Vergisi Genel Tebliğinde öngörülen kısmı, tevkif edilmediği ve vergi dairesine yatırılmadığından; davacı adına, sorumlu sıfatıyla Ekim 1998 dönemi için re'sen salınan kaçakçılık cezalı katma değer vergisi davaya konu yapılmıştır.

Davayı inceleyen Eskişehir 1.Vergi Mahkemesi, 7.3.2002 günlü ve E:2001/298, K:2002/91 sayılı kararıyla; 213 sayılı Vergi Usul Kanununun tebliğ yapılacak kimseleri düzenleyen 94'üncü maddesinin 1'inci fıkrasında; tebliğin mükelleflere, bunların kanuni temsilcilerine, umumi vekillerine veya vergi cezası kesilenlere yapılacağı, 3'üncü fıkrasında da; kendisine tebligat yapılacak kimsenin bulunmaması halinde, tebliğin ikametgah adresinde bulunanlara veya işyerlerinde memur ya da müstahdemlerinden birine yapılacağı, aynı Kanunun 134'üncü maddesinin 1'inci fıkrasında; vergi incelenmesinden maksadın, ödenmesi gereken vergilerin doğruluğunu araştırmak, tespit etmek ve sağlamak olduğu; 141'inci maddesinde; inceleme esnasında lüzum görülen hallerde, vergilendirme ile ilgili olayların ve hesap durumlarının tutanaklar ile tespit ve tevsik olunabileceği, ilgililerin itiraz ve mülahazaları varsa, bunların da tutanağa geçirileceği, bu suretle düzenlenen tutanakların birer nüshasının mükellefe veya nezdinde inceleme yapılan kimseye bırakılmasının mecburi olduğunun öngörüldüğü, 30.9.1998 ile 12.1.1999 tarihleri arasında ithal motorin satışı yapan davacının aynı dönem defter ve belgelerinin incelenmek üzere ibrazı istenen 2.6.1999 gün ve 1999/Y-32 sayılı yazının, 14.6.1999 tarihinde davacının ağabeyi …'a, 7.7.1999 gün ve 1999/Y-39 sayılı yazının ise 12.7.1999 tarihinde davacının gelini …'a tebliğ edilmesine rağmen defter ve belgelerin ibraz edilmemesi üzerine, 5.7.1999 gün ve 1999/6-16 sayılı, 29.7.1999 gün ve 1999/6-17 sayılı basit raporlar düzenlenerek özel usulsüzlük cezaları kesildiği, yaklaşık üç yıl sonra, 16.2.2001 tarihinde ibraz edilen defter ve belgeler üzerinde yapılan inceleme sonucunda düzenlenen 20.2.2001 günlü tutanağın imzalanması için gönderilen 20.2.2001 gün ve 2001/10 sayılı yazının, davacının eşi açıklamasıyla …'a tebliğ edilmesine karşın tutanağın imzalanması için başvurulmadığından, inceleme raporunda belirtilen matrah farkı üzerinden re'sen salınan katma değer vergisi ve kesilen kaçakçılık cezasına ilişkin ihbarnamelerin bizzat davacıya tebliğinden sonra açılan davada; dava dilekçesine ekli nüfus kayıt örneğine göre davacının Hayrettin isimli ağabeyi ve bekar olması nedeniyle eşi ve gelinin olmadığı, dolayısıyla gerek defter ve belgelerin ibrazına dair yazıların, gerekse defter ve belgeler üzerinde yapılan inceleme sonucu düzenlenen tutanağın imzalanması için gönderilen yazının yasada belirtilen kişilere ve usulüne uygun olarak tebliğ edilmediği; bu nedenle, olayda, re'sen tarh sebebi bulunmadığı gerekçesiyle tarhiyatın kaldırılmasına karar vermiştir.

Vergi dairesi müdürlüğünün temyiz istemini inceleyen Danıştay Yedinci Dairesi, 10.11.2005 günlü ve E:2002/2716, K:2005/2676 sayılı kararıyla; 213 sayılı Kanunun 94'üncü maddesinden 1'inci ve 3'üncü fıkralarına değindikten sonra davacı tarafından, gerek defter ve belge ibrazına ilişkin yazıların, gerekse defter ve belgeler üzerinde yapılan inceleme sonucu düzenlenen tutanağın imzalanmasına ilişkin yazıların kendisi ile akrabalık bağı bulunmayan ve hiçbir şekilde tanımadığı kişilere tebliğ edildiği ileri sürülmekte ve nüfus kayıtları delil olarak sunulmakta ise de, değinilen yasa hükmüne göre, kendisine tebligat yapılacak kimsenin bulunmaması halinde tebligatın ikametgah adresinde o sırada bulunanlardan birine yapılabileceğinin açık olduğu, dava konusu ihbarnamenin de ikametgah adresinde tebellüğ edilmesi karşısında, defter ve belge ibraz yazıları ile vergi incelemesine ilişkin tutanağın imzalanmasına dair yazıların doğru adreste ve orada bulunanlara tebliğ edildiği sonucuna ulaşıldığı gerekçesiyle, davanın esası hakkında karar verilmek üzere kararı bozmuştur.

Bozma kararına uymayan Eskişehir 1.Vergi Mahkemesi, 18.4.2007 günlü ve E:2007/240, K:2007/200 sayılı kararıyla; ilk kararında yer alan hukuksal nedenler ve gerekçeye ek olarak, nüfus kayıtlarının incelenmesi sonucunda, davacıya gönderilen tebligatı

alan ... isimli ağabeyi, ... isimli eşi ve ... isimli gelinin olmadığı anlaşıldığından, tebligatın gerçekten yapılıp yapılmadığı, yapıldı ise doğru adreste yapılıp yapılmadığının açık olmadığı; kaldı ki, davacı adına aynı nedenle salınan kaçakçılık cezalı gelir vergisini aynı sebeple kaldıran Mahkemelerinin 7.3.2002 günlü ve E:2001/295, K:2002/88 sayılı kararına karşı yapılan vergi idaresi temyizinin Danıştay Dördüncü Dairesinin 11.12.2003 günlü ve E:2002/3180, K:2003/3185 sayılı kararıyla reddedildiği gerekçesiyle tarhiyatın kaldırılması yolundaki ilk kararında ısrar etmiştir.

Israr kararı vergi idaresi tarafından temyiz edilmiş, tebligatların davacının beyan ettiği adreste yapıldığı, ayrıca, davaya konu ihbarnamenin de aynı adreste davacıya tebliğ edildiği ileri sürülerek bozulması istenmiştir.

Savunmanın Özeti : Savunma verilmemiştir.

Danıştay Tetkik Hâkimi Murat GÜNGÖR'ün Düşüncesi: Yapılan tebligatın usulüne uygun olduğu, ayrıca, sorumlu sıfatıyla davacı adına re'sen salınan kaçakçılık cezalı katma değer vergisi uyuşmazlığında, dava konusu işlem öncesindeki tebligat aşamasındaki usulsüzlüklere dayanılarak karar verilmesi hukuka aykırı olduğundan ısrar kararının bozulması gerektiği düşünülmektedir.

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

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

TÜRK MİLLETİ ADINA

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

Temyiz başvurusu, 1998 yılında satın aldığı ithal motorine ait katma değer vergisinin, Katma Değer Vergisi Kanununun 9'uncu maddesi ve 68 sayılı Katma Değer Vergisi Genel Tebliğinde öngörülen kısmının, tevkif edilerek vergi dairesine yatırılmaması nedeniyle davacı adına, sorumlu sıfatıyla Ekim 1998 dönemi için re'sen salınan kaçakçılık cezalı katma değer vergisini kaldıran vergi mahkemesinin ısrar kararının bozulması istemine ilişkindir.

3065 sayılı Katma Değer Vergisi Kanunun vergi sorumlusu başlıklı 9'uncu maddesinin birinci fıkrasında mükelleflerin Türkiye içinde ikametgahlarının, işyerlerinin, kanuni ve iş merkezlerinin bulunmaması hallerinde ve gerekli görülen diğer hallerde Maliye Bakanlığı tarafından, vergi alacağının emniyet altına alınması amacıyla, vergiye tabi işlemlere taraf olanları verginin ödenmesinden sorumlu tutabileceği; bu maddeye dayanılarak hazırlanan ve 11.6.1998 tarihinde yayımlanan 68 sayılı Katma Değer Vergisi Genel Tebliğinde ise, bu Tebliğin yayımını izleyen ay başından itibaren, ithalatçılar, rafineriler, akaryakıt dağıtım firmaları ve akaryakıt bayileri dışında kalan satıcılar tarafından, gerçek usule tabi katma değer vergisi mükellefleri ile kamu kurum ve kuruluşlarına yapılan, motorin, benzin ve fuel oil teslimlerinde, teslim bedeli üzerinden hesaplanacak katma değer vergisinin % 90'ının satıcıya ödenmeyeceği, alıcılar tarafından vergi sorumlularına ait 2 numaralı katma değer vergisi beyannamesi ile beyan edilerek vergi dairesine yatırılacağı, sorumlu sıfatıyla beyan edilecek bu verginin genel hükümler çerçevesinde indirim konusu yapılabileceği, satıcıların ise, katma değer vergisinin % 10'unu genel esaslara göre beyan ederek ödeyecekleri, ithalatçılar, rafineriler, akaryakıt dağıtım firmaları ve akaryakıt bayileri dışında kalan satıcıların, gerçek usulde vergiye tabi katma değer vergisi mükellefleri ile kamu kurum ve kuruluşları dışındaki alıcılara teslim etmeleri halinde tevkifat uygulanmayacağı, teslim bedeli üzerinden hesaplanan katma değer vergisinin satıcılar tarafından genel hükümler çerçevesinde beyan edilip ödeneceği düzenlenmiştir.

Davaya konu edilen vergilendirmenin ithal motorin teslim bedeli üzerinden hesaplanan katma değer vergisinin %90'ının satıcıya ödenmeyerek davacı tarafından beyanname ile beyan edilmemesi nedeniyle yapıldığı ve re'sen tarh sebebinin beyannamenin verilmemesi olduğu anlaşılmaktadır.

213 sayılı Vergi Usul Kanunun re'sen vergi tarhı başlıklı 30'uncu maddesinin ikinci fıkrasının 1'inci bendinde, gerekmesine karşın vergi beyannamesinin verilmemesi halinde, vergi matrahının tamamen veya kısmen defter, kayıt ve belgelere veya kanuni ölçülere dayanılarak tespitinin mümkün olmadığının kabul edileceği ve verginin re'sen tarh edileceği; 11'inci maddesinin birinci fıkrasında da, yaptıkları veya yapacakları ödemelerden vergi kesmeye mecbur olanların, verginin tam olarak kesilip ödenmesinden sorumlu olacağı kurala bağlanmıştır.Vergilendirmenin dayandığı re'sen tarh nedeni defter ve belgelerin incelemeye ibrazından kaçınılması olmadığından, ibraz yazısının tebliğine ilişkin işlemlerin usulüne uygun yapılmamasının bu duruma etkisi bulunmamaktadır. Kaldı ki sözü edilen yazının, ihbarnamenin de davacıya tebliğ edildiği ikametgah adresinde, tebliğin yapıldığı sırada bulunan ancak doğru kimlik bildirmeyen bir kimseye tebliğ edildiği açıktır. Defter ve belge ibraz yazısının gereği yazıda öngörülen sürede yerine getirilmemekle birlikte, işletmedeki faaliyetin yürütülmesi için davacı tarafından vekil atanan babası tarafından sonradan ibraz edilen belgeler üzerinde inceleme yapıldığında da ihtilaf yoktur.

213 sayılı Kanunun 141'inci maddesinin birinci fıkrasında, inceleme esnasında lüzum görülen hallerde, vergilendirme ile ilgili olaylar ve hesap durumlarının ayrıca tutanaklar ile tespit ve tevsik olunabileceği, ilgililerin itiraz ve mülahazaları varsa bunların da tutanağa geçirileceği, bu suretle düzenlenen tutanakların bir nüshasının mükellefe veya nezdinde inceleme yapılan kimseye bırakılmasının mecburi olduğu, ikinci fıkrasında, ilgililer tutanakları imzalamaktan çekindikleri takdirde tutanakta bahis konusu edilen olaylar ve hesap durumlarını ihtiva eden defter veya vesikaların nezdinde inceleme yapılandan rızasına bakılmaksızın alınacağı ve inceleme neticesinde tarh edilen vergiler ve kesilen cezalar kesinleşinceye kadar geri verilmeyeceği, bu defterlerin suç delili olmaması şartıyla ilgililerin her zaman bu tutanakları imzalıyarak defter ve vesikaları geri alabilecekleri hüküm altına alınmıştır.

Bu hükümlerden, inceleme sırasında vergilendirme ile ilgili olaylar ve hesap durumu hakkında tutanak düzenlenmesinin, incelemeyi yapanın buna gerek görmesine bağlı olduğu ve bu tutanakların ilgililer tarafından imzalanmasından kaçınılması halinde bu durumun yaptırımının ise incelemeye dayanak alınan defter ve belgelerin, vergiler ve kesilen cezalar kesinleşinceye kadar ilgililere geri verilmemesi olduğu anlaşılmaktadır. Dolayısıyla inceleme sırasında veya sonunda düzenlenen tutanakların nezdinde inceleme yapılan veya yetkilisince imzalanmamış olması, vergilendirmenin kaldırılmasını gerektiren bir durum olarak düzenlenmemiştir.

Ekim 1998 döneminde ithal motorin alışları nedeniyle yukarıda değinilen Genel Tebliğ hükümleri uyarınca tevkifat yapmaması ve beyan ederek ödememesi nedeniyle davacı adına re'sen salınan kaçakçılık cezalı katma değer vergisine karşı açılan bu davanın çözümü, ithal motorinin; ithalatçılar, rafineriler, akaryakıt dağıtım firmaları ve akaryakıt bayileri dışında kalan satıcılardan alındığının kanıtlanmasına bağlı olduğu halde, tarh nedenine ve vergilendirmeye etkisi bulunmayan ibrazdan ve imzadan kaçınma noktası incelenerek verilen kararın bozulması gerekmiştir.

Açıklanan nedenlerle, temyiz isteminin kabulü ile, Eskişehir 1.Vergi Mahkemesinin, 18.4.2007 günlü ve E:2007/240, K:2007/200 sayılı ısrar kararının, dava hakkında yeniden karar verilmek üzere bozulmasına, yeniden verilecek kararda hüküm altına alınacağından yargılama giderleri hakkında hüküm kurulmasına gerek bulunmadığına, 21.11.2008 gününde oyçokluğu ile karar verildi.

KARŞI OY

X- Temyiz dilekçesinde ileri sürülen iddialar vergi mahkemesi ısrar kararının bozulmasını gerektirecek nitelikte görülmediğinden, temyiz isteminin reddi gerektiği görüşüyle karara katılmıyoruz.

KAMU ALACAKLARININ TAHSİLİ

T.C.
D A N I Ş T A Y
Vergi Dava Daireleri
Kurulu
Esas No : 2008/522
Karar No: 2008/738

Özeti : 1- Yeminli mali müşavirlerin, Vergi Usul Kanunu'nun mükerrer 227'nci maddesine dayanan sorumluluğunun, borçtan sorumluluk olduğu,
2- Müteselsil borçlular, tahakkuk etmiş ve vadesi geçmiş alacağın tahsil edilmemiş kısmından, asıl borçluya rücu olanağı bulunmak üzere sorumlu tutulduklarından, 3568 sayılı Yasa'ya tabi meslek mensupları hakkındaki takibe, ödeme emri düzenlenerek başlanması gerektiği hakkında.

Temyiz Eden **:** Uray Vergi Dairesi Müdürlüğü
Karşı Taraf **:** …
İstemin Özeti **:** Yeminli mali müşavir olan ve tam tasdik sözleşmesi imzaladığı şirketin bir kısım hasılatını kayıt ve beyan dışı bırakması nedeniyle salınan cezalı kurumlar vergisi ile fon payı ve gecikme faizinden müştereken ve müteselsilen sorumlu tutulan davacı adına düzenlenen ödeme emri davaya konu yapılmıştır.

Davayı inceleyen Mersin Vergi Mahkemesi, 16.2.2006 günlü ve E:2005/318, K:2006/352 sayılı kararıyla; 213 sayılı Yasanın mükerrer 227'nci maddesinde, beyannameyi imzalayan meslek mensuplarının, imzaladıkları beyannamelerde yer alan bilgilerin defter kayıtlarına ve bu kayıtların dayanağını teşkil eden belgelere uygun olmamasından dolayı ortaya çıkan vergi ziyaına bağlı salınacak vergi ve cezalardan, mükellefle birlikte müştereken ve müteselsilen sorumlu olacakları kurala bağlandığından, mükelleflerle birlikte aynı usullere göre takibi gerekeceği ve ancak bu şekilde yeminli mali müşavirlerin yargı mercileri önünde iddia ve savunma haklarını kullanmalarına olanak sağlanacağı, davacının 1999 yılına ilişkin kurumlar vergisi tasdik raporunu düzenlediği … Anonim Şirketinin aktifinde kayıtlı makine ve teçhizatı ile üzerinde fabrika binası bulunan arsayı satmasına karşın, bu satış işlemini ve hasılatını kayıt ve beyan dışı bırakarak kurum kazancını ortaklara dağıttığının vergi inceleme raporu ile tespiti üzerine re'sen salınan cezalı vergiler şirket adresinde tebliğ edilemediğinden, ilanen tebliğ olunduğu ve Hazineye intikal ettirilmeyen vergi, ceza ve gecikme faizinden müştereken ve müteselsilen sorumlu tutulan davacıdan tahsili için dava konusu ödeme emrinin düzenlendiği anlaşılmakta ise de, davacı adına öncelikle 213 sayılı Vergi Usul Kanununun 34'üncü maddesi uyarınca ihbarname yoluyla tarhiyat yapılması gerekirken, bu kurala uyulmaksızın doğrudan cebren takibe başlanmasında hukuka uygunluk bulunmadığı gerekçesiyle dava konusu ödeme emrini iptal etmiştir.

Vergi idaresinin temyiz istemini inceleyen Danıştay Üçüncü Dairesi, 1.10.2007 günlü ve E:2006/3972, K:2007/2562 sayılı kararıyla; 213 sayılı Vergi Usul Kanununun mükerrer 227'nci maddesinde, Maliye Bakanlığının vergi beyannamelerinin 3568 sayılı Kanuna göre yetki almış serbest muhasebeci, serbest muhasebeci mali müşavir veya yeminli mali müşavirler tarafından da imzalanması mecburiyeti getirmeye, bu mecburiyeti beyanname çeşitleri, mükellef grupları ve faaliyet konuları itibarıyla ayrı ayrı uygulatmaya, bu uygulamalara ilişkin usul ve esasları belirlemeye yetkili olduğunun ve beyannameyi imzalayan veya tasdik raporu düzenleyen meslek mensuplarının, imzaladıkları beyannamelerde veya düzenledikleri tasdik raporlarında yer alan bilgilerin defter kayıtlarına ve bu kayıtların dayanağını teşkil eden belgelere uygun olmamasından dolayı ortaya çıkan vergi ziyaına bağlı olarak salınacak vergi, ceza ve gecikme faizlerinden mükellefle birlikte müştereken ve müteselsilen sorumlu tutulacağının kurala bağlandığı, söz konusu maddenin verdiği yetkiye dayanılarak Maliye Bakanlığınca yayımlanan (4) sayılı Vergi Beyannamelerinin Serbest Muhasebeci ve Serbest Muhasebeci Mali Müşavirlerce İmzalanması Hakkında Genel Tebliğin "Müşterek ve Müteselsil Sorumluluğun Tesbiti" başlıklı (V) işaretli bölümünün (B) bendinde, müşterek ve müteselsil sorumluluğu vergi inceleme raporu ile tespit edilen meslek mensupları hakkında vergi dairelerince yapılacak takibatın, vergi ve ceza tahakkukunun kesinleşmesinden sonra başlatılacağının ve tahakkuku kesinleşen vergi ve cezanın tahsiline yönelik olacağının belirtildiği, bu düzenlemelerin birlikte değerlendirilmesinden, meslek mensuplarının sorumluluğunun, vergi ve ceza tahakkukunun kesinleşmesinden sonra başlayacağının, kesinleşmiş bir kamu alacağından müştereken ve müteselsilen sorumlu tutulan meslek mensupları adına yeniden ihbarname düzenleme zorunluluğunun bulunmadığı, takibe konu alacağın miktar ve mahiyet itibarıyla kesinleşip kesinleşmediği araştırılmadan ve davacının iddialarının kendisine ödeme emri tebliğ olunan kişi tarafından ileri sürülebilecek iddialar kapsamında olup olmadığı incelenmeden verilen kararda hukuka uygunluk görülmediği gerekçesiyle, kararı bozmuştur.

Mersin 1.Vergi Mahkemesi, 26.12.2007 günlü ve E:2007/1118, K:2007/2088 sayılı kararıyla, ödeme emrinin iptali yolundaki ilk kararında ısrar etmiştir.

Karar, vergi dairesi tarafından temyiz edilmiş, yeminli mali müşavirlerin sorumluluğunun tasdik raporu düzenledikleri mükellefler adına salınan cezalı vergilerin kesinleşmesinden sonra başlatıldığı, ihbarname düzenlenmesine gerek olmadığı, ödeme emrinin yasaya uygun olduğu ileri sürülerek bozulması istenmiştir.

Savunmanın Özeti : Savunma verilmemiştir.

Danıştay Tetkik Hâkimi Gönül SAYIN'ın Düşüncesi : Danıştay Üçüncü Dairesince verilen bozma kararında yer alan nedenler doğrultusunda ısrar kararının bozulması gerektiği düşünülmüştür.

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

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

TÜRK MİLLETİ ADINA

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

Yeminli mali müşavir olan davacının, kurumlar vergisi beyannamesi tasdik raporunu düzenlediği … Anonim Şirketinin işlemleri incelendiğinde, kazancının bir kısımını noksan beyan etmesinden dolayı yapılan cezalı tarhiyatın kesinleşmesi nedeniyle bu borçtan

müştereken ve müteselsilen sorumlu tutulan davacı adına düzenlenen ödeme emrinin iptali yolundaki vergi mahkemesi ısrar kararı temyiz edilmiştir.

3568 sayılı Serbest Muhasebecilik, Serbest Muhasebeci Mali Müşavirlik ve Yeminli Mali Müşavirlik Kanununun meslek mensuplarına vermiş olduğu yetkiye ilişkin mali sorumluluğu düzenleyen 213 sayılı Vergi Usul Kanununun Mükerrer 227 nci maddesinde; Maliye Bakanlığının; vergi beyannamelerinin 3568 sayılı Kanuna göre yetki almış serbest muhasebeci, serbest muhasebeci mali müşavir veya yeminli mali müşavirler tarafından da imzalanması mecburiyetini getirmeye, bu mecburiyeti beyanname çeşitleri, mükellef grupları ve faaliyet konuları itibarıyla ayrı ayrı uygulatmaya, bu uygulamalara ilişkin usul ve esasları belirlemeye yetkili olduğu kurala bağlanmıştır.

3568 sayılı Yasa uyarınca yetkilendirilmiş meslek mensuplarının, Vergi Usul Kanununun mükerrer 227'nci maddesinin ilk fıkrasında öngörülen ve ikinci fıkrasında Maliye Bakanlığına usul ve esaslarını belirleme yetkisi tanınan vergi beyannamelerinin imzalanmasından veya tasdik raporlarının düzenlenmesinden doğan sorumlulukları, aynı maddenin üçüncü fıkrasında düzenlenmiştir. Bu düzenlemede meslek mensupları, imzalanan beyannameler veya düzenlenen tasdik raporlarındaki bilgilerin, defter kayıtlarına ve bu kayıtların dayanağını teşkil eden belgelere uygun olmamasından dolayı ortaya çıkan vergi kaybına bağlı olarak, vergi mükellefi adına salınacak vergi, kesilecek ceza ve uygulanacak gecikme faizlerinden asıl mükellefle birlikte müştereken ve müteselsilen sorumlu tutulmuştur.

Meslek mensupları, beyannamelerini imzaladıkları yahut tasdik raporu düzenledikleri mükellefler adına salınacak vergi, kesilecek ceza ve uygulanacak gecikme faizinden müştereken ve müteselsilen sorumlu tutulduklarından, Vergi Usul Kanununun mükerrer 227'nci maddesinin ikinci fıkrasında usul ve esaslarını belirleme yetkisi tanınan ve birinci fıkrada öngörülen bu konudaki zorunluluk hakkında Maliye Bakanlığınca yayımlanan genel tebliğlerde kapsamı ayrı ayrı belirtilen imza ve tasdikten doğan sorumlulukla ilgili takibe vergi yükümlüsü hakkındaki takibin kesinleşmesinden sonra başlanacağı duyurulmuştur.

Meslek mensuplarının, Vergi Usul Kanununun mükerrer 227'nci maddesine dayanan sorumluluğu borçtan sorumluluktur. Beyannameleri ve işlemleri meslek mensuplarınca imzalanıp onaylanan vergi yükümlüleri tarafından ödeme yapılması, bu sorumluluğun miktarını azaltıcı veya kaldırıcı etki yaratmaktadır. Kaldı ki, bir borçtan müştereken ve müteselsilen sorumlulukta müteselsil borçlular, tahakkuk etmiş ve vadesi geçmiş alacağın tahsil edilmemiş kısmından, asıl borçluya rücu olanağı bulunmak üzere sorumlu tutulduğundan, yükümlü sıfatıyla ödenmesi gereken bir borcun tarafı da olamazlar. Tüm bu nedenlerle, bir vergi yükümlüsü adına tahakkuk edip, kesinleşmiş kamu alacağından Vergi Usul Kanununun mükerrer 227'nci maddesi uyarınca müştereken ve müteselsilen sorumlu tutulan meslek mensupları hakkında bu nedenle yapılan takibe ödeme emri düzenlenerek başlanması yasa gereğidir.

Meslek mensuplarının; kendileri yönünden sorumluluğun bulunmadığı ya da kalktığı yönündeki iddiaların Vergi Usul Kanununun mükerrer 227'nci maddesi ve bu konuda yürürlüğe konulmuş genel tebliğler ile sorumluluğu gerektiren hukuksal durum da gözetilerek ödeme emrine karşı açılacak davada incelenmesi gerekirken, davacı adına düzenlenen ödeme emrinin, meslek mensubu adına ihbarname düzenlenmemesi nedeniyle iptali yolundaki ısrar kararında hukuka uygunluk görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle, temyiz isteminin kabulü ile Mersin 1.Vergi Mahkemesinin 26.12.2007 günlü ve E:2007/1118, K:2007/2088 sayılı ısrar kararının bozulmasına, yeniden verilecek kararda karşılanacağından, yargılama giderleri hakkında hüküm kurulmasına gerek bulunmadığına, 21.11.2008 gününde oybirliği ile karar verildi.

T.C.
D A N I Ş T A Y
Vergi Dava Daireleri
Kurulu
Esas No : 2007/455
Karar No: 2008/720

Özeti : Kayıtlara dahil edilen miktarda akaryakıt harcaması yapılıp yapılamayacağının, yerine getirilen işin taahhüt işi olması nedeniyle, vergilendirme döneminde teslim edilen imalatın hangi miktarda akaryakıt tüketimi gerektirdiğinin, hakediş raporları ve ihale makamının kabul tutanakları incelendikten sonra belirlenmesi gerektiği hakkında.

Temyiz Eden **:** Bingöl Vergi Dairesi Müdürlüğü
Karşı Taraf **:** … İnşaat İthalat İhracat Otomotiv Ticaret ve Sanayi Limited Şirketi
Vekili **:** Av. …
İstemin Özeti **:** İnşaat taahhüt işi yapan davacı kurumun 2002 yılına ilişkin işlemleri kesinti yoluyla ödenen ve mahsup edilemediğinden nakten iade edilen gelir (stopaj) vergisi yönünden incelendiğinde, yıllara yaygın olan ve olmayan inşaat işlerini defterlerinde ayrı ayrı izlenebilecek şekilde muhasebeleştirmemesi sebebiyle her işe ait maliyetin kayıtlar üzerinden saptanamadığı ve vergisi ihtilaflı yılda 243.8 milyar lira tutarında motorin harcaması yapması da gerçekçi görülmeyerek belirlenen matrah farkı üzerinden davacı adına re'sen bir kat vergi ziyaı cezalı kurumlar vergisi salınmış ve dava konusu yapılmıştır.

Davayı inceleyen Malatya Vergi Mahkemesi, 18.10.2005 günlü ve E:2005/131, K:2005/317 sayılı kararıyla; inşaat taahhüt işiyle uğraşan davacının 2002 yılı işlemlerinin incelenmesi sonucu düzenlenen raporda; şirketin aktifine kayıtlı araç ve iş makinesi mevcut olmadığı halde vergilendirme döneminde katma değer vergisi hariç 243.878.476.289 lira tutarındaki motorin alışını defterlerine gider ve maliyet unsuru olarak kaydettiği, kabul edilebilir bulunmayan bu giderin motorin alımına ilişkin olması ve bir inşaat taahhüt işinde motorin giderinin olabileceğinin tabii bulunması nedeniyle ilgili yılda maliyetin %20'sini oluşturan bu giderin %13'ünün taahhüt edilen işlere yeterli olabileceği sonucuna varılarak %7'sini oluşturan 85.246.000.000 liranın gider olarak indiriminin mümkün olmadığı tespitlerine yer verilerek saptanan matrah farkı üzerinden tarhiyat yapıldığı, inceleme elemanınca her ne kadar davacı şirketin aktifine kayıtlı aracı ve iş makinesinin mevcut olmadığı, ayrıca araç ve iş makinesi kiraladığına ilişkin kira sözleşmesinin bulunmadığı kabul edilmiş ise de; davacının … İnşaat Ticaret Limited Şirketinden 1.1.2001 tarihinden itibaren iki yıllığına iki adet damperli kamyon kiraladığı ve buna ilişkin olarak Bingöl Birinci Noterliğince düzenlenen kira sözleşmesinin dosyada bulunduğu, ayrıca davacıya ait iki adet kepçe için Bingöl Ticaret ve Sanayi Odası Başkanlığı tarafından iş makinası tescil belgesi verildiği, yapılan inşaat taahhüt işiyle ilgili olarak eleştiri konsu yapılan akaryakıt giderinin, ilgili yıl maliyetinin yüzde kaçını oluşturacağı konusunda ilgili meslek kuruluşlarından görüş alınmadığı, kabul edilmeyen motorin giderinin ticari ve teknik icaplara uygun olup olmadığının somut olarak ortaya konulamadığı, motorin alınan firmalar nezdinde de karşıt inceleme yapılmadığı, bu nedenle akaryakıt faturalarının gerçeği yansıtıp yansıtmadığı somut verilere dayanılarak tespit edilmeden bir kısım akaryakıt giderinin kabul edilmemesi suretiyle

yapılan tarhiyatta hukuka uygunluk görülmediği gerekçesiyle tarhiyatın kaldırılmasına karar vermiştir.

Vergi idaresinin temyiz istemini inceleyen Danıştay Üçüncü Dairesi, 24.1.2007 günlü ve E:2006/1059, K:2007/63 sayılı kararıyla; vergisi ihtilaflı dönemde yürürlükte olan 5422 sayılı Kurumlar Vergisi Kanununun 13'üncü maddesi ile kurumlar vergisi yönünden safi kurum kazancının vergilendirilmesinin amaçlandığı, 213 sayılı Vergi Usul Kanununun 134'üncü maddesinde vergi incelemesinden maksadın ödenmesi gereken vergilerin doğruluğunun araştırılması, saptanması ve sağlanması olduğunun kurala bağlandığı, tarhiyatın dayanağı inceleme raporunda davacı kurumun, 2000 yılında inşaına başladığı Erzincan Kemaliye Dutluca Jandarma Karakol Binası İnşaatı işini süre uzatımı ile beraber 16.8.2002 tarihinde bitirdiği halde, hakedişlerden kesilen gelir (stopaj) vergisinin mahsubunu 2003 takvim yılı için verdiği kurumlar vergisi beyannamesi üzerinden yaptığı, ayrıca aktifine kayıtlı araç ile iş makinesi bulunmaması ve araç ile iş makinesi kiralama sözleşmesi ibraz edilmemesine karşın 243.878.476.289 lira motorin faturasını gider kaydettiğinin tespit edildiği, akaryakıt giderlerine ilişkin tutarın ilgili yıldaki toplam maliyetin %20'sini oluşturduğu, ancak bu oranın gerçekçi olmadığı görüşüyle toplam maliyetler içindeki akaryakıt gideri %13 oranına indirilerek 85.246.000.000 lira matrah farkı bulunduğu, davacının faaliyet alanının inşaat taahhüt işi olması ve yıllara sari işler gerçekleştirmesi nedeniyle inceleme elemanınca da kabul edildiği üzere, akaryakıt giderlerinin olmaması düşünülemeyeceğinden, gerçekleştirdiği inşaat taahhüt işleri ile ilgili şartname ve sözleşmelerle hakedişlerden, bu işler nedeniyle yapılması gereken akaryakıt gideri belirlenebileceği gibi aynı türden iş teslim edildiği anlaşılan vergisi ihtilaflı yıldan önceki ve sonraki yıl beyannameleri ile yasal defterlerinden hareketle akaryakıt giderlerinin toplam maliyetler içindeki payı da saptanabileceğinden, vergilendirme hakkında davacının gerçek akaryakıt giderlerinin tespiti amacıyla ihale sözleşmeleri, şartname ve hakedişler incelendikten sonra ve gerekirse vergisi ihtilaflı yıldan önceki ve sonraki yıl defter ve belgeleri üzerinde yapılacak inceleme sonucuna göre yeniden karar verilmesi gerektiği gerekçesiyle kararı bozmuştur.

Bozma kararına uymayan Malatya Vergi Mahkemesi, 23.5.2007 günlü ve E:2007/189, K:2007/212 sayılı kararıyla; Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının suç ve cezalara ilişkin genel esasların belirtildiği 38'inci maddesinde; suçluluğu hükmen sabit oluncaya kadar kimsenin suçlu sayılamayacağının hükme bağlandığı, vergi kaçırma ve kaçakçılığı yasalarımıza göre suç oluşturduğundan, vergi mükelleflerinin fiilleri maddi delillerle açıkça ortaya konulmadan suçlanamamaları ve yukarıda açıklanan genel masumiyet ilkesinden yararlanmaları gerektiği, bazı istisnalar hariç olmak üzere Türk Vergi Sisteminde beyan esasının benimsendiği, aksi hukuken kabul edilebilir maddi delillerle ortaya konulmadığı müddetçe mükelleflerin beyanlarının doğru olduğunun kabulü gerektiği, buna karşın vergi idaresine, mükelleflerin ekonomik faaliyetlerinin, vergiyi doğuran olayın ve vergi matrahına ilişkin beyanlarının doğru olup olmadığını kontrol etme ve doğru olmayanlardan gerçek vergilerin alınması ve hatta cezalandırılması yönünde vergi inceleme ve ikmalen ve re'sen matrah takdir etme yetkisi verildiği, bu yetkinin mutlak bir matrah takdiri yetkisini içermediği, kullanımı ve sınırlarının yasal koşullara bağlandığı, buna göre idarece matrah takdir yetkisinin kullanılabilmesi için öncelikle 213 sayılı Vergi Usul Kanununun 29 ve 30'uncu maddelerindeki koşulların oluşması, gerek vergi inceleme elemanınca gerek takdir komisyonunca vergiyi doğuran olayın gerçek mahiyetinin maddi delillerle ortaya konulması, eğer matrah bir karineye dayandırılıyor ise olaya göre iktisadi, ticari ve teknik icapların neler olduğunun yine delilleriyle birlikte gösterilmesi gerektiği, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 2'nci maddesindeki vergi davalarında yargı denetiminin vergilendirmenin hukuka uygunluğunun denetimi ile sınırlı olduğu, yine aynı Kanunun 20'nci maddesinde öngörülen re'sen inceleme yetkisinin idari işlemin ve dayanağı maddi delillerin değerlendirilmesine yönelik olduğu, bu hükmün, vergi yargısına vergi incelemesi yapma ve yargılama konusu

yapılan işleme yasal dayanak arama görevi yükleyemeyeceği gerekçesiyle tarhiyatın kaldırılması yolundaki ilk kararında ısrar etmiştir.

Vergi idaresi, aktifine kayıtlı aracı olmadığı ve herhangi bir makina ya da araç kiraladığına ilişkin tarh dosyasında bilgi bulunmayan davacının, ihtilaflı dönemde maliyetlerine kaydettiği motorin giderini olması gerekenden fazla göstererek dönem matrahının eksik beyan edilmesine sebebiyet verdiği, düzenlenen vergi inceleme raporuyla sabit olan davacı adına yapılan tarhiyatta yasaya aykırılık bulunmadığı ileri sürülerek ısrar kararının bozulması istenmiştir.

Savunmanın Özeti :Savunma verilmemiştir.

Danıştay Tetkik Hâkimi Abdurrahman GENÇBAY'ın Düşüncesi: Davacının, ihtilaflı dönemde, yıllara yaygın inşaat ve onarım işlerini ilgili yıl yevmiye defterine Gelir Vergisi Kanununun 42'nci maddesinde belirtilen esaslara uygun olarak kayıt etmemesi nedeniyle defter kayıtlarının, doğru bir vergi incelemesi yapılmasına imkan vermemektedir. Dolayısıyla gerçek maliyetin ve bu maliyet içindeki motorin giderinin ne olduğunun kayıtlarından tespitine olanak bulunmamaktadır. Gerçek motorin giderinin varlığını ve doğruluğunu gösteren kanıtları sunması davacıdan istenerek, gerçekleştirdiği inşaat-taahhüt işleriyle ilgili şartname ve sözleşmelerle hakedişlerden, bu işler nedeniyle yapılması gereken akaryakıt giderleri belirlenebileceğinden, vergilendirme hakkında davacının gerçek akaryakıt giderinin tespiti amacıyla ihale sözleşmeleri, şartname ve hakedişler incelendikten sonra yeniden karar verilmek üzere vergi mahkemesi kararının bozulması gerektiği düşünülmektedir.

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

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

TÜRK MİLLETİ ADINA

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

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 20'nci maddesinde, idare ve vergi mahkemeleri ile Danıştay'ın bakmakta oldukları davalara ait her çeşit incelemeleri, tarafların herhangi bir isteminin varlığı aranmaksızın kendiliklerinden yapmaları, gerek gördükleri belgelerin gönderilmesini ve bilgilerin verilmesini sadece taraflardan değil, ilgili gördükleri diğer yerlerden isteyebilecekleri öngörülmek suretiyle idari yargı yerlerine, re'sen araştırma yetki ve görevi verilmiştir. Verilen bu yetki ve görev, hukuka uygunluk denetiminin gerektirdiği her çeşit incelemeyi kapsamaktadır. Aynı Yasanın 31'inci maddesinin 2'nci fıkrasında ise İdari Yargılama Usulü Kanunu ve Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununa gönderme yapılan haller saklı kalmak üzere vergi uyuşmazlıklarının çözümünde, Vergi Usul Kanununun ilgili hükümlerinin uygulanacağı kurala bağlanmıştır. Bu nedenle vergilendirmeye karşı açılan davalarda ilgililer adına yapılan vergilendirmenin hukuka uygunluğu konusunda bir yargıya ulaşabilmek için idari yargı yerlerince, kendilerine tanınan re'sen araştırma yetki ve görevinin sınırlarının Vergi Usul Kanununun ilgili hükümleri de gözetilerek belirlenmesi gerekmektedir. Esasen bu yetki ve görevin, davanın karara bağlanabilmesi için dava dosyasında bulunmayan ancak, tarafların iddia ve savunmalarının dayandığı durumların varlığı ve doğruluğunu saptamak amacıyla olanlar da dahil olmak üzere gerekli görülen bilgi ve belgelerin edinilmesini sağlayan kanıt toplama yetki ve görevi olduğu da açıktır.

Vergi Usul Kanununun 3'üncü maddesinde, vergiyi doğuran olayla doğal ve açık ilgisi kurulamayan tanık anlatımları dışında, vergiyi doğuran olayın gerçek mahiyetinin

belirlenmesinde hukuksal değer taşıyan her türlü kanıtın değerlendirilmesi gerektiği düzenlenmiştir. Bu düzenleme; vergilendirmeye, vergiyi doğuran olayın gerçek mahiyetinin esas olduğuna ilişkin aynı maddedeki kurala dayanmaktadır.

Kurumlar Vergisi, mükelleflerin beyanına dayanılarak tarh ve tahakkuk ettirilen bir vergidir. İlk tahakkuk vergi mükellefinin beyanının doğruluğuna dayanılarak yapılsa da, Vergi Usul Kanununun 30'uncu maddesinin ikinci fıkrasına bağlı bentlerde yazılı durumların varlığı halinde mükellefler, beyanın doğruluğuna ilişkin karineden faydalanamayacakları için verginin re'sen tarhı gerekmektedir. Vergi Usul Kanunu, 30'uncu maddesinin ikinci fıkrasına bağlı 6'ncı bendinde; tutulması zorunlu olan defterlerin veya verilen beyannamelerin gerçek durumu yansıtmadığına dair delil bulunmasını, verginin re'sen tarhını gerektiren nedenler arasında düzenlemiştir.

Yıllara yaygın olan ve olmayan inşaat taahhüt işleri yapan ve 2000 vergilendirme döneminde başlayıp, 2002 vergilendirme döneminde biten taahhüt işine ait istihkaklarından kesilen vergilerin iadesini, iş 2003 yılında bitmiş gösterilerek bu yıl için verilen kurumlar vergisi beyannamesine dayanarak istendikten sonra 24.7.2003 tarihinde düzeltme beyannamesi adı altında verdiği beyannamede ilk beyannamesinde gösterdiği 6.262.520.000 lira olan iadesi gereken vergi tutarını, 23.345.270.000 liraya yükselten ve kendisine 18.203.939.000 lira vergi iadesi yapılan davacı kurumun bu bildirimlerinin doğruluğu saptanmak üzere inceleme başlatılmıştır. İşlemleri incelendiğinde; kayıtlarını, yıllara yaygın inşaat ve onarma işi yapanlar için Gelir Vergisi Kanununun 42'nci maddesinin ikinci fıkrasına uygun yapmadığı, yıllara yaygın olan ve olmayan işlere ait kayıtları ayırmadığı gibi yıllara yaygın olan her işin hasılat ve giderlerini ayrı bir defter veya aynı defterin ayrı sayfalarında izlemediği için bu işlere ait maliyetin defterlerindeki kayıtlar üzerinden belirlenmesine olanak bulunmadığı saptanmıştır. Kendisine iadesi gereken vergi tutarını yükselten beyanname iadeye esas alınmasına karşın, bu beyannamenin verildiği tarihten ikibuçuk ay önce ve 1.5.2003 tarihinde Bingöl'de meydana gelen depremde tüm defter ve belgelerinin enkaz altında kalarak zayi olduğunu bu olaydan ve düzeltme beyannamesinin verildiği 24.7.2003 tarihinden yaklaşık iki ay sonra ve 17.9.2003 tarihinde vergi idaresine bildirdiği de belirlenmektedir.

Gelir Vergisi Kanununun 42'nci maddesine de aykırı olan defter kayıtları nedeniyle maliyetlerinin ve depremde zayi olması nedeniyle diğer kayıtlarının ve dolayısıyla verilen ve kendisine iade edilen vergilerin dayanağını oluşturan beyannamelerinin doğruluğunu, muhafaza ve ibraz zorunda olduğu defter ve belgeleri ile kanıtlayamayan davacı kurum adına re'sen salınan cezalı kurumlar vergisine karşı açılan davanın çözümü; maliyetlerinin doğruluğu ve gerçek durumu yansıtıp yansıtmadığına ilişkin kanıtların elde edilmesini gerektirmektedir.

Bir durumu veya olayın varlığını belli etmek ve doğrulamak üzere sunulan yazılı belgeye hukuksal bir değer tanınıp tanınmayacağı ya da hangi hukuksal sonucun bağlanabileceğinin, yürürlükteki hukuk kurallarına, belgenin kapsamına ve düzenlendiği tarihe göre belirlenmesi zorunludur.

Davacı kurumun aktifinde herhangi bir iş makinası veya nakliyeye elverişli motorlu taşıtın kayıtlı olmadığı vergi incelemesi sırasında düzenlenen tutanaktaki, temsilcisinin anlatımıyla saptanmıştır. Her ne kadar tutanağın aynı maddesinde kurumun bir iş makinası ve iki kamyonetinin aktife dahil edilmesinin unutulduğu ifade edilmişse de inceleme elemanına bu konuda bir kanıt sunulmadığı da belirlenmektedir.

Vergilendirmenin yapılmasından ve davanın açılmasından sonra dosyaya bir iş makinasının davacı adına tescilini gösteren ve bir şirketten kamyon kiralandığına kanıt olmak üzere sunulan iki belge vergi mahkemesi tarafından davacının vergilendirme döneminde yaptığı akaryakıt harcamalarının doğruluğunu kanıtlar nitelikte kabul edilmiştir.

Kurulumuzca; iş makinasının davacı adına 17.5.2002 tarihinde tescil edildiği ve kamyon kiralanmasına ilişkin sözleşmenin tarihsiz olduğu ve haricen hazırlanarak 17.2.2005

tarihinde notere onaylatıldığı saptanmıştır. 1975 model Caterpillar iş makinasının önceki yıllarda davacı adına tescilli olmaması ve aktifinde böyle bir iş makinası da bulunmaması nedeniyle bu iş makinasının tescil edildiği 17.5.2002 tarihinden sonra davacı tarafından taahhüt edilen yapım işlerinde kullanılabileceği açıktır. Ancak, akaryakıt harcamalarının doğruluğu sadece sözü edilen tescil belgesinin varlığıyla değil, bu iş makinasının fiilen kullanılmasını gerektiren ve bu tarihten sonra yapılmış bir imalatın varlığının da belirlenmesiyle kanıtlanabilir. Hukuk düzenimizde kira sözleşmelerinin ilkece yazılı olması gerekmese de Türk Ticaret Kanunu hükümleri, tacirler arasındaki bu tür sözleşmelerin yazılı olmasını öngörmektedir. Davacı tarafından sunulan tarihsiz ancak, haricen hazırlanmış ve 17.2.2005 tarihinde notere onaylatılmış kira sözleşmesinin, sözleşmede gösterilen kira dönemi başlangıcı olan 1.1.2001 tarihinde de varlığı, sözleşmenin taraflarının alacak ve borç kayıtları, kira ödemelerinden yapılmış vergi kesintisi ve beyanına ilişkin belgeler ve kiralananların yapım işine ait imalatlarda fiilen kullanıldığını gösteren diğer kanıtlar elde edilmeden akaryakıt harcamalarının varlığına ve doğruluğuna kanıt kabul edilemez.

Defter ve belgelerin doğal afetlerde zayi olması nedeniyle ibraz edilememesi bir zorlayıcı neden ise de aynı zamanda beyanın doğruluğunu kanıtlama olanağını ortadan kaldırmasından dolayı re'sen tarh nedenidir. Ancak davacının, defter ve belgelerinin 1.5.2003 tarihinde Bingöl'de meydana gelen depremde enkaz altında kaldığını iddia ile yetindiği, bu konuda bir zayi belgesi sunmadığı da saptanmaktadır.

Dosyada bulunan vergi inceleme raporu, eki tutanak, davanın açılmasından sonra davacı tarafından sunulan belgelerin yukarıda açıklanan niteliği karşısında; vergilendirme döneminde resmi kurumlara yapılan inşaat taahhütlerini yerine getirmek dışında başka bir faaliyeti de bulunmayan davacının, aynı dönemde kayıtlarında yer alan 243.878.476.289 lira motorin alışlarının tümünün imalatlarda tüketildiği iddiası da gözetilerek, yapım işine ait sözleşmelerin kapsamı ve şartnameler, davacı tarafından düzenlenen hakediş raporlarını onaylayan ihale makamının kabul tutanakları ve eki belgelerin, vergilendirme döneminde sözü edilen miktarda akaryakıt tüketimini gerektiren bir imalat teslim edilip edilmediği belirlenmek üzere incelenmesinden sonra karar verilmesi gerektiği sonucuna ulaşılmaktadır. Bu inceleme sırasında gerektiği takdirde, yıllara yaygın işin başlangıcından bitimine değin tüketilen akaryakıt miktarından, vergilendirme döneminden önceki ve sonraki yıllara ait olan ve harcamanın yapıldığı döneme ait kayıtlarda yer alan kısmının davacının bu yıllara ait defter ve belgelerindeki kayıtları da incelenerek belirlenmesi, ihtilaflı dönem dışındaki tüketim indirildikten sonra bir değerlendirme yapılması gerekeceğinden, tarhiyatı kaldıran ısrar kararı hukuka uygun görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle temyiz isteminin kabulüyle, Malatya Vergi Mahkemesinin 23.5.2007 günlü ve E:2007/189, K:2007/212 sayılı kararının bozulmasına, yeniden verilecek kararda hüküm altına alınacağından, yargılama giderleri hakkında hüküm kurulmasına gerek bulunmadığına, 21.11.2008 gününde oyçokluğuyla karar verildi.

KARŞI OY

X- Temyiz dilekçesinde ileri sürülen iddialar vergi mahkemesi ısrar kararının bozulmasını gerektirecek nitelikte görülmediğinden, temyiz isteminin reddi gerektiği görüşüyle karara katılmıyoruz.

T.C.
D A N I Ş T A Y
Vergi Dava Daireleri Kurulu
Esas No : 2007/488
Karar No: 2008/724

Özeti : **1-**Ticari işletmenin aktifinde tutulan nakitin bankada değerlendirilmesi suretiyle faiz elde edilmesi, ticari faaliyetin bir gereği olsa da söz konusu menkul sermaye iradının iş yerinde yürütülen etkinlikten ve yaratılan istihdam ve üretimden doğan bir kazanç olmayıp, nakti sermayenin getirisi olduğu;
2-Tüm kazançları değil, münhasıran belli sayıda işçinin fiilen ve sürekli olarak istihdam edildiği, iş yerinden elde edilen kazancı vergi dışı bırakan istisna kuralı kapsamının, yasa yapıcının amacına aykırı ya da bu amacı aşarak uygulanmasının, Anayasanın 73'üncü maddesinde eşitlik ilkesinin yansıması olarak yer alan mali güce göre vergilendirme ve vergi adaletine aykırı sonuç yaratacağı hakkında.

Temyiz Eden **:** Van Vergi Dairesi Müdürlüğü
Karşı Taraf **:** …Limited Şirketi
İstemin Özeti **:** 2000 yılında … Bankası Van Şubesindeki döviz tevdiat hesabından elde ettiği 5.698.872.161 lira faizi, bu yıla ilişkin kurumlar vergisi beyannamesine dahil etmeyen ve bu konuda yaptığı açıklama yeterli görülmeyen davacı adına takdir komisyonu kararına dayanılarak, re'sen takdir edilen matrah üzerinden salınan vergi ziyaı cezalı kurumlar vergisi ve fon payı dava konusu yapılmıştır.

Davayı inceleyen Van Vergi Mahkemesi, 21.10.2005 günlü ve E:2004/215, K:2005/100 sayılı kararıyla; 4325 sayılı Olağanüstü Hal Bölgesinde ve Kalkınmada Öncelikli Yörelerde İstihdam Yaratılması ve Yatırımların Teşvik Edilmesi ile 193 sayılı Gelir Vergisi Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanunun 1.1.1998 tarihinde yürürlüğe giren 3'üncü maddesinin (a) fıkrasında, bu maddenin yürürlük tarihi ile 31.12.2000 tarihi arasında; olağanüstü hal bölgesi kapsamında sayılan illerde yeni işe başlayan gelir ve kurumlar vergisi mükelleflerinin, bu illerdeki iş yerlerinde fiilen ve sürekli olarak 10 ve daha fazla işçi çalıştırmaları şartıyla münhasıran bu işyerlerinden elde ettikleri kazançların işe başlama tarihinden itibaren yatırım dönemi dahil beş vergilendirme dönemi gelir ve kurumlar vergisinden müstesna olduğu hükmüne yer verildiği, Maliye Bakanlığı tarafından konu ile ilgili olarak yayımlanan Genel Tebliğde söz konusu kanundan faydalanılacak iller arasında Van İlinin de gösterildiği, kapsama dahil illerde aynı mükellefin birden fazla işyeri açması halinde bu iş yerlerinde işçi sayısının toplu olarak ele alınacağının belirtildiği, Mahkemelerince ara kararı ile sorulması üzerine, davacı şirketin 10.6.1998 tarihinde kurulduğu ve bu tarihten 31.12.2000 tarihine kadar mevcut iki ayrı iş yerinde fiilen ve sürekli olarak toplam 10 ve daha fazla işçi çalıştığının bildirildiği, bu durumda davacının kazancının 4325 sayılı Yasa gereği, 1998 yılından itibaren beş vergilendirme dönemi kurumlar vergisinden müstesna olduğu anlaşıldığından, ihtilaflı dönemde elde ettiği faizi beyanlarına dahil etmemesi sebebiyle yapılan tarhiyatta hukuka uygunluk bulunmadığı gerekçesiyle **v**ergi ve cezaların kaldırılmasına karar vermiştir.

Vergi idaresinin temyiz istemini inceleyen Danıştay Üçüncü Dairesi, 1.2.2007 günlü ve E:2006/894, K:2007/209 sayılı kararıyla**;** 23.1.1998 tarih ve 23239 sayılı Resmi Gazete'de

yayımlanarak yürürlüğe giren 4325 sayılı Yasanın amacının, olağanüstü hal bölgesinde ve kalkınmada öncelikli yörelerde vergi teşvikleri uygulanmak ve yatırımlara bedelsiz kamu arsa ve arazisi temin etmek suretiyle yatırım ve istihdam imkanlarının artırılması olarak açıklandığı, 3'üncü maddesinde de, yürürlük tarihi ile 31.12.2000 tarihi arasında, kapsamındaki illerde yeni işe başlayan gelir ve kurumlar vergisi mükelleflerinin, bu illerdeki iş yerinde fiilen ve sürekli olarak 10 ve daha fazla işçi çalıştırmaları şartıyla münhasıran bu işyerlerinden elde ettikleri kazançların işe başlama tarihinden itibaren yatırım dönemi dahil beş vergilendirme dönemi gelir ve kurumlar vergisinden müstesna tutulduğu, bu kazançlar hakkında Kurumlar Vergisi Kanununun 25'inci maddesinin ikinci fıkrası ile Gelir Vergisi Kanununun 94'üncü maddesinin 6 numaralı bendinin (b) alt bendi hükmünün uygulanmayacağı kuralına yer verildiği, Kanunun yürürlüğe konulmasıyla, kapsamında bulunan yörelerde öngörülen şartlarda yatırımı teşvik suretiyle istihdam yaratılıp, üretimin artırılması ve yöre halkının sosyo-ekonomik yapısının güçlendirilmesinin amaçlandığı, bu amaca ancak iş yerinde fiilen yürütülen faaliyet ile ulaşılabileceği, maddenin münhasıran bu iş yerlerinden elde edilen kazançları vergiden müstesna tutan düzenlemesi de gözetildiğinde istisna kuralının, iş yerinde yürütülen etkinlik dışında elde edilen kazanç ve iratları kapsamadığı sonucuna ulaşıldığı, davacı işletmenin aktifinde tuttuğu yabancı para cinsinden nakitin döviz tevdiat hesabında değerlendirilmesinden sağlanan faiz, iş yerinde yürütülen etkinliğin artırılması ile yaratılan istihdam ve üretimden doğan bir kazanç olmadığından ve esasen menkul sermaye iradı, sermaye sahibinin vergilendirilmiş kazancından yaratılan nakti sermayenin getirisi olduğundan, 4325 sayılı Yasa kapsamında değerlendirilemeyeceği ve vergiden müstesna tutulamayacağı gerekçesiyle kararı bozmuştur.

Bozma kararına uymayan Van Vergi Mahkemesi, 5.6.2007 günlü ve E:2007/158, K:2007/106 sayılı kararıyla**;** 5422 sayılı Kurumlar Vergisi Kanununun 13'üncü maddesinde, kurumlar vergisinin, birinci maddede yazılı mükelleflerin bir hesap dönemi içinde elde ettikleri safi kurum kazancı üzerinden hesaplanacağı, safi kurum kazancının tespitinde Gelir Vergisi Kanununun ticari kazanç hakkındaki hükümlerinin uygulanacağının öngörüldüğü, Gelir Vergisi Kanununun 37'nci maddesinde ticari kazancın her türlü ticari ve sınai faaliyetlerden doğan kazanç olarak tanımlandığı, Kanunun 38'inci maddesinde bilanço esasına; 39'uncu maddesinde ise işletme hesabı esasına göre ticari kazancın nasıl tespit edileceğinin açıklandığı, belirtilen maddelerde gelir türleri açısından bir ayrıma gidilmediği, aynı Kanunun 75'inci maddesinin ikinci fıkrasının 7 numaralı bendine göre mevduat faizlerinin menkul sermaye iradı olarak nitelendirildiği, maddenin son fıkrasında da bu iratlar bunları sağlayan sermaye sahibinin ticari faaliyetine bağlı bulunduğu takdirde ticari kazancın tespitinde nazara alınacağı kuralına yer verildiği, bu düzenlemelere göre, kurumlar vergisi mükelleflerinin her türlü kazancının ticari kazanç sayıldığı, bu gelirlerin bir kısmının menkul sermaye iradı olarak elde edilmesinin, bu iradın elde eden kişiye göre ticari kazanç sayılması ve esas faaliyetin ayrılmaz bir unsuru olması vasfını değiştirmediği, sermayenin veya nakitin bakalarda değerlendirilmesinin ekonomik ve ticari hayatın bir gereği olduğu, bu gelirlerin ticari faaliyetin kapsamı dışında düşünülemeyeceği, 4325 sayılı Kanunda da, kurumlar vergisi istisnasından yararlanma şartlarının belirtildiği, Kanunda, elde edilen gelirlerin niteliği açısından bir ayrıma gidilmediği, bu nedenle davacının ticari kazancının esas bir unsuru olan banka faiz gelirlerinin ana faaliyet konusu işlerden elde ettiği kazanç kapsamı dışında değerlendirilmesi suretiyle 4325 sayılı Yasada öngörülen istisnadan yararlandırılmamasında hukuka uygunluk görülmediği gerekçesiyle tarhiyatın kaldırılması yolundaki ilk kararında ısrar etmiştir.

Vergi idaresi, banka mevduat hesaplarından elde edilen faizin, 4325 sayılı Kanunda belirtilen ve vergiden müstesna tutulan ticari, sınai, mesleki ve zirai faaliyet sonucu elde edilmiş kazanç kapsamında değerlendirilemeyeceği, dolayısıyla söz konusu menkul sermaye iradının istisna kapsamında bulunmadığını ileri sürerek ısrar kararının bozulmasını istemiştir.

Savunmanın Özeti : Savunma verilmemiştir.

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

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

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

TÜRK MİLLETİ ADINA

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

23.1.1998 tarihinde yürürlüğe giren 4325 sayılı Olağanüstü Hal Bölgesinde ve Kalkınmada Öncelikli Yörelerde İstihdam Yaratılması ve Yatırımların Teşvik Edilmesi ile 193 sayılı Gelir Vergisi Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanunun 1'inci maddesinde, bu Kanunun amacı, olağanüstü hal bölgesinde ve kalkınmada öncelikli yörelerde vergi teşvikleri uygulamak ve yatırımlara bedelsiz kamu arsa ve arazisi temin etmek suretiyle yatırımları ve istihdam imkanlarını artırmak olduğu açıklanmış, 3 üncü maddesinin (a) işaretli fıkrasında, bu maddenin yürürlük tarihi ile 31.12.2000 tarihi arasında olağanüstü hal bölgesi kapsamında sayılan illerde yeni işe başlayan gelir ve kurumlar vergisi mükelleflerinin, bu illerdeki iş yerlerinde fiilen ve sürekli olarak 10 ve daha fazla işçi çalıştırmaları şartıyla, münhasıran bu işyerlerinden elde ettikleri kazançların işe başlama tarihinden itibaren yatırım dönemi dahil beş vergilendirme dönemi gelir ve kurumlar vergisinden müstesna olduğu hükme bağlanmıştır.

Vergi muafiyet ve istisnalarını düzenleyen kurallarda öngörülen koşulların, yasa yapıcının bu düzenlemeleri öngörüş amacına aykırı ya da bu amacı aşarak uygulanması, Anayasanın 73 üncü maddesinde eşitlik ilkesinin yansıması olarak yer alan mali güce göre vergilendirme ve vergi adaletine aykırı sonuç yaratır.

4325 sayılı Kanunun amacı, kapsamında bulunan yörelerde bir kısım vergi teşvikleri de sağlanarak, yatırım ve istihdamın artırılmasıdır. Kanunun genel gerekçesinde de bu husus dile getirilerek; Kanun kapsamında sayılan illerde terörün ekonomik etkilerini gidermek için bu illerde ve kalkınmada öncelikli yörelerde yeni yatırım sahalarının açılması, bu yörelerdeki insanların iş ve istihdam imkanlarının artırılması, gelir dağılımının iyileştirilmesi ve diğer bölgelere olan göçün önlenmesinin önem arzettiği belirtilerek, hazırlanan bu tasarı ile müteşebbislere bu bölgede yatırım yapmalarını özendirici vergi ve diğer teşviklerin sağlandığı ifade edilmiştir.

Kapsamına dahil illerdeki tüm vergi mükellefleri yerine sadece yeni işe başlayan vergi mükelleflerine teşvik öngören 4325 sayılı Kanunun 1'inci maddesinde açıklanan amaca ancak, Kanun kapsamında sayılan yerlerde, fiilen ve sürekli olarak belli sayıda işçinin istihdam edileceği yeni iş yerleri açılarak ulaşılabileceğinden, Kanunun 3'üncü maddesinde, kapsama dahil illerde yeni işe başlayan mükelleflerin tüm kazançları değil, münhasıran ifadesi kullanılmak suretiyle sadece bu işyerlerinden elde edilen kazançlar vergiden müstesna tutulmuştur. Dolayısıyla, istisna kuralı, iş yerinde yürütülen etkinlik dışında elde edilen kazanç ve iratları kapsamamaktadır.

193 sayılı Gelir Vergisi Kanununun 2'nci maddesinde gelirin unsurları arasında menkul sermaye iradına yer verilerek, aynı Kanunun 75'inci maddesinin son fıkrasında, menkul sermaye iradının, bunları sağlayan sermaye sahibinin ticari faaliyetine bağlı bulunduğu takdirde, ticari kazancın tespitinde dikkate alınacağı öngörülmüş ise de; Yasada

yapılan söz konusu gönderme, kurum kazancının tespit şekline, bir başka anlatımla matrahın belirlenmesine ilişkin olup, geliri yahut kurum kazancını oluşturan gelir unsurunun niteliğini değiştirici bir gönderme değildir. Zira Kurumlar Vergisi Kanununa göre kurum kazancı, Gelir Vergisi Kanununun 2'nci maddesinde öngörülen, ticari, zırai, mesleki kazançlarla diğer kazanç ve iratlardan, ücretlerden, gayrimenkul sermaye iradı ve menkul sermaye iradı olan gelir unsurlarından oluşmaktadır.

Davacı, ticari işletmesinin aktifinde tuttuğu yabancı para cinsinden naktini bankada, döviz tevdiat hesabında izlemiş ve faiz elde etmiştir. Ticari faaliyetin bir gereği de olsa atıl kalan paranın bankaya tevdi edilmesinden elde edilen faiz, işyerinde yürütülen etkinlikten ve yaratılan istihdam ve üretimden doğan bir kazanç olmayıp, nakdi sermayenin getirisi olduğundan; tüm kazançları değil, münhasıran belli sayıda işçinin fiilen ve sürekli olarak istihdam edildiği iş yerinden elde edilen kazancı vergi dışı bırakan istisna kuralı kapsamının, yasa yapıcının amacına da aykırı olarak genişletilmesi suretiyle verilen tarhiyatın kaldırılması yolundaki ısrar kararında hukuka uygunluk görülmemiştir.

Bu nedenlerle temyiz isteminin kabulüyle, Van Vergi Mahkemesinin 5.6.2007 günlü ve E:2007/158, K:2007/106 sayılı ısrar kararının bozulmasına, yeniden verilecek kararda karşılanacağından yargılama giderleri hakkında hüküm kurulmasına gerek bulunmadığına, 21.11.2008 gününde oyçokluğu ile karar verildi.

KARŞI OY

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

T.C.
D A N I Ş T A Y
Vergi Dava Daireleri Kurulu
Esas No : 2007/702
Karar No: 2008/752

Özeti : 1- Defter ve belgelerini ibrazdan kaçınması nedeniyle, harcamalarını belgelendiremeyen davacı adına yapılan vergilendirmede, kayıtlı giderlerin yasaya uygunluğu incelenerek karar verilmesi gerektiği;
2- İlk tahakkukun davacı tarafından verilen beyanname üzerinden yapılmasının, bu incelemeye engel oluşturmayacağı;
3- Hangi iktisadi kıymetler için amortisman ayrıldığı belirlendikten ve dosyaya sunulan belgeler ile yevmiye defteri incelendikten sonra çözümlenmesi gereken davada, giderlerin yasaca kabul edilebilir olup olmadığı ve belgelendirilmiş sayılıp sayılmayacağı incelenmeden verilen ısrar kararının, hukuka uygun düşmediği hakkında.

Temyiz Eden **:** Antalya Kurumlar Vergi Dairesi Müdürlüğü
Karşı Taraf **:** … İnşaat Limited Şirketi
İstemin Özeti **:** Kanuni defter ve belgelerini incelemeye ibraz etmeyen davacı şirket adına, takdir komisyonu kararına dayanılarak 2002 yılı için re'sen salınan bir kat vergi ziyaı cezalı kurumlar vergisi ve fon payı davaya konu edilmiştir.

Davayı inceleyen Antalya Vergi Mahkemesi, 22.12.2004 günlü ve E:2004/336, K:2004/1144 sayılı kararıyla; 5422 sayılı Kurumlar Vergisi Kanununun 13'üncü maddesinin birinci fıkrasında; kurumlar vergisinin, birinci maddede yazılı mükelleflerin bir hesap dönemi içinde elde ettikleri safi kurum kazancı üzerinden hesaplanacağı, ikinci fıkrasında, safi kurum kazancının tespitinde Gelir Vergisi Kanununun ticari kazanç hakkındaki hükümlerinin uygulanacağının öngörüldüğü, 193 sayılı Gelir Vergisi Kanununun 40'ıncı maddesinin birinci fıkrasına bağlı birinci bendinde, ticari kazancın elde edilmesi ve idame ettirilmesi için yapılan genel giderlerin gayrısafi kazançtan indirilebileceğinin kurala bağlandığı, davacının 2000, 2001, 2002 ve 2003 yıllarına ait defter ve belgelerini incelemeye ibraz etmesinin istenmesi üzerine; defter ve belgelerini isteyen inceleme elemanı ile aralarında, 2000 yılında yapılan kamyon satışı nedeniyle yapılan inceleme sırasında bir husumet doğduğunu, defter ve belgelerini başka bir inceleme elemanına ibraza hazır olduğunu belirterek ibrazdan kaçındığı, vergi idaresince davacının beyan ettiği giderlerine ilişkin faturalarını defterlerine kaydettiğini tevsik edememesi nedeniyle takdire sevkedildiği, faaliyet giderinin kabul edilmemesi suretiyle takdir komisyonunca belirlenen matrah farkı üzerinden tarhiyat yapıldığı, gerek inceleme elemanına ve gerekse Maliye Bakanlığı Teftiş Kurulu Başkanlığına verdiği dilekçelerde defter ve belgelerini ibraz etmeme nedenini açıklayıp, başka bir inceleme elemanına ibraza hazır olduğunu bildiren davacının, defter ve belgelerini hiç bir şekilde ibraz etmeyeceğine dair bir iradesinin olmadığı, başka bir inceleme nedeniyle 2000 ve 2001 yılları belgelerini ibraz ettiği, davalı idarece ihtilaflı döneme ilişkin incelemenin ne amaçla yapılmak istendiğine dair bir bilgi verilmediği, bütün bu hususlar birlikte değerlendirildiğinde, davacının vergi ziyaına neden olmak ve vergi kaçırmak gibi bir amacının olmadığı sonucuna ulaşıldığı, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununda öngörülen re'sen araştırma ilkesi uyarınca 21.10.2004 tarihli ara kararı ile istemesi üzerine davacı tarafından Mahkemelerine ibraz edilen 2002 yılına ait yevmiye defteri, envanter defteri, gider faturaları ve katma değer vergisi beyannamelerinin incelenmesinden, ibraz edilen gider faturalarının yevmiye defterine kayıtlı ve katma değer vergisi beyanlarına dahil edilmiş olduğu saptandığından, söz konusu giderlerin kabul edilmemesi suretiyle yapılan vergilendirmede hukuka uygunluk görülmediği gerekçesiyle tarhiyatın kaldırılmasına karar vermiştir.

Vergi idaresinin temyiz istemini inceleyen Danıştay Üçüncü Dairesi, 15.12.2005 günlü ve E:2005/1058, K:2005/2761 sayılı kararıyla; 213 sayılı Vergi Usul Kanununun 3'üncü maddesinin (B) bendinde, vergilendirmede vergiyi doğuran olay ve bu olaya ilişkin muamelelerin gerçek mahiyetinin esas olduğu kurala bağlandığından, nedeni kurum kazancının tespitinde yasaca indirilemeyecek giderlerin kaydı ile azaltılması olan vergilendirmenin hukuka uygunluğunun, bu kayıtları, bu kayıtların dayandığı belgelerin niteliği incelenerek belirlenmesi ve karar verilmesi gerektiği, Dairelerinin 20.10.2005 günlü ara kararı ile getirtilen defter ve belgelerin incelenmesinden, 2002 vergilendirme döneminde 8.301.961.052 lira genel yönetim giderinin; büro, oda, amortisman, noter giderleri ile damga vergisi, özel işlem vergisi, cezalar ve dışarıya yaptırılan işlere ait giderlerden oluştuğunun anlaşıldığı, Antalya Vergi Mahkemesi Başkanlığı tarafından ara kararlarına cevaben gönderilen 21.11.2005 tarih ve 2005/1058 sayılı yazıda; 8.301.962.052 lira genel yönetim giderinin 7.385.000.000 lirasının ayrılan amortismanlardan oluştuğu, amortisman ayrılmasına dayanak faturaların eski yıllara ait defter ve belgeler arasında yer alması nedeniyle ibraz edilmediği, amortisman haricindeki harcamalara ait belgelerin mahkemelerine sunulduğu, dava dilekçesinde ve sonraki dilekçelerinde amortisman kaydına ilişkin defterlerin ve faturaların idare tarafından kaybedilmesi nedeniyle ibraz edilmediği için Mahkemelerince tekrar istenmediği belirtilerek, envanter defteri ile diğer genel yönetim giderlerine ilişkin belgeler ve yevmiye defterinin gönderildiği, davacının Antalya Defterdarlığına verdiği 17.3.2004 tarihli dilekçesine Maliye Bakanlığı Teftiş Kurulu Başkanlığı tarafından 7.6.2004 tarih ve 733 sayılı yazı ile verilen cevapta, Maliye Başmüfettişi ile şirket yetkililerinin görüşmeleri sonucunda, çeşitli yıllara ait bir kısım harcama belgesi ve iki adet fatura

koçanının başka bir vergi incelemesi için ibraz edildiği, 2002 ve 2003 yıllarına ilişkin olarak vergi incelemesi ve Suç Duyurusu Raporları tanzim edildiği belirtilerek, ibraz edilen söz konusu belgelerin, tanzim edilen raporların, dava konusu edilmesi durumunda ilgili mahkemeye ibraz edilmek üzere Antalya Defterdarlığı'na teslim edildiğinin bildirildiği, her ne kadar idarede kaybedilmesi neden gösterilerek amortisman ayrılan iktisadi kıymetlere ait defter ve fatura ibraz edilmemiş ise de, ilgili mahkemeye ibraz edilmek üzere Antalya Defterdarlığına teslim edildiği anlaşılan söz konusu belgelerin buradan getirtilerek amortisman kaydının hangi iktisadi kıymetler için yapıldığı belirlendikten sonra bu kaydın Vergi Usul Kanununun 313 ve devamı maddeleri hükümlerine uygun olup olmadığının ortaya konulması gerektiği, öte yandan diğer giderlere ilişkin olarak dosyaya sunulan belgeler ile yevmiye defteri de incelenerek, bu giderlerin kanunen kabul edilmeyen giderlerden olup olmadığı ve belgelendirilmiş sayılıp sayılamayacağı da değerlendirildikten sonra karar verilmesi gerektiği gerekçesiyle kararı bozmuştur.

Bozma kararına uymayan Antalya Vergi Mahkemesi, 31.5.2007 günlü ve E:2007/685, K:2007/1027 sayılı kararıyla; tarhiyatın kaldırılması yolundaki ilk kararında ısrar etmiştir.

Vergi dairesi müdürlüğü, incelenmek üzere istenmesine karşın defter ve belgelerini incelemeye ibraz etmeyen ve etmeyeceğini de bildiren davacının 213 sayılı Kanunun 30'uncu maddesinin 2'nci fıkrasının 3 numaralı bendi uyarınca takdire sevkedilmesinde ve takdir komisyonunca re'sen takdir edilen matrah farkı üzerinden adına tarhiyat yapılmasında hukuka aykırılık bulunmadığını ileri sürerek kararın bozulmasını istemiştir.

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

Danıştay Tetkik Hâkimi Abdurrahman GENÇBAY'ın Düşüncesi: Takdir komisyonunca takdir edilen matrah farkının dayanağı, kurum kazancının tespitinde yasaca indirilemeyecek giderlerin kaydı ile azaltılması olduğundan, takdir komisyonu kararına göre yapılan vergilendirmenin hukuka uygunluğunun, bu kayıtlar, kayıtların dayandığı belgelerin niteliği incelenerek belirlenmesi ve karar verilmesi gerektiği, ilgili mahkemeye ibraz edilmek üzere Antalya Defterdarlığı'na teslim edildiği anlaşılan gider belgelerin buradan getirtilerek amortisman kaydının hangi iktisadi kıymetler için yapıldığı belirlendikten sonra bu kaydın Vergi Usul Kanununun 313 ve devamı maddeleri hükümlerine uygun olup olmadığının ortaya konulması ve diğer giderlere ilişkin olarak dosyaya sunulan belgeler ile yevmiye defteri de incelenerek, bu giderlerin kanunen kabul edilmeyen giderlerden olup olmadığı ve belgelendirilmiş sayılıp sayılmayacağı da değerlendirildikten sonra karar verilmesi gerekirken, yazılı gerekçe ile tarhiyatın kaldırılması yolunda verilen mahkeme kararının bozulması gerektiği düşünülmektedir.

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

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

TÜRK MİLLETİ ADINA

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

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 20'nci maddesinde, idare ve vergi mahkemeleri ile Danıştay'ın bakmakta oldukları davalara ait her çeşit incelemeleri, tarafların herhangi bir isteminin varlığı aranmaksızın kendiliklerinden yapmaları, gerek gördükleri belgelerin gönderilmesini ve bilgilerin verilmesini sadece taraflardan değil, ilgili gördükleri

diğer yerlerden isteyebilecekleri öngörülmek suretiyle idari yargı yerlerine, re'sen araştırma yetki ve görevi verilmiştir. Verilen bu yetki ve görev, hukuka uygunluk denetiminin gerektirdiği her çeşit incelemeyi kapsamaktadır. Aynı Yasanın 31'inci maddesinin 2'nci fıkrasında ise İdari Yargılama Usulü Kanunu ve Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununa gönderme yapılan haller saklı kalmak üzere vergi uyuşmazlıklarının çözümünde, Vergi Usul Kanununun ilgili hükümlerinin uygulanacağı kurala bağlanmıştır. Bu nedenle vergilendirmeye karşı açılan davalarda ilgililer adına yapılan vergilendirmenin hukuka uygunluğu konusunda bir yargıya ulaşabilmek için idari yargı yerlerince, kendilerine tanınan re'sen araştırma yetki ve görevinin sınırlarının Vergi Usul Kanununun ilgili hükümleri de gözetilerek belirlenmesi gerekmektedir. Esasen bu yetki ve görevin, davanın karara bağlanabilmesi için dava dosyasında bulunmayan ancak, tarafların iddia ve savunmalarının dayandığı durumların varlığı ve doğruluğunu saptamak amacıyla olanlar da dahil olmak üzere gerekli görülen bilgi ve belgelerin edinilmesini sağlayan kanıt toplama yetki ve görevi olduğu da açıktır.

Vergi Usul Kanununun 3'üncü maddesinde, vergiyi doğuran olayla doğal ve açık ilgisi kurulamayan tanık anlatımları dışında, vergiyi doğuran olayın gerçek mahiyetinin belirlenmesinde hukuksal değer taşıyan her türlü kanıtın değerlendirilmesi gerektiği düzenlenmiştir. Bu düzenleme; vergilendirmeye, vergiyi doğuran olayın gerçek mahiyetinin esas olduğuna ilişkin aynı maddedeki kurala dayanmaktadır.

Kurumlar Vergisi, mükelleflerin beyanına dayanılarak tarh ve tahakkuk ettirilen bir vergidir. İlk tahakkuk vergi mükellefinin beyanının doğruluğuna dayanılarak yapılsa da, Vergi Usul Kanununun 30'uncu maddesinin ikinci fıkrasına bağlı bentlerde yazılı durumların varlığı halinde mükellefler, beyanın doğruluğuna ilişkin karineden faydalanamayacakları için verginin re'sen tarhı gerekmektedir. Vergi Usul Kanunu, 30'uncu maddesinin ikinci fıkrasına bağlı 3'üncü bendinde; bu kanuna göre tutulması mecburi olan defterlerin hepsi veya bir kısmının tutulmamış veya tasdik ettirilmemiş olması veya vergi incelemesi yapmaya yetkili olanlara herhangi bir sebeple ibraz edilmemesi, verginin re'sen tarhını gerektiren nedenler arasında düzenlenmiştir. Aynı Kanunun İkinci Kitabının Üçüncü Kısımının "Kayıtların Tevsiki" başlıklı Birinci Bölümünde yer alan 227'nci maddesinin 1'inci fıkrasında, aksine hüküm olmadıkça, bu Kanuna göre tutulan ve üçüncü şahıslarla olan münasebet ve muamelelere ait olan kayıtların tevsikinin mecburi olduğu kurala bağlanmış, 2'nci fıkrasında ise, defter tutmak mecburiyetinde olmayan mükellefler dahi vergi matrahlarının tespiti ile ilgili giderlerini tevsike mecbur tutulmuştur. Bu hükümlere göre defter tutmak mecburiyetinde olsun ya da olmasın tüm mükellefler, vergi matrahının tespiti ile ilgili olup gayrısafi hasılattan indirilen tüm giderlerini belgelendirmek ve incelenmek üzere istenmesi halinde kayıt ve beyanlarının doğruluğunu ancak yasanın öngördüğü kayıt düzenine uygun olarak defterlere kaydedilmiş belgelerle kanıtlamak durumundadır.

İncelenmek üzere istenmesine karşın ihtilaflı döneme ilişkin defter ve belgelerini ibraz etmeyen davacının, beyannamesinde bildirdiği matrahın tespitinde esas alınan giderlerini belgelendirememesi ve bunlara ilişkin kayıtlarını tevsik edememesi nedeniyle dönem matrahının tespiti için takdir komisyonuna başvurulmasında ve takdir komisyonunca gayrısafi hasılatından indirilen giderlerin matrah farkı olarak takdirinde hukuka aykırılık bulunmamaktadır. Ancak bu durum, vergilendirmeye karşı dava açıldığında, ilk tahakkukun davacı tarafından verilen beyanname üzerinden yapılması ve giderlerin beyanname ekindeki bildirimlerde de yer almasından dolayı, tutarı matraha alınan giderlerin yasaca kabul edilen giderlerden olup olmadığının yargı yerince incelenmesine de engel değildir. Esasen bu incelemenin yapılması vergilendirmenin hukuka uygunluğunu tespit için zorunludur.

Beyannamesinde kurum kazancını belirlerken, indirim konusu yaptığı 8.301.961.052.- liranın 7.385.000.000.-lirası amortismandan ve 916.961.052.-lirası ise büro, oda, noter giderleri ile damga vergisi, özel işlem vergisi, cezalar ve dışarıya yaptırılan işlere ait harcamalardan oluştuğunda ihtilaf bulunmayan davacının, sözü edilen indirimi yapıp yapamayacağının yukarıda açıklanan nedenle belirlenmesi gerekmektedir. Vergi

mahkemesince bu amaçla istenen ve ibraz edilen defter ve belgeler üzerinde, gerek ayrılan amortismanın Vergi Usul Kanununa uygunluğu gerekse diğer faaliyet giderlerinin kanunen indirilmesi kabul edilen giderlerden olup olmadığı incelenmeksizin verilen kararın temyizen incelenmesi sırasında Danıştay Üçüncü Dairesince dosyadaki belgelerden, evvelce bir başka inceleme için sunulan davacıya ait olup, yargı yerine ibraz edilmek üzere Antalya Defterdarlığına teslim edilenler dışında belge bulunmadığı saptanarak istenmesine karşın, davacının dilekçelerindeki soyut iddiaya dayanılarak amortisman kaydı ile ilgili defter ve belgelerin temyiz merciine gönderilmek üzere davacıdan istenmesine gerek görülmediği gibi bir nedenle gereğinin yerine getirilmemesi kadar, bozma kararında nedenleri gösterilen inceleme yapılmaksızın karar verilmesi de hukuka uygun görülmemiştir.

Davanın çözümlenmesi, hangi iktisadi kıymetler için amortisman ayrıldığı belirlendikten sonra bu kaydın, Vergi Usul Kanununun 313'üncü maddesi ve izleyen hükümlerine uygunluğu ve diğer giderlere ilişkin olarak dosyaya sunulan belgeler ile yevmiye defteri de incelenerek, bu giderlerin kanunen kabul edilmeyen giderlerden olup olmadığı ve belgelendirilmiş sayılıp sayılmayacağına bağlı olduğu halde, bu yönde herhangi bir inceleme yapılmaksızın verilen ısrar kararının bozulması gerekmiştir.

Açıklanan nedenlerle temyiz isteminin kabulüyle, Antalya Vergi Mahkemesinin 31.5.2007 günlü ve E:2007/685, K:2007/1027 sayılı kararının, yukarıda belirtilen inceleme yapıldıktan sonra yeniden karar verilmek üzere bozulmasına, yeniden verilecek kararda karşılanacağından, yargılama giderleri hakkında hüküm kurulmasına gerek bulunmadığına, 26.12.2008 gününde oybirliğiyle karar verildi.

VERGİ USULÜ

T.C.
D A N I Ş T A Y
Vergi Dava Daireleri Kurulu
Esas No : 2007/525
Karar No: 2008/716

Özeti : Özel usulsüzlük cezası kesilmesi gereken dönem, teslimin yapıldığı dönem olacağından, taahhüt işine ait teslimin, hakediş raporları ve geçici yahut kesin kabul tutanakları, sözleşmenin taraflarına ait yasal kayıt ve belgelerde gösterilen tarihlerde yapıldığının kabul edilmesi gerektiği hakkında.

Temyiz Eden : Bornova Vergi Dairesi Müdürlüğü
Karşı Taraf : … İnşaat Turizm Sanayi ve Ticaret Limited Şirketi
İstemin Özeti : Nezdinde 26.10.2004 tarihinde yapılan ve müdürü tarafından imzalanan P-242998 sayılı yoklama tutanağına dayanılarak, taahhüt sözleşmeleri gereği yapılan ödemeler için fatura düzenlememesi nedeniyle davacı adına 213 sayılı Vergi Usul Kanununun 353'üncü maddesinin 1'inci fıkrasının 1'inci bendi gereğince kesilen özel usulsüzlük cezası davaya konu edilmiştir.

Davayı inceleyen İzmir 3. Vergi Mahkemesi, 30.9.2005 günlü ve E:2005/144, K:2005/747 sayılı kararıyla; 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun 231'inci maddesinde malın teslimi veya hizmetin yapıldığı tarihten itibaren azami yedi gün içinde düzenlenmeyen faturaların hiç düzenlenmemiş sayılacağı hükmüne yer verildiği, şikayet dilekçesi üzerine

davacı şirket müdürü nezdinde düzenlenen 26.10.2004 tarihli yoklama tutanağında, davacının, S.S. … Konut Yapı Kooperatifiyle yapılan inşaat taahhüt sözleşmesinin 18.6.2004 tarihinde kooperatif tarafından tek taraflı olarak feshedildiği, bu sözleşme uyarınca kooperatife yapılan iş karşılığı tahsil edilen KDV dahil 485.828.087.759 lira tahsilatı için fatura düzenlenmediğinin tespiti üzerine şirket adına, 213 sayılı Yasanın 353'üncü maddesinin 1'inci fıkrasının 1'inci bendi uyarınca %10 nispetinde özel usulsüzlük cezası kesildiği, dava konusu edilen bu cezanın dayanağı tutanakta, yapılan inşaat taahhüt işi karşılığı kooperatiften tahsil edildiği belirtilen tutarın hangi tarih ya da tarihlerde tahsil edildiği hususunda bir saptamanın bulunmadığı, yoklama memurlarının mükellefiyetle ilgili günlük olay, kayıt ve mevzuları araştırma yetkisi bulunduğu, geçmiş dönem hesap ve işlemlerini inceleyemeyecekleri, bu nedenle ödemelerin hangi tarihlerde yapıldığı hususunda somut tespitleri içermeyen tutanağa istinaden kesilen cezada hukuka uygunluk bulunmadığı gerekçesiyle özel usulsüzlük cezasının kaldırılmasına karar vermiştir.

Vergi dairesi müdürlüğünün temyiz istemini inceleyen Danıştay Üçüncü Dairesi 29.12.2006 günlü ve E:2006/7, K:2006/3702 sayılı kararıyla; 193 sayılı Gelir Vergisi Kanunu'nun 37'nci maddesinde ticari kazancın; her türlü ticari ve sınai faaliyetten doğan kazanç şeklinde tanımlandığı, maddede, ticari ve sınai faaliyetlerin hangi faaliyetler olduğunun açıklanmadığı, ancak, Türk Ticaret Kanunu'nun 3'üncü maddesine göre bir ticarethane veya fabrika yahut ticari şekilde işletilen diğer bir müesseseyi ilgilendiren bütün muamele, fiil ve işlerin ticari iş olduğunun kabul edildiği, inşaat ve taahhüt işi yapan davacı şirketin S.S. … Konut Yapı Kooperatifi ile yaptığı sözleşme gereği davacı şirkete ödenen KDV dahil 485.828.087.759 lira için fatura düzenlenmediğinin davacı nezdinde tutulan tutanakla tespit edildiği, Kurumlar Vergisi Kanununun yaptığı göndermeden dolayı uygulanması gereken Gelir Vergisi Kanunu; ticari kazancın tahakkuk esasına göre vergilendirmesini öngördüğünden, sözleşmenin feshi ile tahakkuk etmiş alacak için fatura düzenlenmesi gerektiğinden, Mahkemece, ödemelerin yapıldığı yönünde bir tespit bulunmadığı için fatura düzenlenmesini gerektiren şartların oluşmadığı gerekçesiyle cezanın kaldırılması yolunda verilen kararda isabet görülmediği gerekçesiyle kararı bozmuştur.

Bozma kararına uymayan İzmir 3. Vergi Mahkemesi 7.6.2007 günlü ve E:2007/711, K:2007/562 sayılı kararıyla; Danıştay Üçüncü Dairesinin bozma kararında sözleşmenin feshi ile tahakkuk etmiş alacak için fatura düzenlenmesi gerektiği vurgulanmış ise de, yoklama tutanağında 485.828.087.759 liranın şirkete ödendiğinin tespitli olduğu, Gelir Vergisi Kanununun 42'nci maddesi kapsamında yapılan yıllara yaygın inşaat ve onarım işlerinde, taraflar arasında imzalanan sözleşmeyle, önceden belirlenen işin tamamlanan her evresi için hakediş raporu tanzim edilerek yapılan ödemeler için fatura düzenlenmesinin zorunlu olduğu, bu tür yıllara yaygın işlerde hakediş raporlarına istinaden yapılan ödemelerin hangi tarih ve tutarlarda yapıldığının tespiti, faturanın düzenlenmesi gereken dönemin tespiti açısından önem arzettiği gibi bu saptamanın 213 sayılı Yasanın 353'üncü maddesinin 1'inci fıkrasının 1'inci bendine göre kesilecek cezanın miktarının tayininde de belirleyici olduğu, cezanın dayanağı tutanakta ise bu yönde yapılmış bir saptama bulunmadığından kesilen cezada isabet görülmediği gerekçesiyle özel usulsüzlük cezasının kaldırılması yolundaki ilk kararında ısrar etmiştir.

Vergi dairesi müdürlüğü, yaptığı inşaat taahhüt işleri karşılığı elde ettiği tutarlar için fatura düzenlemediği, şirket temsilcisi tarafından imzalanan tutanak ile sabit olan davacı adına kesilen cezanın yasal olduğu iddiasıyla ısrar kararının temyizen incelenerek bozulmasını istemiştir.

Savunmanın Özeti : Savunma verilmemiştir.

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

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

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

TÜRK MİLLETİ ADINA

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

İnşaat taahhüt işi yapan davacının müdürü nezdinde düzenlenen ve S.S. … Konut Yapı Kooperatifinden tahsil edilen 485.828.087.759 lira için fatura düzenlenmediğini saptayan yoklama tutanağına dayanılarak kesilen özel usulsüzlük cezasının kaldırılması yolundaki ısrar kararı temyiz edilmiştir.

Konut yapı kooperatifine karşı yapımı üstlenilen yıllara yaygın inşaat işine 1998 yılında başlandığı, iş tamamlanmadan sözleşmenin kooperatif tarafından 18.6.2004 tarihinde feshedildiği ve fesih tarihinden önceki tarihlerde kooperatif tarafından davacıya ödendiğinde ihtilaf bulunmayan 485.828.087.759 lira tahsilat nedeniyle fatura düzenlenmediği anlaşılmakta ve cezanın dayandığı yoklama tutanağında kurum temsilcisinin faturaların daha sonra düzenleneceğine ilişkin çekincesinin bulunduğu da saptanmaktadır.

Davacı tarafından, avans olanlar da dahil tahakkuk eden hakedişleri için fatura düzenlenmesi gerekmektedir. Faturanın düzenlenmesi gereken zamanı belli eden olay, emtianın teslimi veya hizmetin yerine getirilmesidir. İnşaat taahhüt işlerinde bu olay, imalatın belli bir kısmı için yüklenicinin hakediş raporunun karşı tarafın kabulü ile meydana gelmektedir. Davacı tarafından tahsil edilmiş olan hakedişin, yoklama tutanağının düzenlendiği 2004 yılında ya da önceki yıllarda teslim edilen iş bedeli olduğu saptanamamaktadır.

Davaya konu yapılan ceza ise ödemenin ait olduğu teslimin 2004 yılında yapıldığı kabul edilerek bu yıl için kesilmiştir. Bu nedenle davanın çözümü, 485.828.087.759 liraya ait teslimin tümüyle 2004 yılında yapılıp yapılmadığının belirlenmesine bağlıdır. Ancak, teslimin bir kısmının veya tümünün önceki yıllarda yapılması da olasıdır. Bu nedenle davanın, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 20'nci maddesinde idari mahkemelere tanınan yetki uyarınca ödemeye ait teslim veya teslimlerin yapıldığı tarih ve tutarları gösteren kanıtlar olan hakediş raporları veya kabul tutanakları ile inşaat sözleşmesinin taraflarına ait yasal defter ve belgelerindeki bu konudaki kayıtların ibrazı istenip, incelendikten sonra karara bağlanması gerekirken, bozma kararına uyulmaksızın verilen ısrar kararı hukuka uygun görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle temyiz isteminin kabulüyle, İzmir 3.Vergi Mahkemesinin 7.6.2007 günlü ve E:2007/711, K:2007/562 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- Temyiz dilekçesinde ileri sürülen iddialar, ısrar kararının dayandığı hukuksal nedenler ve gerekçe karşısında kararın bozulmasını gerektirecek nitelikte görülmediğinden karara katılmıyoruz.

T.C.
D A N I Ş T A Y
Vergi Dava Daireleri Kurulu
Esas No :2007/330
Karar No:2008/727

Özeti : POS cihazıyla tahsil edilen hasılatın kayıt ve beyan dışı bırakılması nedeniyle yapılan vergilendirmeye karşı açılan davada, kayıtlı maliyetten daha fazla maliyet olduğu iddiasını kanıtlama yükünün, vergi yükümlülerine düştüğü hakkında.

Temyiz Eden **:** Kaletepe Vergi Dairesi Müdürlüğü
Karşı Taraf **:** ... Limited Şirketi
İstemin Özeti **:** 2002 vergilendirme döneminde pos cihazı ile tahsil ettiği hasılatının bir kısmını kayıt ve beyan dışı bırakması, alış kaydında düzeltme yapılmayan ancak, iade edilen emtiaya ait fatura tutarını hasılata dahil etmemesi ve fazladan maliyet ve gider kayıtlarının bulunması nedeniyle davacı adına re'sen salınan kurumlar vergisi ve fon payı ile kesilen vergi ziyaı cezası dava konusu yapılmıştır.

Davayı inceleyen Kırıkkale Vergi Mahkemesi, 19.10.2005 günlü ve E:2005/203, K:2005/376 sayılı kararıyla; davacının satmak üzere alınan emtiadan iade edilenlere ilişkin olarak … Anonim Şirketine düzenlediği fatura deftere kaydedilmediği halde maliyetlerde dikkate alındığının sabit olduğu ve iki adet alış faturasının maliyetlere fazla intikal ettirildiği davacı tarafından da kabul edildiğinden bu nedenlerle bulunan farkın matraha alınmasında hukuka aykırılık bulunmadığı, kayıt dışı bırakılan POS cihazı hasılatı tutarının tümünün matrah farkı olarak kabulüne olanak bulunmadığı, bu farka isabet eden maliyetin düşülmesi gerektiği, bunun mümkün olmaması halinde matrah farkının, hasılata inceleme sırasında belirlenecek bir kârlılık oranı uygulanarak tespit edilmesi gerekirken, bu konuda herhangi bir tespit yapılmaksızın matrah farkı bulunmasında hukuka uygunluk bulunmadığı gerekçesiyle tarhiyatı, matrahı azaltmak suretiyle değiştirmiştir.

Tarafların temyiz istemini inceleyen Danıştay Dördüncü Dairesi, 14.12.2006 günlü ve E:2006/1506, K:2006/2661 sayılı kararıyla; POS cihazıyla elde ettiği hasılatı ile ilgili olarak kayıtlara intikal ettirilmeyen bir gideri olduğunun davacı tarafından belgelendirilmediği, bu nedenle kayıt dışı hasılatın doğrudan matraha ilavesinde hukuka aykırılık bulunmadığından, kararın vergilendirmenin bu kısmının kaldırılmasına ilişkin hüküm fıkrası ile kesilen vergi ziyaı cezası hakkında Anayasa Mahkemesinin verdiği iptal kararı gözetilerek karar verilmesi gerektiği gerekçesiyle cezaya ilişkin hüküm fıkrasını bozmuş, tarafların diğer temyiz iddialarını reddetmiştir.

Vergi ziyaı cezasına ilişkin bozma hükmüne kısmen uyan Kırıkkale Vergi Mahkemesi, 26.4.2007 günlü ve E:2007/231, K:2007/207 sayılı kararıyla; ilk kararın iade faturası tutarı ile iki adet alış faturası tutarının matrahta bırakılmasına ilişkin hüküm fıkrasına yöneltilen temyiz isteminin Danıştay Dördüncü Dairesinin 14.12.2006 günlü ve E:2006/1506, K:2006/2661 sayılı kararıyla reddedildiği ve karar düzeltme istenmediğinden sözü edilen hükmün kesinleştiği, emtia ticaretinde satışların alımlara dayanması gerçeği karşısında, ticari ve ekonomik icaplara uygun ve olayın özelliğine göre mutad bir durumu iddia eden davacının alımlarını ispat etme yükümünden bahsedilemeyeceğinden tarhiyatın POS cihazıyla elde edilen hasılattan kaynaklanan matrah farkı üzerinden yapılan kısmının hukuka uygun bulunmadığı, 213 sayılı Vergi Usul Kanununun 344'üncü maddesinin ikinci fıkrasının cezanın hesaplanmasına ilişkin kısmının Anayasa Mahkemesince iptal edildiği, bu nedenle cezanın vergi aslının bir katını aşan kısmında hukuka uygunluk görülmediği gerekçesiyle ceza

yönünden bozma hükmüne uymuş, tarhiyatın POS cihazı ile tahsil edilen hasılatın beyan dışı bırakılması nedeniyle belirlenen matrah farkı üzerinden yapılan kısmının kaldırılmasına ilişkin ilk kararında ısrar etmiştir.

Israr kararı vergi dairesi tarafından temyiz edilmiş ve bedeli POS cihazı ile tahsil edilen hasılatın kayıt ve beyan dışı bırakılması ve başka bir gider ve maliyetin kayıtlara dahil edilmemiş olması nedeniyle bulunan farkın matrahtan çıkarılmasında hukuka uygunluk bulunmadığı ileri sürülerek kararın bozulması istenmiştir.

Savunmanın Özeti : Savunma verilmemiştir.

Danıştay Tetkik Hâkimi Ahmet AKKOCA'nın Düşüncesi: Normal ve mutad olan durum, mükellefiyetle ilgili olarak yapılan tüm hasılat ve giderlerin Vergi Usul Kanununda ve bu Kanunun vermiş olduğu yetkiye dayanılarak yapılan idari düzenlemelerde öngörülen belgelerle tevsikidir. Aksine, belgelerle ispat edilemeyen bir giderin var olduğu iddia ediliyor ise, bu durumu davacının ispat etmesi gerekmektedir. Olayda ise, davacı tarafından POS cihazıyla elde edilen hasılata ilişkin kayıt dışı bir maliyet unsurunun varlığı ileri sürülmememiş ve dolayısıylada ispat edilmemiş olduğu halde aksi gerekçeyle tarhiyatı kaldıran mahkeme kararının hukuka uygun olmadığı görüşüyle Mahkeme kararının bozulması gerektiğii düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı A.Kemal TERLEMEZOĞLU'nun Düşüncesi : Temyiz istemin reddi ile vergi mahkemesi ısrar kararının onanmasının uygun olacağı düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

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

213 sayılı Vergi Usul Kanununun 134'üncü maddesinde, vergi incelemesinden maksadın, ödenmesi gereken vergilerin doğruluğunu araştırmak, tespit etmek ve sağlamak olduğu; 3'üncü maddesinin (B) fıkrasında da, vergilendirmede vergiyi doğuran olayın ve bu olaya ilişkin muamelelerin gerçek mahiyetinin esas olduğu; vergiyi doğuran olayın gerçek mahiyetinin, yemin hariç her türlü delille ispatlanabileceği; ancak, bu olayla ilgisi tabii ve açık bulunmayan şahit ifadesinin ispatlama vasıtası olarak kullanılamayacağı; iktisadi, ticari ve teknik icaplara uymayan veya olayın özelliğine göre normal ve mutat olmayan bir durumun iddia olunması halinde, ispat külfetinin bunu iddia eden tarafa ait bulunduğu hükme 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 kurala bağlanmıştır.

Vergi mükellefleri bakımından, normal ve mutad durum, vergilendirme dönemine ait tüm hasılat ve giderlerin Vergi Usul Kanununda ve bu Kanunun verdiği yetkiye dayanılarak yapılan idari düzenlemelerde öngörülen belgelerle belgelendirilmesi ve tutulması zorunlu defterlere zamanında kaydıdır. Belirtilen düzenlemeye aykırı durumların varlığı halinde mükellefler, kayıtlarının ve beyanlarının doğruluğunu ispatlama yükü altında kalırlar.

Dosyanın incelenmesinden; … Anonim Şirketinden alınan hesap bildirim cetvellerine göre davacının, Ocak-Aralık 2002 döneminde POS cihazıyla tahsil ettiği hasılat tutarının, kayıtlı satış tutarıyla karşılaştırılması suretiyle bulunan kayıt dışı hasılattan; vergi inceleme raporu eki tutanağa göre, herhangi bir mal ve hizmet satışı olmaksızın nakit temini amacıyla dokuz ayrı kişiye ait kredi kartından çekildiği belirtilen tutar ile bu tutarlar için ödenen komisyon gideri toplamının düşülmesi suretiyle bulunan hasılat farkı üzerinden yapılan

tarhiyatın; kayıt dışı bırakılan POS cihazı hasılatı tutarının tümünün matrah farkı olarak kabulüne olanak bulunmadığı, bu farka isabet eden maliyetin düşülmesi gerektiği, kayıt dışı kalmış maliyetin varlığını ispatlama yükünün ise; alım satım işlerinde satışların alımlara dayanmasının ekonomik ve ticari zorunluluk olması karşısında, davacıya değil, davalı idareye düştüğü, idarenin ise bu durumu ispatlayamadığı gerekçesiyle vergilendirmenin bir kısmının kaldırıldığı anlaşılmaktadır.

Unvanında belirtilen alanlarda faaliyette bulunan davacı şirket hakkında düzenlenen ve şirket müdürünce itirazsız imzalanan vergi inceleme raporu eki tutanağın 11'inci maddesinde kanuni temsilci tarafından; izahı istenen farkın, bedeli POS cihazı ile tahsil edilen bazı emtia satışları için sehven fatura veya ödeme kaydedici cihaz fişi düzenlenmemesinden kaynaklandığı, 19'uncu maddesinde ise, 2002 takvim yılında kayıtlarına ve beyanlarına yansıtılmayan başkaca alış ve giderinin olmadığı ifade edilmiştir.

Davacı kurum yetkilisinin beyanıyla doğruladığı bu tespitler ve vergi incelemesi sırasında davacı kurumun yıllık beyannamesine ek gelir tablosunda gösterilen dönem içinde satılan emtia maliyetlerinin aynen kabul edilmesi karşısında, kayıt ve beyan dışı bırakılan hasılata ilişkin olup kayıtlara dahil edilmemiş harcamalardan doğan maliyetlerin varlığının davacı tarafından kanıtlanması gerekir.

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.

Dava dilekçesinde POS cihazı ile tahsil edilen hasılata ait olup, kayıtlara dahil edilmeyen ne gibi bir maliyet unsuru bulunduğu konusunda açık bir iddia ileri sürmediği ve inceleme raporuna ek tutanakta kurum yetkilisinin anlatımı ve imzasıyla doğruladığı şekilde, kayıtlara dahil edilmemiş başka bir gider ve maliyet bulunmadığının saptandığı gözetilmeksizin ve tersinin kabulünü gerektiren hiçbir kanıt sunulmadığı halde, kanıt yükü ile ilgili kuralların gereklerine de aykırı şekilde verilen ısrar kararında hukuka uygunluk görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle, temyiz isteminin kabulü ile Kırıkkale Vergi Mahkemesi, 26.4.2007 günlü ve E:2007/231, K:2007/207 sayılı ısrar kararının, vergilendirmenin POS cihazı ile elde edilen bir kısım hasılatın beyan dışı bırakılması nedeniyle belirlenen matrah farkı üzerinden yapılan kısmının kaldırılmasına ilişkin hüküm fıkrasının bozulmasına, yeniden verilecek kararda karşılanacağından, yargılama giderleri hakkında hüküm kurulmasına gerek bulunmadığına, 21.11.2008 gününde oyçokluğu ile karar verildi.

KARŞI OY

X- Temyiz dilekçesinde ileri sürülen iddialar ısrar kararının bozulmasını gerektirecek nitelikte bulunmadığından istemin reddi gerektiği oyu ile karara katılmıyoruz.

T.C.
D A N I Ş T A Y
Vergi Dava Daireleri Kurulu
Esas No: 2007/490
Karar No: 2008/730

Özeti : **1-**Satışlarının belli bir kısmının toptan olduğunun, şirket yetkilisi tarafından ihtirazi kayıt konulmadan imzalanan tutanakta saptanması nedeniyle, kayıtlı hasılatın tamamının perakende satış hasılatı olduğunu kanıtlama yükünün davacıya düştüğü,
2-Davacıdan kanıt sunulması istenmeksizin hüküm kurulmasının hukuka uygun bulunmadığı hakkında.

Temyiz Eden **:** Denizli Vergi Dairesi Başkanlığı
Karşı Taraf **:** … Limited Şirketi
İstemin Özeti **:** 1999 yılında hasılatının bir kısmını kayıt ve beyan dışı bırakması nedeniyle davacı adına Ocak-Aralık 1999 dönemleri için salınan vergi ziyaı cezalı katma değer vergisi dava konusu yapılmıştır.

Davayı inceleyen Denizli Vergi Mahkemesi, 19.7.2002 günlü ve E:2001/665, K:2002/447 sayılı kararıyla; ticari faaliyeti kapsamında posta çeki hesabına yatırılan ve çekilen paralarla ilgili olarak yasal defterlere hiçbir kayıt yapmadığı ve bir kısım emtianın belgesiz satılması suretiyle hasılatını kayıt ve beyan dışı bıraktığı saptanan davacı adına 1999 yılındaki toplam satış tutarından toptan satışlara ait olduğu belirtilen hasılat düşülerek bulunan perakende satış tutarı posta çeki hesabıyla karşılaştırılarak bulunan hasılat farkı üzerinden re'sen cezalı tarhiyat yapıldığı, oysa 1999 yılındaki tüm satışların nihai tüketiciye yapılmış perakende satışlar olduğu, toptan satışın bulunmadığı yolundaki davacı iddialarının inceleme elemanınca dikkate alınmadığı, daktilo yazısıyla düzenlenen 27.7.2001 tarihli inceleme tutanağında, 1999 yılı satışlarının bir miktarının toptan bir miktarının da perakende olduğu yazılı iken, el yazısıyla düzenlenmiş 23.3.2001 tarihli tutanakta, tüm satışların perakende olduğu ve 1999 yılında toptan satış bulunmadığının yazılı olduğu, bu çelişkinin izahı bakımından Mahkemelerince verilen ara kararına cevaben idarece gönderilen belgeler arasında, davacının toptan satışının bulunduğunu kanıtlayan hukuken kabul edilebilir bir delil bulunmadığından, 1999 yılı satış hasılatının toptan ve perakende olarak ayrıma tabi tutulmasında isabet görülmediği gibi posta çeki hesabına 1998 ve 1999 yılında yatırılan tutarlar ayrıştırılmadan davacının belgesiz satış yaptığına ilişkin bir tespit de bulunmaksızın yapılan tarhiyatta hukuka uygunluk görülmediği gerekçesiyle tarhiyatın kaldırılmasına karar vermiştir.

Vergi idaresinin temyiz istemini inceleyen Danıştay Yedinci Dairesi, 3.11.2004 günlü ve E:2002/4390, K:2004/2747 sayılı kararıyla; vergi mükellefi bakımından normal ve mutad durumun, mükellefiyetle ilgili olarak tüm hasılat ve giderlerin Vergi Usul Kanununda ve bu Kanunun vermiş olduğu yetkiye dayanılarak yapılan idari düzenlemelerde öngörülen belgelerle tevsiki ve ayrıca tutulması zorunlu defter ve belgelerin, aynı Kanunun 253'üncü maddesinde öngörülen beş yıllık süre içinde istendiğinde vergi idaresinin incelemesine sunulmak üzere muhafaza edilmesi olduğu, Mahkeme tarafından tarhiyat, toptan satış tutarının davacıyla birlikte nasıl tespit edildiğinin davalı idarece ortaya konulmadığı, dolayısıyla davacının tüm satışlarının perakende olduğu sonucuna ulaşılması ve posta çeki hesabına 1998 ve 1999 yıllarında yatırılan tutarların ayrıştırılması ve belgesiz satış yapıldığına ilişkin bir tespit yapılmaması nedeniyle kaldırılmış ise de, davacı tarafından gerek inceleme elemanına verilen ifadede, gerekse dava dilekçesinde, posta çeki hesabına 1999 yılında

yatırılan ve çekilen paralar içinde, önceki ve sonraki yıllara ait satışlardan kaynaklanan taksitlerin olduğunun ileri sürülmediği, herhangi bir belge ve kanıt da ibraz edilmediği, buna karşılık 1999 yılı satışlarının belli bir kısmının toptan olduğu bizzat şirket yetkilisi tarafından herhangi bir ihtirazi kayıt konulmadan imzalanan 27.7.2001 tarihli inceleme tutanağının 8'inci maddesinde yer alan tespitle davalı idare tarafından ispatlandığı, Mahkeme tarafından dayanak alınan 23.3.2001 günlü el yazısı ile düzenlenen tutanağın ise, davacının beyanının imza altına alınmasından ibaret olduğu, defter ve belgelerin incelenmesi sonucu elde edilen verilere ve maddi tespitlere ilişkin bulunmadığından, ilgili yıl satışlarının tamamının perakende olduğu iddiasının kanıtlanmış sayılması için yeterli görülemeyeceği, ayrıca normal ve mutad olan durumun, posta çeki hesabıyla yapılan tahsilatların, perakende satışlara ilişkin olduğunun kabulü olması nedeniyle toptan satışlara ait tahsilatların da bu hesap aracılığıyla tahsil edildiğini kanıtlama yükü davacı şirkete ait olduğu halde bunun yapılmadığı, öte yandan, 1999 yılında tahsil edilen 1998 yılındaki satışlara ait taksit tutarlarının posta çeki hesabına 1999 yılında yatırılan ve davacı tarafından 1999 yılında çekilen tutardan ayrıştırılmamasının da bu konuda herhangi bir kayıt ve belge ibraz edilmediğinden dava konusu tarhiyatı hukuka aykırı kılmayacağı, dolayısıyla, posta çeki hesabından çekilen tutarın, 1999 yılında gerçekleştirilen perakende satışlara ilişkin hasılat olduğu sonucuna ulaşılmasında ve bu tutar ile beyan edilmiş satış hasılatının kıyaslanması sonucu bulunan matrah farkı üzerinden yapılan tarhiyatın kaldırılması yolundaki kararda isabet bulunmadığı gerekçesiyle kararı bozmuştur.

Bozma kararına uymayan Denizli Vergi Mahkemesi, 13.4.2007 günlü ve E:2007/12, K:2007/82 sayılı kararıyla, tarhiyatın ilk kararda yazılı hukuksal nedenlerle kaldırılması yolundaki kararında ısrar etmiştir.

Israr kararını temyiz eden vergi idaresi; vergi inceleme raporu eki tutanakta davacının, toptan ve perakende satış tutarlarının, katma değer vergisi oranları itibarıyla ibraz ettiği yasal defter ve belgeler üzerinden kanuni temsilcisi ile birlikte tespit edildiğini, dayanıklı tüketim malları ticareti yapan davacının perakende satışlarının %1 oranında katma değer vergisine tabi olmadığı halde vergilendirme döneminde %1 oranına tabi hasılatlar bildirildiği, bu orana tabi satışların toptan satış olduğunu ileri sürerek kararın bozulmasını istemiştir.

Savunmanın Özeti : Savunma verilmemiştir.

Danıştay Tetkik Hâkimi Ahmet AKKOCA'nın Düşüncesi : Temyiz dilekçesinde ileri sürülen iddialar ısrar kararının bozulmasını sağlayacak durumda görülmediğinden istemin reddi gerektiği düşünülmektedir.

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

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

TÜRK MİLLETİ ADINA

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

213 sayılı Vergi Usul Kanununun 134'üncü maddesinde, vergi incelemesinden maksadın, ödenmesi gereken vergilerin doğruluğunu araştırmak, tespit etmek ve sağlamak olduğu; 3'üncü maddesinin (B) bendinde de, vergilendirmede vergiyi doğuran olayın ve bu olaya ilişkin muamelelerin gerçek mahiyetinin esas olduğu; vergiyi doğuran olay ve bu olaya ilişkin muamelelerin gerçek mahiyetinin, yemin hariç her türlü delille ispatlanabileceği; ancak, bu olayla ilgisi tabii ve açık bulunmayan şahit ifadesinin ispatlama vasıtası olarak kullanılamayacağı; iktisadi, ticari ve teknik icaplara uymayan veya olayın özelliğine göre

normal ve mutat olmayan bir durumun iddia olunması halinde, ispat külfetinin bunu iddia edene ait bulunduğu düzenlenmiştir. Aynı Kanunun 227'nci maddesinde; 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 kurala bağlanmıştır.

Vergi mükellefleri bakımından, normal ve mutad olan durum, mükellefiyetle ilgili olarak yapılan tüm tahsilat ve giderlerin, Vergi Usul Kanununda ve bu Kanunun vermiş olduğu yetkiye dayanılarak yapılan idari düzenlemelerde öngörülen belgelerle belgelendirilmesi ve tutulması zorunlu defter ve belgelerin, Kanunun 253'üncü maddesinde öngörülen beş yıl içinde istendiğinde vergi idaresinin incelemesine sunulmak üzere muhafaza edilmesidir.

Tekstil, elektrikli-elektriksiz ev aletleri ve dayanıklı tüketim malları aktif pazarlamacılığı ve ticareti yapan davacı şirketin, adına kayıtlı 1266024 numaralı posta çeki hesabının ve yasal defter ve belgelerinin incelenmesi sonucu düzenlenen vergi inceleme raporu ve bu raporun ekini oluşturmak üzere kanuni temsilcisinin çekince koymaksızın imzaladığı 27.7.2001 tarihli tutanakta; şirket tarafından beyan edilen 1999 yılındaki toplam satış hasılatının ayrı katma değer vergisi oranları itibarıyla ne kadarının perakende ne kadarının toptan satış hasılatı olduğu, posta çeki hesabına yatırılan ve davacı şirket tarafından çekilen hasılatın tamamının perakende satışlardan kaynaklandığı ve bu tutarlarda herhangi bir yanlışlığın olmadığı, gerçek bedelin altında düzenlenen mal alış faturaları sebebiyle posta çeki hesabındaki hasılatın tamamı için fatura düzenleyemedikleri ve belgelendirmediği giderinin olmadığı hususlarının tespit edilmesi üzerine, defter ve belgelerinde kayıtlı satış hasılatından, toptan satış hasılatı indirilerek bulunan kayıtlı perakende satış hasılatının, posta çeki hesabındaki perakende satış hasılatıyla karşılaştırıldığı, karşılaştırma sonucu davacı adına posta çeki hesabından yapılan ve kayıtlı hasılatı aşan tahsilatın, kayıt ve beyan dışı bırakılan hasılat olduğunun kabulü suretiyle bu fark üzerinden re'sen cezalı katma değer vergisi salındığı anlaşılmaktadır.

Vergilendirme; 1999 yılındaki satışların niteliği hakkında düzenlenmiş 23.3.2001 tarihli tutanakla, 27.7.2001 tarihli tutanakta yer alan çelişkinin giderilmesi için verilen ara kararına cevaben idarenin gönderdiği belgeler arasında, davacının toptan satışının bulunduğunu kanıtlayan hukuken kabul edilebilir bir delil bulunmaması, hasılatın toptan ve perakende olarak ayrıma tabi tutulması ve posta çeki hesabına yatırılan tutarlardan, önceki vergilendirme döneminde yapılan satışlara ait tutarın ayrıştırılmaması nedeniyle kaldırılmıştır.

1999 yılındaki satışların belli bir kısmının toptan olduğu; bizzat şirket yetkilisi tarafından posta çeki hesap ekstreleri ve yasal defter kayıtları üzerinden inceleme elemanı ile birlikte yapılan tespitleri içeren ve herhangi bir itirazi kayıt konulmadan imzalanan 27.7.2001 tarihli inceleme tutanağında saptanmıştır. Bu tutanağının 8' inci maddesinde yer alan ve kayıtlı satış hasılatının, 14.275.247.000.-lirasının %1, 6.100.000.000 lirasının % 15, 4.381.000.000 lirasının %17 oranında vergiye tabi toptan satışlar, 20.146.444.879.-lirasının %15, 41.034.545.000 lirasının % 23 katma değer vergisi oranına tabi toptan ticari mal satışları olduğu davalı idare tarafından ispatlanmıştır. Bu durumda, kayıtlı hasılatın tamamının perakende satış hasılatı olduğunun, bu tespitlerin yapıldığı ve bedellerinin bu işlemlerin yapıldığı kimseler tarafından posta çeki hesabına yatırıldığının davacı tarafından belgelendirilerek kanıtlanması gerekmektedir. Faaliyet ve posta çeki hesabının işleyişi hakkında ifadesine başvurulduğunda davacı kurum yetkilisinin anlatımını içermek üzere düzenlenen 23.3.2001 tarihli tutanak, diğer kanıtlar bulunmaksızın sözü edilen iddiaya tek başına yeterli kanıt kabul edilemez.

Davacı tarafından; gerek inceleme elemanına verilen ve elyazısıyla düzenlenen 23.3.2001 tarihli ifade tutanağında, gerekse 27.7.2001 tarihli vergi inceleme raporuna ek tutanakta, posta çeki hesabına 1999 yılında yatırılan ve çekilen paralar içinde, önceki ve sonraki yıllara ait satışlardan kaynaklanan taksit ödemelerinin olduğu yönünde bir iddiaya yer verilmediği, sadece ve genel olarak böyle bir durumun olabileceğini ileri sürmüş ve bu konuda herhangi bir kanıt ibraz etmemiş, mahkeme tarafından da kanıt istenmemiştir. Vergilendirmeye karşı açılan davaya ait dilekçede ileri sürülen bu iddianın kanıtlarının sunulması istenmeksizin ve sunulduğu takdirde değerlendirilmeksizin, soyut iddiaya dayanılarak hüküm kurulması hukuka uygun düşmemiştir.

Vergi ziyaı cezası hakkında, 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 içtihatları göz önüne alınarak karar verilmesi gerekmektedir.

Açıklanan nedenlerle, temyiz isteminin kabulü ile Denizli Vergi Mahkemesinin 13.4.2007 günlü ve E:2007/12, K:2007/82 sayılı sayılı ısrar kararının bozulmasına, yeniden verilecek kararda hüküm altına alınacağından, yargılama giderleri hakkında hüküm kurulmasına gerek bulunmadığına, 21.11.2008 gününde oyçokluğu ile karar verildi.

KARŞI OY

X- Temyiz dilekçesinde ileri sürülen iddialar ısrar kararının bozulmasını gerektirecek nitelikte bulunmadığından istemin reddi gerektiği oyu ile karara katılmıyoruz.

T.C.
D A N I Ş T A Y
Vergi Dava Daireleri Kurulu
Esas No : 2007/334
Karar No: 2008/737

Özeti : Gerçek bir emtia teslimine dayanmayan, faturalara teslim edilmiş gösterilen emtianın gerçekten işletmeye girdiği ve bu alışların fatura düzenlemesi gereken kimselerden yapıldığı saptanmadan, Vergi Usul Kanunu'nun 353'üncü maddesinin 1'inci bendi uyarınca kesilen özel usulsüzlük cezası yönünden davanın reddinde, hukuka uygunluk görülmediği hakkında.

Temyiz Eden : ...
Karşı Taraf : Yeşilyurt Malmüdürlüğü
İstemin Özeti : Plastik ve tekstil hurda malzemeleri ticareti yapan ve 2002 yılında gerçek bir emtia teslimine dayanmayan faturaları kayıtlarına dahil ederek yüklenmediği vergileri indirim konusu yapması nedeniyle yeniden düzenlenen beyan tablosuna göre Ocak, Mart, Nisan 2002 dönemleri için davacı adına salınan vergi ziyaı cezalı katma değer vergisi ve kesilen özel usulsüzlük cezası dava konusu edilmiştir.

Davayı inceleyen Malatya Vergi Mahkemesi, 19.1.2006 günlü ve E:2005/183, K:2006/11 sayılı kararıyla; davacıya üstüpü alışı faturası düzenleyen ... İnşaat Kağıtçılık Orman Ürünleri Sanayi Dış Ticaret Anonim Şirketi hakkındaki vergi tekniği raporundan, sözü

edilen şirketin üstüpü, inşaat malzemesi, mangal kömürü ve odun alış ve satışlarının tamamının gerçek dışı olduğunun tespit edildiği, bu nedenle davacı adına düzenlediği faturalarda gösterilen katma değer vergilerinin indirim konusu yapılamayacağından salınan cezalı katma değer vergisinde yasal isabetsizlik bulunmadığı gibi bu faturalarda gösterilen emtianın başka firma veya firmalardan alınmasına rağmen ... İnşaat Kağıtçılık Orman Ürünleri Sanayi Dış Ticaret Anonim Şirketine ait faturalarla belgelendirildiği tespit edildiğinden kesilen özel usulsüzlük cezasında yasaya aykırılık görülmediği gerekçesiyle davayı reddetmiştir.

Davacının temyiz istemini inceleyen Danıştay Dokuzuncu Dairesi, 22.11.2006 günlü ve E:2006/1365, K:2006/4857 sayılı kararıyla; istemin katma değer vergisine ilişkin hüküm fıkrasına yöneltilen kısmını reddetmiş, kesilen vergi ziyaı cezasının dayanağı olan 213 sayılı Vergi Usul Kanununun 344 üncü maddesinin 2 nci fıkrasının, cezanın hesaplanmasına ilişkin düzenlemesinin Anayasa Mahkemesince iptal edildiği ve 5479 sayılı Kanunla da iptal kararına uygun düzenleme yapıldığından, mahkemece vergi ziyaı cezası hakkında, söz konusu iptal kararı ve yasal düzenleme dikkate alınarak yeniden bir karar verilmesi gerektiği, öte yandan özel usulsüzlük cezası kesilmesine ilişkin koşulları düzenleyen yasa hükmünde belirtilen unsurlar bir arada gerçekleşmediğinden, davanın kesilen özel usulsüzlük cezasına ilişkin kısmının reddinde de hukuka uygunluk görülmediği gerekçesiyle kararın, özel usulsüzlük cezası ve vergi ziyaı cezasına ilişkin hüküm fıkralarının bozulmasına karar vermiştir.

Bozma kararına kısmen uyan Malatya Vergi Mahkemesi, 7.5.2007 günlü ve E:2007/144, K:2007/189 sayılı kararıyla; ilk kararının katma değer vergisine ilişkin hüküm fıkrasının kesinleştiğini belirterek, davanın cezaya ilişkin kısmının vergi aslının üç katına isabet eden ceza yönünden reddine, ceza fazlasının kaldırılmasına karar vermiş, ilk kararının davanın, özel usulsüzlük cezasına ilişkin kısmı yönünden reddi yolundaki hüküm fıkrasında ise ısrar etmiştir.

Israr kararı, davacı tarafından temyiz edilmiş, fatura düzenleyen firmanın alışlarını belgelendirememesi nedeniyle faturaların sahte kabul edilemeyeceği ileri sürülerek ısrar kararının bozulması istenmiştir.

Savunmanın Özeti : Savunma verilmemiştir.

Danıştay Tetkik Hâkimi Gönül SAYIN'ın Düşüncesi : Israr kararının Danıştay Dokuzuncu Dairesince verilen bozma kararında yer alan esaslar doğrultusunda bozulması gerektiği düşünülmüştür.

Danıştay Savcısı Buket ORAL'ın Düşüncesi : Özel usulsüzlük cezası yönünden Danıştay bozma kararındaki gerekçe doğrultusunda temyiz isteminin kabulü ile mahkeme kararının özel usulsüzlük cezasına ilişkin kısmının bozulmasının uygun olacağı düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

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

Gerçek bir emtia teslimine dayanmaksızın düzenlenen faturaları kayıtlarına dahil ederek bir kısım alışlarını bu faturalarla belgelendirmesi nedeniyle davacı adına kesilen özel usulsüzlük cezası yönünden davanın reddi yolundaki ısrar hükmü davacı tarafından temyiz edilmiştir.

213 sayılı Vergi Usul Kanununun fatura ve benzeri evrak verilmemesi ve alınmaması ile diğer şekil ve usul hükümlerine uyulmaması nedeniyle kesilecek özel usulsüzlük cezalarına ilişkin düzenlemeleri içeren 353'üncü maddesinin 1'inci fıkrasında, verilmesi ve alınması icabeden fatura, gider pusulası, müstahsil makbuzu ile serbest meslek makbuzlarının verilmemesi, alınmaması veya düzenlenen bu belgelerde gerçek meblağdan farklı meblağlara yer verilmesi halinde; bu belgeleri düzenlemek ve almak zorunda olanların her birine, her bir

belge için bu belgelere yazılması gereken meblağın veya meblağ farkının %10'u nispetinde özel usulsüzlük cezası kesileceği kurala bağlanmıştır.

Gerçek bir emtia veya hizmet teslimini temsil etmeyen faturaların, maliyetleri yüksek göstermek ve bu yolla vergiye tabi matrahı azaltmak yahut katma değer vergisi indirimi yapabilmek için temin edilmesi kadar belgesi alınmamış emtia girişlerinin belgelendirilmesi ve emtia dengesinin kurulabilmesi için temin edilmesi de olasıdır.

Yüklenmediği katma değer vergilerini indirim konusu yapması nedeniyle katma değer vergisi de salınan davacı adına, indirim konusu yapılan vergilerin yer aldığı faturalarla kendisine teslim edilmiş gösterilen emtianın gerçekten işletmeye girdiği ancak, belgesiz alındığı ve bu alışların fatura düzenlemesi gereken kimselerden yapıldığı belirlenmeden Vergi Usul Kanununun 353'üncü maddesinin 1'inci bendine göre kesilen özel usulsüzlük cezası yönünden davanın reddi yolundaki ısrar kararı hukuka uygun görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle, temyiz isteminin kabulüyle Malatya Vergi Mahkemesinin 7.5.2007 günlü ve E:2007/144, K:2007/189 sayılı kararın özel usulsüzlük cezası yönünden davanın reddine ilişkin ısrar hükmünün bozulmasına, yeniden verilecek kararda karşılanacağından, yargılama giderleri yönünden hüküm kurulmasına gerek bulunmadığına, 21.11.2008 gününde oyçokluğuyla karar verildi.

KARŞI OY

X- 213 sayılı Vergi Usul Kanununun 353 üncü maddesinin 1 numaralı bendinde; verilmesi ve alınması icap eden fatura, gider pusulası, müstahsil makbuzu ile serbest meslek makbuzlarının verilmemesi, alınmaması veya düzenlenen bu belgelerde gerçek meblağdan farklı meblağlara yer verilmesi halinde, bu belgeleri düzenlemek ve almak zorunda olanların her birine, her bir belge için özel usulsüzlük cezası kesileceği belirtilmiştir.

Davacı adına emtia alımlarını belgelendirdiği faturaların içeriği itibarıyla yanıltıcı olması nedeniyle salınan cezalı katma değer vergileri kesinleştiğinden, söz konusu faturaların gerçekte emtia satışı yapmadan komisyon karşılığı fatura düzenleyen kişilerce düzenlenip davacıya verildiği hususu sabittir. Olayda, davacının emtia aldığı kişi ya da firmalardan fatura almadığı açık olduğundan, sadece satıcı veya satıcıların kimliklerinin bilinmemesi de özel usulsüzlük suçunun unsurlarından kabul edilemeyeceğinden, davacı adına kesilen özel usulsüzlük cezasında yasaya aykırılık bulunmamaktadır.

Bu nedenle, davanın reddi yolundaki mahkeme kararının bu hususa ilişkin hüküm fıkrasına yönelik temyiz isteminin reddi gerekeceği oyu ile kararın bu kısmına katılmıyoruz.

KARŞI OY

XX- 27.2.2003 tarihinde yürürlüğe giren 4811 sayılı Vergi Barışı Kanununun 3'üncü maddesinin 3'üncü fıkrasında, vergi aslına bağlı olmaksızın kesilen cezaların herhangi bir şart aranmaksızın tahsilinden vazgeçileceği hükme bağlanmış olup, Kanunun kapsadığı dönemlere ilişkin olduğu halde Kanun yürürlüğe girdikten sonra başlayan vergi incelemesi sonucunda çıkacak vergi aslına bağlı olmayan özel usulsüzlük cezalarına ilişkin olarak herhangi bir düzenlemeye yer verilmemiştir.

Vergilemede ve vergi cezalarında vergiyi doğuran olayın veya cezayı gerektiren fiilin gerçekleştiği tarihte yürürlükte olan hükümlerin esas alınması, daha sonra şartlı veya şartsız olarak lehe getirilen düzenlemelerin de uygulanması gerektiği tartışmasızdır.

Bu nedenle 2002 yılında işlenen fiile kesilen özel usulsüzlük cezasının 4811 sayılı Kanunun 3'üncü maddesi hükmü uyarınca kaldırılması gerekirken davanın bu kısmının reddedilmesinde yasal isabet görülmediğinden bozma kararına gerekçe yönünden katılmıyorum.

T.C.
D A N I Ş T A Y
Vergi Dava Daireleri
Kurulu
Esas No : 2008/827
Karar No: 2008/744

Özeti : Temyiz olunan kararın ve temyiz dilekçesinin, karşı tarafa tebliğine ilişkin işlemler tamamlanmaksızın temyiz incelemesi yapılamayacağından, ısrar kararı ve temyiz dilekçesi avukatını azlettiğini vergi mahkemesine bildiren davacıya tebliğ edilmeden gönderilen dosyanın, tebligat işlemleri tamamlanmak üzere ilgili mahkemeye gönderilmesi hakkında.

KARAR

… ve … vekili Av. … tarafından davacılar adına ayrı ayrı düzenlenen ihbarnameler ile salınan cezalı damga vergisinin kaldırılması istemiyle Veraset ve Harçlar Vergi Dairesi Müdürlüğüne karşı açılan davada davacılar adına yapılan vergilendirmeleri, matrahlarını azaltarak değiştiren Ankara 2.Vergi Mahkemesinin 24.6.2008 gün ve E:2008/808, K:2008/938 sayılı ısrar kararı vergi dairesi müdürlüğü tarafından temyiz edilmiştir.

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 25'inci maddesinde, davayı sonuçlandıran kararın tasdikli birer örneğinin taraflara tebliğ edileceği, aynı Kanunun 48'inci maddesinin 3'üncü fıkrasında da; temyiz dilekçelerinin kararı veren mahkeme veya Danıştay'ca karşı tarafa tebliğ edileceği, karşı tarafın tebliğ tarihini izleyen otuz gün içinde cevap verebileceği, cevap verenin kararı süresinde temyiz etmemiş olsa bile cevap dilekçesinde, temyiz isteminde bulunabileceği, bu takdirde bu dilekçelerin temyiz dilekçesi yerine geçeceği, aynı maddenin 4'üncü fıkrasında ise, kararı veren Daire veya mahkemenin, cevap dilekçesi verildikten veya cevap süresi geçtikten sonra dosyayı dizi listesine bağlı olarak, Danıştay'a veya Kurula göndereceği hükme bağlanmıştır.

Dosyanın incelenmesinden, temyiz istemine konu yapılan ısrar kararının davacılar vekiline tebliğine ilişkin tebliğ alındısına vekil tarafından, kararın sadece … adına tebellüğ edildiği, …'ya vekaletten azledilmesi nedeniyle kararın adı geçene ayrıca tebliğ edilmesi gerektiği, yazılmasına karşın ısrar kararı davacılardan …'ya tebliğ edilmeksizin ve azilname istenmeksizin, vergi idaresinin temyiz dilekçesinin davacılardan sadece … vekiline tebliği ile verilen cevap dilekçesinin bağlandığı dosyanın Danıştay'a gönderildiği saptanmaktadır.

Temyiz olunan kararın ve temyiz dilekçesinin karşı tarafa tebliğine ilişkin işlemler tamamlanmaksızın gönderilen dosya üzerinde temyiz incelemesi yapılamayacağından, 2577 sayılı Yasanın 48'inci maddesi uyarınca tebligat işlemleri tamamlandıktan sonra yeniden Danıştay'a gönderilmek üzere dosyanın Ankara 2.Vergi Mahkemesine gönderilmesine, 21.11.2008 gününde oybirliği ile karar verildi.

İKİNCİ DAİRE KARARLARI

MEMURLAR VE DİĞER KAMU GÖREVLİLERİ

T.C.
D A N I Ş T A Y
İkinci Daire
Esas No : 2007/4397
Karar No : 2008/3749

Özeti : Tüp Bebek uygulaması bakımından 40 yaş koşulu getirilmesine ilişkin, 2005-4 sayılı Bütçe Uygulama Talimatı hükmü ile bu hükme dayalı bireysel işlemde hukuka aykırılık bulunmadığı hakkında

Davacı : ...
Davalı : 1-Maliye Bakanlığı
2- Başbakanlık Hazine Müsteşarlığı

Davanın Özeti : Davacı tarafından, eşinin tedavisine ilişkin ilaç bedelinin ödenmesi yolunda yapılan başvurunun reddine ilişkin 17.03.2005 tarih ve 15556 sayılı Başbakanlık Hazine Müsteşarlığı işlemi ile bu işlemin dayanağı olan 2005 Mali Yılı Bütçe Uygulama Talimatının (4. Sıra Nolu) ilgili hükümlerinin; önceki yıllarda iki kez tüp bebek uygulaması yapıldığı ve katkı payı dışında kalan ilaç bedelleri kurumunca karşılandığı halde, tüp bebek uygulamasının bedelinin ödeneceğine dair ilk kez düzenleme içeren 2005 yılına ait dava konusu Talimat hükümlerinin keyfi ve tıp teknikleri yeterince bilinmeksizin düzenlendiği, karışık ve anlaşılmaz ifadelere yer verilmek suretiyle mağduriyetine yol açıldığı iddialarıyla iptali ile 4.297,62 YTL tutarındaki ilaç bedelinin yasal faizi ile tarafına ödenmesine hükmedilmesi istenilmektedir.

Maliye Bakanlığı

Savunmasının Özeti : 657 sayılı Yasanın 209. maddesi ile 178 sayılı Maliye Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin 10. maddesine 5234 ve 5335 sayılı Yasalarla eklenen hükümler ile Bakanlıklarına verilen yetki doğrultusunda yayımlanan dava konusu Talimat hükümlerinde ve bu hükümlere dayalı işlemde hukuka ve mevzuata aykırılık bulunmadığı, davanın reddi gerektiği savunulmaktadır.

Başbakanlık Hazine

Müsteşarlığı Savunmasının Özeti: Davacının eşinin tedavisine ilişkin olarak düzenlenen sağlık raporunun ve tedavi tarihi itibariyle yaşının, Talimat hükümleri ile belirlenen kriterlere uygun olmaması nedeniyle dava konusu işlemde hukuka ve mevzuata aykırılık bulunmadığı, davanın reddi gerektiği savunulmaktadır.

Danıştay Tetkik Hakimi : Fetih Sayın

Düşüncesi : Dairemizin E:2007/4169 nosuna kayden açılan davada alınan ara kararına Sağlık Bakanlığı'nca verilen cevap ve eki görüş yazılarının incelenmesinden; tüp bebek uygulamasının oldukça pahalı bir uygulama olmasına karşın, kadınların 40 yaşından sonra canlı bebek doğurma oranının %6 gibi oldukça düşük bir oranda seyretmesi karşısında, kamu kaynaklarından ödenecek bedelin yüksekliği de dikkate alındığında, bu yaştan sonra tüp bebek uygulamasına ilişkin giderlerin Devlet bütçesinden ödenmemesine ilişkin düzenleme getirilmesinde kişisel yarar- kamusal yarar dengesinin gözetildiği, bu konuda rapor düzenleyecek sağlık kurulunun oluşumuna ilişkin düzenlemenin de kamu kaynaklarının yerinde ve etkin kullanımını sağlama amaçlı olduğu, dava konusu

Tebliğ hükümlerinde ve işlemde bu yönleriyle hukuka ve mevzuata aykırılık bulunmadığı, davanın reddinin gerekeceği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı **:** Celalettin Yüksel

Düşüncesi **:** Davacının, eşinin tüp bebek tedavisinde kullanılan ilaç bedelinin ödenmemesine ilişkin işlemle, dayanağı 2005 Mali Yılı Bütçe Uygulaması Talimatının ödemeye engel oluşturan hükümlerinin iptali istemiyle açılmıştır

Davacı, 2005 Mali Yılı Bütçe Uygulama Talimatının (Sıra no:4) ödemeye engel kısımlarının iptaline istemişse de, dava anılan talimatın 10.3.1.maddesinin 2. ve 4.bentlerine hasren incelenmiştir.

178 sayılı Maliye bakanlığı'nın Teşkilat ve Görevleri Hakkında KHK.nin Bütçe ve Mali Kontrol Genel Müdürlüğünün görevlerinin sayıldığı 10. maddesine 5234 sayılı Yasa ile eklenen (p) bendi ile, ".... sağlık kurumlarınca verilen raporlar üzerine kullanılması gerekli görülen ortez, protez ve diğer iyileştirme araç bedellerinin kurumlarınca ödenecek kısmını ve bu konuya ilişkin esas ve usulleri Sağlık Bakanlığının görüşünü almak suretiyle tesbit etmek" hükmüne yer verilmiştir. 5234 sayılı Kanunun 1/r maddesi ile de aynı hüküm 657 sayılı DMK nun 209. maddesine eklenmiştir.

Yukarıda belirtilen Yasa hükümleriyle, Maliye Bakanlığına tanınan düzenleme yapma yetkisi ile Sağlık Bakanlığı'nın da görüşü alınmak suretiyle hazırlanan 4 sıra nolu 2005 Mali Yılı Bütçe Uygulama Talimatı 9.02.2005 günlü 25722 sayılı Resmi Gazetede yayımlanmıştır.

Talimatın, "Tüp Bebek Tedavisi" başlıklı 10.3.1.maddesinde; "kısırlık tedavisinde bir tedavi yöntemi olarak kabul edilen tüp bebek uygulamaları 21.08.1987 tarihli ve 19551 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan "Üremeye Yardımcı Tedavi Merkezleri Yönetmeliğine"göre Sağlık Bakanlığınca ruhsatlandırılmış, Kamu ve Özel sektöre ait, üremeye yardımcı tedavi merkezlerinde yapılabilir.Tüp Bebek uygulaması amacıyla bu merkezlere sevk yapılabilmesi ve tedavi giderinin ilgilinin kurumunca karşılanabilmesi için ;

Evli olan memurun kendisinin veya kanunen bakmakla yükümlü olduğu eşinin kısırlığa bağlı olarak tüp bebek tedavisi olması, gerektiğinin, eğitim ve üniversite hastaneleri tarafından aşağıda belirtilen esaslara uygun olarak düzenlenecek resmi sağlık kurulu raporu ile belgelendirilmesi zorunludur.

İntrauterin inseminasyon (IUI) işlemi, resmi sağlık kurumlarında bir uygulama (siklus) başına en fazla toplam 1500 ünite dozu geçmemek kaydıyla gonadotropin kullanılmak üzere kadın hastalıkları ve doğum uzmanı tarafından yapılabilir. Hastanın yaşamı boyunca yapılacak IUI işlemlerinden en fazla üç uygulamada (siklus) kullanılacak toplam en fazla 4500 ünite doz gonadotropin bedeli ödenir. Sağlık kurulu raporu ile belirlenmiş açıklanamayan infertilite vakalarında, en az üç kez intrauterin inseminasyon (IUI) işlemi yapılmadan, tüp bebek uygulamasına geçilemez.

Tüp bebek ve intrauterin inseminasyon uygulamalarında kullanılan ilaçlar hasta katılım payından muaf değildir.

Tüp bebek işlemi, hastanın 40 yaşına kadar olan yaşam süresi içerisinde en fazla üç uygulama (siklus) olmak üzere yapılabilir.Kullanılacak ilacın dozu (gonadotropin) üç uygulama için en fazla 9.000 üniteyi aşamaz." kuralı yer almıştır.

Dosyanın incelenmesinden, davacının eşinin iki kez devlet kanalı ile aldığı ilaçlarla, özel klinikte yaptığı tüp bebek uygulamasında sonuç alamadığı, Üçüncü kez Hacettepe Üniversitesi Hastanesinin 23.02.2005 günlü A.287788 sayılı raporu ile aldığı ilaçları için ödediği 4.297.62 YTL.nın ödenmesi istemiyle yaptığı başvurunun, 2005 mali yılı Bütçe Uygulama Talimatının, raporun düzenlenme şekline ve 40 yaş sınırına ilişkin hükümlerine uygun olmadığı belirtilerek reddedildiği anlaşılmıştır.

Olayda, 2005 Mali Yılı Bütçe Uygulama Talimatının (4 sıra nolu) 10.3.1. maddesinin 2. bendinde tüp bebek tedavisi için düzenlenen raporlarda en az iki kadın hastalıkları ve doğum uzmanı ile bir üroloji uzmanının bulunmasının zorunlu olduğu kuralı getirilmiştir. yapılan tedavinin hem üroloji açısından kadın ve erkeği ilgilendirmesi hem de hamilelik ve

doğum sebebiyle kadın hastalıkları ve doğumla ilgili olması sebebiyle oluşturulacak resmi Sağlık kurulunda iki kadın hastalıkları ve doğum uzmanı ile bir de üroloji uzmanı bulunması yönünde yapılan düzenleme de sebep ve maksat bakımından hukuka aykırılık görülmemiştir.

Dava konusu Talimatın 10.3.1. maddesi son bendinde "Tüp bebek işlemini hastanın 40 yaşına kadar olan yaşam süresi içinde en fazla üç uygulama yapılabileceği" yolundaki kural ile 40 yaşını aşan hastaların tüp bebek tedavisi giderlerinin karşılanmayacağı anlaşılmaktadır. Sağlıklı kadınlarda bile, 35 yaş üzeri gebeliğin riskli kabul edilmesi karşısında,anne ve bebek açısından normal gebeliğe göre daha çok risk taşıdığı bilinen, 40 yaşını aşan anne ve bebek yönünden ortaya çıkabilecek olumsuzluklar ile maliyetinin yüksekliği sebebiyle, düzenli bir gebelik ve sağlıklı bebek doğumu amacıyla tüp bebek tedavisi için yaş sınırlaması getiren talimatın 10.3.1. maddesinin 5. bendi ile yapılan düzenlemede maksat yönünden hukuka aykırılık görülmemiştir.

Dava konusu işleme gelince; 2005 Mali Yılı Bütçe Uygulama Talimatının 10.3.1. maddesinin 2. bendi uyarınca üroloji uzmanının yer almadığı sağlık kurulu raporu ve aynı maddenin 5. bendinde belirtilen yaş sınırını aşmış olan davacının eşine tüp bebek tedavisi için alınan ilaç bedellerinin ödenmemesine ilişkin dava konusu işlemde hukuka aykırılık görülmemiştir.

Açıklanan sebeplerle, davanın reddinin uygun olacağı düşünülmüştür.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay İkinci Dairesi'nce işin gereği görüşüldü:

Davacı tarafça dava dilekçesinde; 2005-4 sayılı Talimatın hangi hükümlerinin iptalinin istenildiği açıkça belirtilmemiş ise de, dilekçe ekinde yer alan ve iptali istenilen bireysel işlem içeriğinden; davacının ilaç bedelinin ödenmesine ilişkin isteminin reddine dair işlemin dayanağı olan, dolayısıyla menfaatini etkileyen hükmün 2005-4 sayılı Talimatın 10.3.1. maddesinin ikinci paragrafında; "Bu raporları düzenlemek üzere oluşturulacak resmi sağlık kurulunda, en az iki kadın hastalıkları ve doğum uzmanı ile bir üroloji uzmanının bulunması zorunludur." şeklinde yer alan hüküm ile son paragrafında yer alan; "Tüp bebek işlemi, hastanın 40 yaşına kadar olan yaşam süresi içerisinde en fazla üç uygulama (siklus) olmak üzere yapılabilir." şeklindeki hüküm olduğu anlaşıldığından istem bu şekilde sınırlandırılmak suretiyle işin esasına geçildi.

Dava, davacı tarafından, eşinin tedavisine ilişkin ilaç bedelinin ödenmesi yolunda yapılan başvurunun reddine ilişkin 17.03.2005 tarih ve 15556 sayılı Başbakanlık Hazine Müsteşarlığı işlemi ile bu işlemin dayanağı olan 09.02.2005 tarih ve 25722 (mükerrer) sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 4 sıra nolu 2005 Mali Yılı Bütçe Uygulama Talimatının 10.3.1. maddesinin ikinci paragrafında yer alan; "Bu raporları düzenlemek üzere oluşturulacak resmi sağlık kurulunda, en az iki kadın hastalıkları ve doğum uzmanı ile bir üroloji uzmanının bulunması zorunludur." şeklindeki düzenleme ile son paragrafında yer alan; "Tüp bebek işlemi, hastanın 40 yaşına kadar olan yaşam süresi içerisinde en fazla üç uygulama (siklus) olmak üzere yapılabilir." şeklindeki düzenlemelerin iptali, 4.297,62 YTL tutarındaki ilaç bedelinin yasal faizi ile tarafına ödenmesine hükmedilmesi istemiyle açılmıştır.

657 sayılı "Devlet Memurları Kanunu"nun "Tedavi yardımı" başlıklı 209. maddesinin birinci fıkrasında; "Devlet memurları ile herhangi bir şekilde sağlık yardımından yararlanmayan eşlerinin veya bakmakla yükümlü bulundukları ana, baba ve ikiden fazla dahi olsa aile yardımı ödeneğine müstehak çocuklarının hastalanmaları halinde, evlerinde veya resmî veya özel sağlık kurum ve kuruluşlarında ayakta veya yatarak tedavileri kurumlarınca sağlanır. Ancak, tedavi ve yol masraflarının ödenebilmesi için, tedaviye tabip raporu ile lüzum gösterilmesi şarttır" hükmüne, dördüncü fıkrasında; "ayakta veya meskende tedavi halinde kullanılacak ilaç bedellerinin % 20'si memur tarafından ödenir. Ancak, sağlık raporu ile belirlenen ve tüberküloz, kanser, kronik böbrek, akıl hastalıkları, organ nakli ve benzeri uzun süreli tedaviye ihtiyaç gösteren hastalıkların ayakta veya meskende tedavileri sırasında

kullanılmasına lüzum gösterilen ilaçlardan, hayati önemi haiz oldukları Sağlık Bakanlığınca tespit edilecek olanların bedellerinin tamamı kurumlarınca ödenir" hükmüne, 17.09.2004 tarih ve 5234 sayılı Yasanın 1. maddesi ile eklenen 6. fıkrasında ise; "tedavi kurum ve kuruluşlarında yapılan tedavilere (diş tedavileri dahil) ilişkin ücretlerle sağlık kurumlarınca verilen raporlar üzerine kullanılması gerekli görülen ortez, protez ve diğer iyileştirme araç bedellerinin kurumlarınca ödenecek kısmı ve buna ilişkin esas ve usuller Sağlık Bakanlığının görüşü alınmak suretiyle Maliye Bakanlığınca tespit edilir" hükmüne yer verilmiştir.

178 Sayılı "Maliye Bakanlığı'nın Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname"nin Bütçe ve Mali Kontrol Genel Müdürlüğü'nün görevlerini düzenleyen 10. maddesinin (f) bendinde; "Kamu harcamalarında tasarruf sağlanması, tutarlı, dengeli ve etkili bir bütçe politikasının yürütülmesi amacıyla kamu istihdam politikası ve giderlerle ilgili kanun, tüzük, kararname ve yönetmeliklerin uygulanmasını düzenlemek, standartları tespit etmek ve sınırlamalar koymak, bu hususlarda tüm kamu kurum ve kuruluşları için uyulması zorunlu düzenlemeleri yapmak ve tedbirleri almak" görevine yer verildiği gibi, yukarıda belirttiğimiz 17.09.2004 tarih ve 5234 sayılı Yasanın 10. maddesi ile bu maddeye eklenen (p) bendinde; "Devlet memurları ve diğer kamu görevlileri ile bunların emekli, dul ve yetimlerinin (bakmakla yükümlü oldukları aile fertleri dahil) ve 18.6.1992 tarihli ve 3816 sayılı Kanun kapsamındaki yeşil kart sahiplerinin tedavi kurum ve kuruluşlarında yapılan tedavilerine (diş tedavileri dahil) ilişkin ücretlerle sağlık kurumlarınca verilen raporlar üzerine kullanılması gerekli görülen ortez, protez ve diğer iyileştirme araç bedellerinin kurumlarınca ödenecek kısmını ve bu konuya ilişkin esas ve usulleri Sağlık Bakanlığının görüşünü almak suretiyle tespit etmek" görevine; (r) bendinde ise; "Devlet memurları ve diğer kamu görevlileri ile bunların emekli, dul ve yetimlerinin (bakmakla yükümlü oldukları aile fertleri dahil) ve 18.6.1992 tarihli ve 3816 sayılı Kanun kapsamındaki yeşil kart sahiplerinin ayakta tedavileriyle ilgili ilaç kullanımında, gerektiğinde ilaçların eşdeğerlikleri dikkate alınarak tespit edilecek her türlü referans fiyatlar üzerinden bedellerinin ödenmesini, bedeli ödenecek ve ödenmeyecek ilaçlar ile ilaçların reçetelenmesine ilişkin kuralları tespit etmek ve yeşil kart sahiplerinden, ayakta veya meskende tedavi halinde kullanılacak ilaç bedellerinin % 20'sine kadar katılım payı alınmasını sağlamak ve bu hususlara ilişkin esas ve usulleri Sağlık Bakanlığının görüşünü almak suretiyle tespit etmek görevine yer verilmiştir.

Anılan KHK'nin "Bakanlığın düzenleme görev ve yetkisi" başlıklı 39. maddesinde ise; "Bakanlık, kanunla yerine getirmekle yükümlü olduğu hizmetleri tüzük, yönetmelik, tebliğ, genelge ve diğer idari metinlerle düzenlemekle görevli ve yetkilidir." şeklindeki hükme yer verilmiştir.

09.02.2005 tarih ve 25722 (mükerrer) sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 4 sıra nolu 2005 Mali Yılı Bütçe Uygulama Talimatının 10. maddesinin "Tüp Bebek Tedavisi" başlıklı 3. fıkrasının, "Tüp Bebek İçin Sevk Esasları" başlıklı birinci bendinde (10.3.1.); "Kısırlık tedavisinde bir tedavi yöntemi olarak kabul edilen tüp bebek uygulamaları, 21/08/1987 tarihli ve 19551 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanan "Üremeye Yardımcı Tedavi Merkezleri Yönetmeliği'ne göre Sağlık Bakanlığınca ruhsatlandırılmış, kamu ve özel sektöre ait, üremeye yardımcı tedavi merkezlerinde yapılabilir. Tüp bebek uygulaması amacıyla bu merkezlere sevk yapılabilmesi ve tedavi giderlerinin ilgilinin kurumunca karşılanabilmesi için;

Evli olan memurun kendisinin ve/veya kanunen bakmakla yükümlü olduğu eşinin kısırlığa bağlı olarak tüp bebek tedavisi olması gerektiğinin, eğitim ve üniversite hastaneleri tarafından aşağıda belirtilen esaslara uygun olarak düzenlenecek resmi sağlık kurulu raporu ile belgelendirilmesi gerekmektedir. Bu raporları düzenlemek üzere oluşturulacak resmi sağlık kurulunda, en az iki kadın hastalıkları ve doğum uzmanı ile bir üroloji uzmanının bulunması zorunludur.

İntrauterin inseminasyon (IUI) işlemi, resmi sağlık kurumlarında bir uygulama (siklus) başına en fazla toplam 1500 ünite dozu geçmemek kaydıyla gonadotropin kullanılmak üzere kadın hastalıkları ve doğum uzmanı tarafından yapılabilir. Hastanın yaşamı

boyunca yapılacak IUI işlemlerinden en fazla üç uygulamada (siklus) kullanılacak toplam en fazla 4.500 ünite doz gonadotropin bedeli ödenir. Sağlık kurulu raporu ile belirlenmiş açıklanamayan infertilite vakalarında, en az üç kez intrauterin inseminasyon (IUI) işlemi yapılmadan, tüp bebek uygulamasına geçilemez.

Tüp bebek ve intrauterin inseminasyon uygulamalarında kullanılan ilaçlar hasta katılım payından muaf değildir.

Tüp bebek işlemi, hastanın 40 yaşına kadar olan yaşam süresi içerisinde en fazla üç uygulama (siklus) olmak üzere yapılabilir. Kullanılacak ilacın dozu (gonadotropin) üç uygulama için toplam en fazla 9.000 üniteyi aşamaz." şeklindeki kurallara yer verilmiştir.

Dava dosyasının incelenmesinden; Başbakanlık Hazine Müsteşarlığı'nda Müşavir olarak görev yapmakta olan davacının eşinin, kurum doktorunca sevki üzerine Hacettepe Üniversitesi Hastanesi Üreme Endokrinolojisi ve İnfertilite Ünitesi Bölümünde yapılan muayenesi neticesinde, üç adet Kadın Hastalıkları ve Doğum Anabilim Dalı uzmanınca düzenlenen rapor ile tüp bebek uygulaması yapılmasına karar verilerek kullanılacak ilaçların belirtildiği, davacı tarafından eczaneden temin edilen bu ilaçlar için ödenen 4.297,62 YTL bedelin ödenmesi istemiyle yapılan başvurunun, Hazine Müsteşarlığı'nın 17.03.2005 tarih ve 15556 sayılı işlemi ile; 2005-4 sayılı Talimatın 10.3.1. maddesinin 2. paragrafında "Bu raporları düzenlemek üzere oluşturulacak resmi sağlık kurulunda, en az iki kadın hastalıkları ve doğum uzmanı ile bir üroloji uzmanının bulunması zorunludur." şeklinde yer alan düzenlemeye aykırı olarak davacının eşi ile ilgili sağlık raporunda üroloji uzmanın yer almadığı, ayrıca yine Talimatın 10.3.1. maddesinin son paragrafında; "Tüp bebek işlemi, hastanın 40 yaşına kadar olan yaşam süresi içerisinde en fazla üç uygulama (siklus) olmak üzere yapılabilir." şeklindeki emredici düzenlemeye yer verildiği, davacının eşinin ise doğum tarihinin 28.10.1964 olduğu, ilaç alım tarihinde 40 yaşını geçerek 41 yaşından 4 ay 9 gün aldığı belirtilerek reddi üzerine bu işlem ile dayanağı olan Talimat hükümlerinin iptali, yoksun kaldığı ilaç bedelinin yasal faiziyle tarafına ödenmesine hükmedilmesi istemiyle bakılan davanın açıldığı anlaşılmıştır.

Uyuşmazlığın çözümü için öncelikle Tüp bebek uygulaması ile ilgili olarak kadınlar bakımından 40 yaş koşulunun getirilmesinin tıbbi dayanaklarının ortaya konulabilmesi gerekmektedir. Bu nedenle Dairemizde benzer konuda açılmış davalarda çeşitli ara kararları yapılmış olup, Dairemizin E: 2007/4169 nosuna kayden açılan davada verilen 12.03.2008 ve 17.06.2008 tarihli ara kararları ile Sağlık Bakanlığı'ndan, "tüp bebek uygulaması ile ilgili olarak 40 yaş sınırlaması getirilmesinin tıbbi ve bilimsel nedenleri sorularak ilgili tüm bilgi ve belgelerin onaylı örnekleri istenilmiş, cevaben gönderilen yazı ve ekinde yer alan Hacettepe Üniversitesi Tıp Fakültesi Kadın Hastalıkları ve Doğum Anabilim Dalı; Zekai Tahir Burak Kadın Sağlığı Eğitim ve Araştırma Hastanesi Üremeye Yardımcı Teknikler Merkezi ile Ankara Etlik Doğumevi ve Kadın Hastalıkları Eğitim Araştırma Hastanesi Tüp Bebek ve Yardımcı Üreme Teknikleri Kliniğince verilen görüş yazılarının incelenmesi neticesinde; uluslararası pek çok bilimsel çalışmada da yer aldığı şekilde; IVF (Tüp Bebek) tedavisi sonrası canlı doğum şansının kadın yaşı artışından olumsuz olarak etkilendiği ve IVF tedavisi için optimal zaman aralığının 23-39 yaşları arası olduğu, örneğin National Institute for Clinical Excellence (NICE)'ın en yeni çalışmasında, tedavi siklusu başına canlı doğum yapma olasılıklarının kadın yaşı açısından; 23-35 yaş arası %20'den fazla, 36-38 yaş arası %15, 39 yaşında %10, 40 yaş ve üstünde ise %6 oranında olduğunun, dolayısıyla birçok dünya ülkesinde de IVF (Tüp Bebek) tedavisinin benzer gerekçe ve yaş aralığında ödendiğinin belirtildiği görülmektedir.

Bu durumda, Tüp Bebek uygulaması ve kullanılan ilaçların maliyetinin yüksekliği karşısında, bu uygulamanın ancak olumlu sonuç alınma ihtimali yüksek kişiler bakımından bedelinin ödenmesi, bilimsel olarak bu ihtimalin son derece düşük olduğu belirlenen 40 yaş ve üstü kişiler bakımından ise kamu kaynaklarının riske edilmemesi, böylelikle kişisel menfaat ile kamusal menfaat arasında gözetilmesi gereken adil dengenin bozulmaması, kamu kaynaklarının etkin ve verimli kullanılmasının sağlanması amacıyla, gerek sağlık raporlarını

düzenleyecek kurulun oluşumu, gerekse yaş sınırı getirilmesine ilişkin dava konusu Talimat hükümlerinde ve bu hükümler doğrultusunda ilaç bedellerinin ödenmesine ilişkin istemin reddi yolunda tesis edilen bireysel işlemde hukuka ve mevzuata aykırılık olmadığı sonucuna varılmıştır.

Açıklanan nedenlerle; davanın reddine, aşağıda dökümü gösterilen 98,90 YTL yargılama giderinin davacı üzerinde bırakılmasına, fazla alınan 07,10 YTL harç ile posta gideri avansından arta kalan 13,00 YTL'nin istemi halinde davacıya iadesine, 26.09.2008 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

T.C.
D A N I Ş T A Y
İkinci Daire
Esas No : 2008/3910
Karar No : 2008/4320

Özeti : 5450 sayılı Kanun uyarınca Milli Eğitim Bakanlığına devredilen öğretmenlerden, 11.06.2000 tarihinden sonra öğretmenliğe başlayanların zorunlu çalışma yükümlülüğüne tabi oldukları, bu durumdaki kişilerin öğretmenliğe atanmadan önce başka görevlerde geçirdikleri sürelerin, zorunlu çalışma süresinin hesabında dikkate alınmayacağı hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan (Davalı) : Milli Eğitim Bakanlığı
Karşı Taraf :
İsteğin Özeti : Bursa 3.İdare Mahkemesince verilen 14.3.2008 günlü, E:2007/1103, K:2008/179 sayılı kararın, dilekçede yazılı nedenlerle 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 49.maddesi uyarınca temyizen incelenerek bozulması isteminden ibaretir.
Cevabın Özeti : Temyiz isteminin reddi gerektiği yolundadır.
Danıştay Tetkik Hakimi : Şermin Birtane
Düşüncesi : İdare Mahkemesi kararının bozulması 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 davacının temyize cevap dilekçesinin geldiği ve dosyanın tekemmül ettiği görüldüğünden, yürütmenin durdurulması istemi hakkında bir karar verilmeksizin işin gereği düşünüldü:

Dava, Bursa İli Mustafakemalpaşa İlçesi Doç.Dr. .... Sağlık Meslek Lisesi Medikal Bakım Öğretmeni olan davacının, zorunlu çalışma yükümlülüğü nedeniyle Yozgat İli, Sorgun İlçesi ... Sağlık Meslek Lisesi öğretmenliğine atanmasına ilişkin 29.5.2007 günlü, 32609 sayılı işlemin iptali istemiyle açılmıştır.

Bursa 3. İdare Mahkemesi'nin 14.3.2008 günlü, E:2007/1103, K:2008/179 sayılı kararıyla; 3.2.2006 günlü 26069 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan 5450 sayılı Kanunun 5.maddesinin son fıkrasında devredilen personelin devirden önce görev yaptığı kurumlarda geçen hizmet sürelerinin Milli Eğitim Bakanlığı'nda geçmiş sayılacağı hükmüne yer verildiği, anılan Kanunda devirden önce görev yapılan kurumda geçen Devlet memurluğu süresinden sadece öğretmenlikte geçen sürenin Milli Eğitim Bakanlığı'nda geçmiş sayılacağına ilişkin bir düzenlemeye yer verilmediği göz önüne alındığında, davacının Sağlık Bakanlığı'nda geçen tüm hizmet süresinin Milli Eğitim Bakanlığı'nda geçmiş sayılması gerektiği, bu nedenle 30.4.2002 tarihinden itibaren davalı idarede görev yaptığı kabul edilerek zorunlu çalışma yükümlüsü olarak naklen atanmasına ilişkin olarak tesis edilen işlemde hukuka uyarlık bulunmadığı gerekçesiyle dava konusu işlemin iptaline karar verilmiştir.

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

1739 sayılı Milli Eğitim Temel Kanunu'nun "Öğretmenlerin bölge hizmeti:" başlıklı 46. maddesinde; öğretmenlikte yurdun çeşitli bölgelerinde görev yapmanın esas olduğu, hizmet bölgeleri ve ihtiyaçlara göre bu bölgelerarası yer değiştirme esaslarının yönetmelikle düzenleneceği hükmü, 3797 sayılı Milli Eğitim Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun'un "Atama ve yer değiştirme" başlıklı 61. maddesinde de; "……Öğretmenlerin hizmet bölgelerinde en az üç eğitim-öğretim yılı görev yapması esastır. Bunların il içi ve iller arası yer değiştirmeleri Bakanlıkça belirlenecek esaslar doğrultusunda saptanacak hizmet puanı sırasına göre haziran, temmuz ve ağustos aylarında yapılır." kuralı yer almıştır.

4.3.2006 gün ve 26098 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 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 atananların zorunlu çalışma yükümlülüğü öngörülen il ve ilçelerde tamamlamaları gereken zorunlu çalışma süreleri belirlenmiş; "Zorunlu çalışma yükümlülüğünden muaf tutulacaklar" başlıklı 27. maddesinde;

"(1) Bakanlık kadrolarına 11.6.2000 tarihinden sonra öğretmen olarak atananlardan;

a) Bedensel Engeli Değerlendirme Komisyonunca değerlendirmeye alınan öğretmenlerden özel yaşamında desteğe ihtiyacı olduğu belirtilenler,

b) Eşi şehit olanlar,

zorunlu çalışma yükümlülüğünden muaf tutulurlar." hükmüne yer verilmiş; "Zorunlu çalışma süresinden sayılacak süreler" başlıklı 28. maddesinde de; "(1) Zorunlu çalışma yükümlülüğüne tabi öğretmenlerin; zorunlu çalışma yükümlülüğü öngörülen hizmet bölgelerindeki Bakanlığa bağlı resmi eğitim kurumlarında fiilen öğretmen olarak geçirdikleri hizmet süreleri zorunlu çalışma süresinden sayılır." kuralı yer almıştır.

Yukarıda belirtilen Yönetmelik hükümlerine göre, Bakanlık kadrolarına 11.6.2000 tarihinden sonra öğretmen olarak atananlar açısından geçerli olan bir yükümlülük durumundaki "zorunlu çalışma yükümlülüğü"ne ilişkin çalışma süresinin hesabında dikkate alınanacak hizmet süreleri, zorunlu çalışma yükümlülüğü öngörülen hizmet bölgelerindeki Bakanlığa bağlı resmi eğitim kurumlarında fiilen öğretmen olarak geçirilen hizmet süreleridir.

Dolayısıyla, söz konusu sürenin hesabında; Milli Eğitim Bakanlığı dışındaki kamu kurum ve kuruluşlarında geçirilen hizmet sürelerinin dikkate alınması hukuken mümkün olmadığı gibi, böyle bir yaklaşım; anılan Yönetmeliğin "zorunlu çalışma yükümlülüğü"nü düzenleyen ve birbirlerini tamamlayarak bir anlam bütünlüğü oluşturan hükümlerine de aykırılık oluşturacaktır.

Dava dosyasının incelenmesinden; Bursa İli, Mustafakemalpaşa İlçesi Doç.Dr. ... Sağlık Meslek Lisesi Medikal Bakım Öğretmeni olan davacının, 8.11.1990-18.8.1993 tarihleri arasında Eskişehir Anadolu Üniversitesi Hastanesi'nde, 18.8.1993-29.4.2002 tarihleri arasında Eskişehir Osmangazi Üniversitesi Hastanesi'nde Hemşire olarak görev yaptığı, 30.4.2002 tarihinde Sağlık Bakanlığı'na bağlı, Çanakkale Sağlık Meslek Lisesi'ne öğretmen

olarak atandığı, 25.8.2005 tarihinde yine Sağlık Bakanlığı'na bağlı Bursa İli, Mustafakemalpaşa İlçesi Doç.Dr. ... Sağlık Meslek Lisesi Öğretmenliğine atandığı, 5450 sayılı Kanun uyarınca, 22.3.2006 tarihinden itibaren kadrosunun Milli Eğitim Bakanlığı'na devredildiği, Bakanlığın "Zorunlu Çalışma Yükümlülüğü" konulu 22.3.2007 günlü, 17210 sayılı Genelgesi'nde Milli Eğitim Bakanlığı'na devredilen öğretmenlerden, 11.6.2000 tarihinden sonra göreve başlayanların zorunlu çalışma yükümlülüğüne tabi tutulacağının belirtildiği, birinci bölge illerde üç yıllık çalışma süresini tamamlamış olan davacının, anılan Genelge uyarınca, zorunlu çalışma yükümlülüğünü yerine getirmek üzere dava konusu işlemle Yozgat İli, Sorgun İlçesi ... Sağlık Meslek Lisesi öğretmenliğine atandığı, söz konusu 22.3.2007 günlü, 17210 sayılı Genelgenin iptali istemiyle açılan davanın, Dairemizin 11.6.2008 günlü, E:2007/3485, K:2008/2796 sayılı kararıyla reddedildiği anlaşılmıştır.

Bu durumda, öğretmenlik görevine ilk defa 30.4.2002 tarihinde, dolayısıyla 11.6.2000 tarihinden sonra başlayan ve zorunlu çalışma yükümlülüğüne tabi illerde hiç görev yapmadığı anlaşılan davacının, Milli Eğitim Bakanlığı Öğretmenlerinin Atama ve Yer Değiştirme Yönetmeliği uyarınca, zorunlu çalışma yükümlülüğünü yerine getirmek üzere Bursa İli Mustafakemalpaşa İlçesi Doç.Dr. ... Sağlık Meslek Lisesi Öğretmenliğinden alınarak Yozgat İli, Sorgun İlçesi ... Sağlık Meslek Lisesi Öğretmenliğine atanmasına ilişkin dava konusu işlemde hukuka aykırılık görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle, davalı idarenin temyiz isteminin kabulüyle, Bursa 3.İdare Mahkemesince verilen 14.3.2008 günlü, E:2007/1103, K:2008/179 sayılı kararın 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 49. maddesinin 1/b. fıkrası uyarınca bozulmasına, aynı maddenin 3622 sayılı Kanunla değişik 3. fıkrası gereğince ve yukarıda belirtilen hususlar da gözetilerek yeniden bir karar verilmek üzere dosyanın adı geçen Mahkemeye gönderilmesine, 7.11.2008 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

T.C.
D A N I Ş T A Y
İkinci Daire
Esas No : 2008/3494
Karar No : 2008/4637

Özeti : Mahkemelerin istemle bağlı oldukları, istem dışı karar verilmesi olanağının bulunmadığı hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan (Davalı) : Milli Eğitim Bakanlığı
Karşı Taraf : ...
Vekili : Av. ...
İsteğin Özeti : Adana 1. İdare Mahkemesi'nce verilen 28.12.2007 günlü, E:2007/1209, K:2007/2023 sayılı kararın, dilekçede ileri sürülen nedenlerle temyizen incelenerek bozulması isteminden ibarettir.
Cevabın Özeti : Cevap verilmemiştir.
Danıştay Tetkik Hakimi : Şermin Birtane
Düşüncesi : İdare Mahkemesi kararının; öğretmen olarak görev yapan davacının, Adana İli, Karaisalı İlçesinde 27.9.2002-4.3.2006 tarihleri arasında görev yaptığı sürenin, zorunlu çalışma süresinden sayılmamasına ilişkin işlemin iptaline dair kısmının onanması; 4.3.2006-26.6.2006 tarihleri arasında görev yaptığı sürenin, zorunlu çalışma süresinden sayılmamasına ilişkin işlemin iptaline dair kısmının ise, Karaisalı İlçesinin Yönetmeliğin yürürlüğe girdiği 4.3.2006 tarihinde zorunlu çalışma öngörülmeyen (C) sınıfı ilçeye dönüştürülmesi nedeniyle, 4.3.2006 tarihinden sonra Karaisalı İlçesinde çalışılan

sürenin zorunlu çalışma süresinden sayılmasının mümkün olmaması sebebiyle, bozulması gerektiği düşünülmüştür.

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, dosyanın tekemmül etmiş olduğu anlaşıldığından yürütmenin durdurulması istemi hakkında bir karar verilmeksizin, işin gereği düşünüldü:

Dava, Adana İli, Pozantı İlçesi, ... Pansiyonlu İlköğretim Okulu'nda Türkçe Öğretmeni olan davacının, aynı İl Karaisalı İlçesi'nde 27.9.2002 ile 26.6.2006 tarihleri arasında geçen hizmet süresinin zorunlu çalışma süresinden sayılması amacıyla yaptığı başvurusunun reddine ilişkin 24.5.2007 günlü, 31467 sayılı işlemin iptali istemiyle açılmıştır.

Adana 1. İdare Mahkemesi'nin 28.12.2007 günlü, E:2007/1209, K:2007/2023 sayılı kararıyla; davacının 27.9.2002-26.6.2006 tarihleri arasında görev yaptığı birinci hizmet bölgesi olan Adana İline bağlı Karaisalı İlçesinin 4.3.2006 tarihine kadar (E) sınıfı bir ilçe olduğu, davacıya, 4.3.2006 günlü, 26098 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Milli Eğitim Bakanlığı Öğretmenlerinin Atama ve Yer Değiştirme Yönetmeliğinin geçici 2.maddesi ile müktesep hak tanındığı ve 9.5.2006 günlü, 26163 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan değişik geçici 2. madde ile de bu hakkın tanınmaya devam ettiği dikkate alındığında, davacının 27.9.2002-26.6.2006 tarihleri arasında görev yaptığı sürenin, zorunlu çalışma süresinden sayılması gerekirken aksi yöndeki başvurunun reddine ilişkin dava konusu işlemde hukuka uyarlık bulunmadığı gerekçesiyle işlemin iptaline karar verilmiştir.

Davalı idare işlemin hukuka uygun olduğunu ileri sürerek idare mahkemesi kararının temyizen incelenerek bozulmasını istemektedir.

11.6.2000 günlü, 24076 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan Milli Eğitim Bakanlığına Bağlı Eğitim Kurumları Öğretmenlerinin Atama ve Yer Değiştirme Yönetmeliğine ekli "İl, İlçe Sınıfları ve Puan Çizelgesi" başlıklı Ek-5'te birinci hizmet bölgesi illerden olan Adana İline bağlı Karaisalı İlçesinin (E) sınıfı ilçe olduğu belirtilmiş, anılan Yönetmelik, 4.3.2006 günlü, 26098 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan Milli Eğitim Bakanlığı Öğretmenlerinin Atama ve Yer Değiştirme Yönetmeliği ile yürürlükten kaldırılmış, 4.3.2006 tarihli Yönetmeliğin geçici 2.maddesinde, "Bu Yönetmeliğin yürürlük tarihinden önce Birinci Hizmet Bölgesine dahil illerin (D) ve (E) sınıfı ilçelerinde görev yapmış olanlar ile halen görev yapanların bu ilçe sınıfında geçen hizmet süreleri zorunlu çalışma süresinden sayılır." hükmüne yer verilmiş ve Adana İli, Karaisalı İlçesi 4.3.2006 tarihli Yönetmeliğin ekinde yer alan listede (C) sınıfı ilçe olarak gösterilmiştir. Ayrıca, 9.5.2006 günlü, 26163 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan Yönetmelikle 4.3.2006 tarihli Yönetmeliğin geçici 2.maddesi değiştirilerek "Bu Yönetmelikle belirlenen Birinci Hizmet Bölgesine dahil illerin (D) ve (E) sınıfı ilçeleri ile bu kapsama alınan ilçelerde bu Yönetmeliğin yürürlüğe girdiği tarihten önce görev yapmış olanlar ile halen bu ilçelerde görev yapanların hizmet süreleri zorunlu çalışma süresinden sayılır." hükmüne yer verilmiştir.

Bu hükümlerin değerlendirilmesinden; 4.3.2006 tarihli Yönetmeliğin geçici 2.maddesinin 9.5.2006 tarihinde değiştirilmesinden önceki haline göre, maddede bahsedilen "Birinci Hizmet Bölgesine dahil illerin (D) ve (E) sınıfı ilçeleri" ifadesi ile 11.6.2000 günlü Yönetmeliğin ekindeki listede gösterilen il ve ilçeler kastedilmekte iken; 9.5.2006 tarihinde yapılan değişiklikten sonra geçici 2.maddenin yeniden düzenlenen haline göre, anılan ifade

ile 4.3.2006 tarihli Yönetmeliğin ekindeki listede belirtilen il ve ilçelerin kastedildiği anlaşılmıştır.

Dava dosyasının incelenmesinden, Adana İli, Karaisalı İlçesinde 27.9.2002-26.6.2006 tarihleri arasında öğretmen olarak görev yapan davacının, 27.9.2002-4.3.2006 tarihleri arasında görev yaptığı sürenin, zorunlu çalışma süresinden sayılması istemiyle yapmış olduğu başvurunun reddine ilişkin 24.5.2007 günlü, 31467 sayılı işlemin iptali istemiyle bakılan davanın açıldığı görülmüştür.

Olayda, yukarıda anılan Yönetmeliğin geçici 2.maddesi uyarınca, (E) sınıfı ilçede görev yapanların Yönetmeliğin yürürlüğe girdiği 4.3.20006 tarihine kadar geçen sürelerinin zorunlu çalışma süresinden sayılması gerekmekte olup, davacının görev yaptığı Karaisalı İlçesinin 4.3.2006 tarihine kadar (E) sınıfı ilçe olması ve Yönetmeliğin yürürlüğe girdiği 4.3.2006 tarihinde zorunlu çalışma öngörülmeyen (C) sınıfı ilçeye dönüştürülmesi nedeniyle, 4.3.2006 tarihine kadar Karaisalı'da çalışılan sürenin, zorunlu çalışma süresinden sayılması gerekeceği, ancak, 4.3.2006 tarihinden sonra Karaisalı İlçesinde çalışılan sürenin zorunlu çalışma süresinden sayılmasının mümkün bulunmadığı anlaşılmış olup; davalı idarenin temyiz dilekçesinde öne sürdüğü hususlar Mahkeme kararının, davacının Karaisalı İlçesinde 27.9.2002-4.3.2006 tarihleri arasında görev yaptığı sürenin, zorunlu çalışma süresinden sayılmamasına dair işlemin iptaline ilişkin kısmının bozulmasını gerektirecek nitelikte görülmemiştir.

Öte yandan, gerek yukarıda açıklandığı üzere, 4.3.2006 tarihinden sonra Karaisalı İlçesinde çalışılan sürenin zorunlu çalışma süresinden sayılmasının mümkün bulunmaması gerekse de davacının, 7.4.2007 günlü dilekçesiyle 27.9.2002-4.3.2006 tarihleri arasında görev yaptığı sürenin, zorunlu çalışma süresinden sayılması istemiyle başvuruda bulunduğu, her ne kadar dava dilekçesinde Karaisalı İlçesinde 27.9.2002 tarihinden 26.6.2006 tarihine kadar çalıştığı belirtilmekte ise de, "4.3.2006 tarihli Yönetmelikle bu tarihe kadar olan çalışma süresinin zorunlu çalışma süresinden sayılması konusunda kazanılmış hakka sahip olduğundan" bahisle, söz konusu başvurunun reddine ilişkin işlemin iptali talebiyle dava açtığı dikkate alındığında, mahkemelerin istemle bağlı olmaları ve istem dışı karar verilmesi olanağının bulunmaması karşısında, İdare Mahkemesi kararının, davacının 4.3.2006-26.6.2006 tarihleri arasında görev yaptığı sürenin zorunlu çalışma süresinden sayılmamasına ilişkin işlemin de iptali kısmında hukuki isabet görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle, Adana 1. İdare Mahkemesi'nce verilen 28.12.2007 günlü, E:2007/1209, K:2007/2023 sayılı kararın; davacının 27.9.2002-4.3.2006 tarihleri arasında görev yaptığı sürenin, zorunlu çalışma süresinden sayılmamasına dair işlemin iptaline yönelik davalı idarenin temyiz isteminin reddiyle bu kısmın onanmasına; anılan kararın, 4.3.2006- 26.6.2006 tarihleri arasında görev yaptığı sürenin zorunlu çalışma süresinden sayılmamasına ilişkin işlemin iptali kısmına yönelik davalı idarenin temyiz isteminin kabulü ile 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 49. maddesinin 1/b. fıkrası uyarınca bu kısmın bozulmasına, aynı maddenin 3622 sayılı Yasayla değişik 3. fıkrası gereğince bozulan kısım hakkında yeniden bir karar verilmek üzere dosyanın adıgeçen Mahkemeye gönderilmesine, 20.11.2008 tarihinde oybirliği ile karar verildi.

T.C.
D A N I Ş T A Y
İkinci Daire
Esas No : 2007/1277
Karar No : 2008/4639

Özeti : Branşı itibariyle lisede görev yapması gereken öğretmenin, zorunlu çalışma yükümlülüğü nedeniyle de olsa, ilköğretim okuluna atanamayacağı hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan (Davacı): ...
Karşı Taraf **:** Milli Eğitim Bakanlığı
İsteğin Özet **:** Ordu İdare Mahkemesi'nin 29.12.2006 günlü, E:2005/2105, K:2006/2344 sayılı kararının dilekçede yazılı nedenlerle temyizen incelenerek bozulması isteminden ibarettir.
Cevabın Özeti **:** Temyiz isteminin reddi gerektiği yolundadır.
Danıştay Tetkik Hakimi : Şermin Birtane
Düşüncesi **:** İdare Mahkemesi kararının onanması 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, Muğla İli, Merkez ... Lisesi'nde Matematik Öğretmeni olarak görev yapan davacının, zorunlu çalışma yükümlülüğü kapsamında, Giresun İli, Keşap İlçesi, Karabulduk ... Okulu'na Matematik Öğretmeni olarak atanmasına ilişkin işlemin iptali istemiyle açılmıştır.

Ordu İdare Mahkemesi'nin 29.12.2006 günlü, E:2005/2105, K:2006/2344 sayılı kararıyla, 2.4.2001 tarihinde kurumlararası ilk atama yoluyla Milli Eğitim Bakanlığı emrine ilk defa öğretmen olarak atanan davacının, Milli Eğitim Bakanlığına Bağlı Eğitim Kurumları Öğretmenlerinin Atama ve Yer Değiştirme Yönetmeliği hükümleri uyarınca zorunlu çalışma yükümlülüğüne tabi tutularak atanmasına ilişkin dava konusu işlemde hukuka aykırılık görülmediği gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir.

Davacı, mezun olduğu bölüm ve atanmasına esas alan itibariyle lisede görev yapması gerekirken ilköğretim okuluna atanmasının hukuka uygun olmadığını öne sürmekte ve kararın temyizen incelenerek bozulmasını istemektedir.

Dava konusu işlem tarihinde yürürlükte bulunan 11.6.2000 günlü, 24076 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan Milli Eğitim Bakanlığına Bağlı Eğitim Kurumları Öğretmenlerinin Atama ve Yer Değiştirme Yönetmeliğinin 7.maddesinde, bu Yönetmeliğin yürürlüğe girdiği tarihten sonra Bakanlık kadrolarına ilk defa öğretmen olarak atananların ikinci hizmet bölgesi içindeki illerde en az dört yıl, üçüncü hizmet bölgesi içindeki illerde en az üç yıl ve her iki bölgede toplam dört yıl çalışmakla yükümlü oldukları hükme bağlanmış; 9/a maddesinde, öğretmen kadrolarına ilk defa atamanın ilk atama, kurum içi ilk atama, kurumlararası ilk atama yoluyla yapılabileceği belirtilmiş, 17.maddesinde ise, zorunlu çalışma yükümlülüğü bulunan öğretmenlerden; birinci hizmet bölgesi içindeki illerde görevli bulunanların,

adaylıklarının kaldırılmasını izleyen atama döneminden başlayarak, zorunlu çalışma yükümlülüklerini yerine getirmek üzere ikinci veya üçüncü hizmet bölgesine dahil illere, zorunlu çalışma yükümlülüğü nedeniyle ikinci veya üçüncü hizmet bölgesi içindeki illerde görevli bulunanların, 7 nci maddede belirtilen koşullara uygun olarak bölge içinde veya bu bölgeler arasında yer değiştirme isteğinde bulunabilecekleri, bu şekilde yapılacak yer değiştirmelerle ikinci ve üçüncü hizmet bölgesinin öğretmen ihtiyacının karşılanamaması durumunda ihtiyacın, zorunlu çalışma yükümlülüğü bulunan ve birinci hizmet bölgesine dahil illerde görevli en fazla hizmeti olan öğretmenlerden karşılanacağı hükmüne yer verilmiştir.

Ağustos 2004 tarihli, 2563 sayılı Milli Eğitim Bakanlığı Tebliğler Dergisinde yayınlanan 12.7.2004 günlü, 119 sayılı Talim ve Terbiye Kurulu Kararıyla yürürlüğe konulan "Milli Eğitim Bakanlığına Bağlı Eğitim Kurumlarına Öğretmen Olarak Atanacakların Atamalarına Esas Olan Alanlar İle Mezun Oldukları Yüksek Öğretim Programları ve Aylık Karşılığı Okutacakları Derslere İlişkin Esaslar"ın "Atamalarda Dikkate Alınacak Hususlar" başlıklı 7.maddesinin ikinci fıkrasının (b) bendinde, ilköğretim alan öğretmenliklerine, yüksek öğretim kurumlarının ilköğretim alan öğretmenliği programlarından mezun olanların; (c) bendinde, orta öğretim alan öğretmenliklerine, Eğitim Fakültesi mezunları ile Karar eki çizelgede yer verilen diğer yüksek öğretim programlarından mezun olup, Orta Öğretim Alan Öğretmenliği Tezsiz Yüksek Lisans/Pedagojik Formasyon Programını bitirenlerin atanacakları belirtilmiştir.

Ayrıca, Milli Eğitim Bakanlığı'nın 5.10.2005 gün ve 61137 sayılı ve 18.11.2005 günlü, 70638 sayılı Genelgeleri ile eğitim ve öğretim hizmetlerinde verimliliğinin sağlanabilmesi için elektronik veri tabanı kayıtlarından "Valilikçe görevlendirildiği alan" ibaresi kaldırılarak öğretmenlerin Bakanlık atama alanlarında görev yapmalarını sağlamak üzere, 2005 yılından itibaren alan değişikliği de dahil olmak üzere önlemler alındığı anlaşılmaktadır.

Dosyanın incelenmesinden; Ankara Üniversitesi Fen Edebiyat Fakültesi Matematik Bölümü mezunu ve Zonguldak Karaelmas Üniversitesi'nde Matematik alanında yüksek lisans yapmış olan ve Bakanlık atamaya esas alanı Matematik II (Ortaöğretim Matematik) olduğu anlaşılan davacının, 2.4.2001 tarihinde kurumlararası ilk atama yoluyla Milli Eğitim Bakanlığı emrine ilk defa öğretmen olarak atandığı, Muğla İli, Merkez ... Lisesi'nde Matematik Öğretmeni olarak görev yapmakta iken, zorunlu çalışma yükümlülüğünü yerine getirmek üzere Giresun İli, Keşap İlçesi, ... İlköğretim Okulu'na atandığı, anılan işlemin iptali istemiyle bakılan davanın açıldığı görülmüştür.

Bu durumda, davacının, yukarıda belirtilen Yönetmelik hükümleri uyarınca zorunlu çalışma yükümlüsü olduğu göz önünde bulundurulduğunda, dava konusu işlemin, davacının zorunlu çalışma kapsamında görev yerinin değiştirilmesi kısmında hukuka ve hizmet gereklerine aykırılık bulunmamakla birlikte, davacının mezun olduğu bölüm ve atanmasına esas alanı itibariyle lisede görev yapması gerekirken ilköğretim okuluna atanmasına ilişkin kısmında hukuka uyarlık görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle Ordu İdare Mahkemesi'nin 29.12.2006 günlü, E:2005/2105, K:2006/2344 sayılı kararının; davacının, Muğla İli, Merkez ... Lisesi öğretmenliği görevinden alınmasına ilişkin bölümünün iptali isteminin reddine ilişkin kısmı yönünden davacının temyiz isteminin reddi ile bu kısmın onanmasına; davacının Giresun İli, Keşap İlçesi, Karabulduk ... İlköğretim Okulu'na aynı görevle atanmasına ilişkin kısmının iptali isteminin reddi yönünden ise temyiz isteminin kabulü ile 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 49. maddesinin 1/b fıkrası uyarınca bu kısmın bozulmasına; 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 49. maddesinin 3622 sayılı Kanun'la değişik 3. fıkrası gereğince ve yukarıda belirtilen hususlar da gözetilerek bozulan kısım hakkında yeniden bir karar verilmek üzere dosyanın adı geçen Mahkeme'ye gönderilmesine, 20.11.2008 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

T.C.
D A N I Ş T A Y
İkinci Daire
Esas No : 2008/43
Karar No : 2008/4643

Özeti : 11.6.2000 günlü, 24076 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan, mülga Milli Eğitim Bakanlığı'na Bağlı Eğitim Kurumları Öğretmenlerinin Atama ve Yer Değiştirme Yönetmeliği uyarınca, zorunlu çalışma yükümlüsü öğretmenlerden görev yaptığı ilin dışında farklı bir ilde yüksek lisans ya da doktora öğrenimi görmekte olanların, bu özürleri nedeniyle zorunlu çalışma yükümlülüklerinin ertelenemeyeceği hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan (Davalı) : Milli Eğitim Bakanlığı
Karşı Taraf : ...
İsteğin Özeti : Aydın 1.İdare Mahkemesi'nin 27.9.2007 günlü, E:2006/1729, K:2007/1198 sayılı kararının, dilekçede yazılı nedenlerle 2577 sayılı İdare Yargılama Usulü Kanununun 49. maddesi uyarınca temyizen incelenerek bozulması istenilmektedir.
Cevabın Özeti : Cevap verilmemiştir.
Danıştay Tetkik Hakimi : Şermin Birtane
Düşüncesi : 11.6.2000 günlü, 24076 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan Milli Eğitim Bakanlığına Bağlı Eğitim Kurumları Öğretmenlerinin Atama ve Yer Değiştirme Yönetmeliğinin 21.ve 34. maddeleri uyarınca, öğrenim özrü nedeniyle zorunlu çalışma yükümlülüğünün erteleneceği öngörülmüş ve bu konuda görev yapılan yerde öğrenim görmek gibi bir koşula da yer verilmemiş iken, 4.3.2006 günlü Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren ve 11.6.2000 tarihli Yönetmeliği yürürlükten kaldıran Yönetmelikte, öğrenim özrü nedeniyle zorunlu çalışma yükümlülüğünün ertelenemeyeceği düzenlemelerine yer verilmiş olup, kazanılmış hakların korunması ilkesinin doğal bir sonucu olarak, sözü edilen Yönetmeliğin yürürlüğe girdiği 4.3.2006 tarihinden önce yüksek lisans öğrenimine başladığı anlaşılan davacının, bu kapsamda zorunlu çalışma yükümlülüğünün ertelenmesi gerekeceğinden, dava konusu işlemi iptal eden İdare Mahkemesi kararının onanması gerektiği düşünülmektedir.
Danıştay Savcısı : S.Sema Kabukçu
Düşüncesi : Aydın İli ... İlçesi ... İlköğretim Okulunda öğretmen olarak görev yapan davacının, Siirt İli ... İlçesi ... İlköğretim Okuluna atanmasına ilişkin işlemin iptaline ilişkin İdare Mahkemesi kararının temyizen incelenerek bozulması istenilmektedir.

Davacının 11.9.2003 tarihinde Aydın İl Milli Eğitim Müdürlüğü emrine öğretmen olarak atandığı, 9.2.2006 tarihinde Muğla Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Mütercim Tercümanlık Bölümüne yüksek lisans kaydı yaptırması üzerine öğrenim durumu özrü nedeniyle zorunlu çalışma yükümlülüğünün ertelenmesi yönündeki talebinin ret edildiği ve zorunlu çalışma yükümlüsü olduğundan bahisle Siirt İli ... İlçesi Ertuğrul ... Okuluna atamasının yapıldığı dosyadaki bilgi ve belgelerden anlaşılmaktadır.

4.3.2006 tarih ve 26098 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Milli Eğitim Bakanlığı Eğitim Kurumları Öğretmenlerinin Atama ve Yer Değiştirme Yönetmeliğinin hükümleri uyarınca davacının öğrenim özrü nedeniyle zorunlu çalışma yükümlülüğünün ertelenemesinin

sözkonusu olmadığı anlaşıldığından, bu yönde tesis edilen dava konusu işlemde hukuka aykırılık bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenle temyiz isteminin kabul edilerek,İdare Mahkemesi kararının bozulması gerektiği düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay İkinci Dairesi'nce işin gereği görüşüldü:

Dava, Aydın İli, ... İlçesi ... İlköğretim Okulu'nda öğretmen olan davacının, zorunlu çalışma yükümlülüğünü yerine getirmek üzere Siirt İli, ... İlçesi, ... İlköğretim Okulu'na atanmasına ilişkin 31.5.2006 günlü, 38001 sayılı işlemin iptali istemiyle açılmıştır.

Aydın 1.İdare Mahkemesi'nin 27.9.2007 günlü, E:2006/1729, K:2007/1198 sayılı sayılı kararıyla; davacının birinci hizmet bölgesi illerinden olan Aydın İlinde 3 yıllık hizmet süresini tamamlamadığı ve her ne kadar davacının devam eden yüksek lisans eğitimi zorunlu çalışma yükümlülüğünün ertelenmesi için bir neden değil ise de, özür durumunu belgelendirmeyenlere zorunlu çalışma yükümlülüğünün ifası amacıyla tanınmış olan, bulundukları ilin (D) ve (E) sınıfı ilçelerine atanabilme olanağının, öğrenim özrü devam eden davacı için öncelikle değerlendirilmesi gerekirken, bu konuda herhangi bir değerlendirme yapılmamış olması nedeniyle dava konusu işlemde hukuka uyarlık bulunmadığı gerekçesiyle işlem iptal edilmiştir.

Davalı idare tarafından, dava konusu işlemin hukuka uygun olduğu öne sürülerek mahkeme kararının temyizen incelenerek bozulması istenilmektedir.

4.3.2006 tarih ve 26098 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Milli Eğitim Bakanlığı Eğitim Kurumları Öğretmenlerinin Atama ve Yer Değiştirme Yönetmeliği'nin Özür durumuna bağlı yer değiştirmeler başlıklı 23. maddesinde öğretmenlerin sağlık, eş ve öğrenim durumu özürleri nedeniyle yer değiştirme suretiyle atamalarının yapılabileceği, bu özürlerin hizmet ve özür gereklerinin birlikte karşılanması temelinde değerlendirileceği belirtilmiş, aynı maddenin öğrenim durumu özrünü düzenleyen c) bendinin 2. fıkrasında ise, zorunlu çalışma yükümlülüğü bulunan öğretmenlerin bu özür durumundan yer değişikliği isteğinde bulunabilmeleri için zorunlu çalışma yükümlülüklerini tamamlamış olmaları gerekeceği ifade edilmiş, aynı Yönetmeliğin 24.maddesinde, Bakanlık kadrolarına 11.6.2000 tarihinden sonra öğretmen olarak atananların zorunlu çalışma yükümlüsü oldukları ve 25.maddede de, zorunlu çalışma yükümlüsü öğretmenlerden Bakanlık öğretmen kadrolarına ilk defa Birinci Hizmet Bölgesine dahil illerde başlayanlardan, bulunduğu ilde veya bu bölgeye dahil illerde toplam üç yılını dolduranların, zorunlu çalışma yükümlülüklerini yerine getirmek üzere zorunlu çalışma yükümlülüğü öngörülen il veya ilçelere yer değiştirme isteğinde bulunabilecekleri, yer değişikliği istememeleri halinde Bakanlıkca atanacakları hükme bağlanmıştır.

2006 Yılı Öğretmenlerin İller Arası Yer Değiştirme Kılavuzunun Genel Açıklamalar kısmının 3.1.maddesinde 2006 yılı iller arası yer değiştirme dönemine mahsus olmak üzere hizmet puanının hesabında 30 Haziran, hizmet süresinin hesabında 30 Eylül tarihinin esas alınacağı ve Kılavuzun 3.12.maddesinde de, zorunlu çalışma yükümlüsü öğretmenlerden görev yaptığı ilin dışında farklı bir İlde yüksek lisans ya da doktora öğrenimini yapmakta olanların zorunlu çalışma yükümlülüğü öngörülen İl/İlçelere yer değiştirmeye tabi tutulacakları düzenlenmiştir.

Dosyanın incelenmesinden; davacının, 11.9.2003 tarihinde ilk atama yoluyla Aydın İline atandığı, 9.2.2006 tarihinde Muğla Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Mütercim Tercümanlık Bölümüne yüksek lisans kaydı yaptırdığı, 19.4.2006 tarihli dilekçesiyle davalı idareye başvuruda bulunarak öğrenim durumu özrü nedeniyle zorunlu çalışma yükümlüğünün ertelenmesi talebinde bulunduğu, bu talebinin görev yaptığı İlin dışında farklı bir İlde yüksek lisans yaptığı gerekçesiyle reddedildiği, zorunlu çalışma yükümlülüğü nedeniyle davacının 25.5.2006 tarihinde elektronik başvuru formuyla10 tercihte bulunduğu,

ancak hizmet puanının tercihte bulunduğu illerin minimum puanlarından düşük olması sebebiyle tercihlerinden birine atanamayan davacının bilgisayar kurası yoluyla 31.5.2006 tarihinde Siirt İli ... İlçesi ... İlköğretim Okulu öğretmenliğine atanması üzerine bakılan davanın açıldığı anlaşılmaktadır.

Olayda Yönetmelik uyarınca zorunlu çalışma yükümlüsü olan davacının, öğrenim özrü nedeniyle zorunlu çalışma yükümlülüğünün ertelenemeyeceği, 2006 Yer Değiştirme Kılavuzunda ise hizmet süresinin hesabında 30 Eylül tarihinin esas alınacağı kuralı karşısında 30.9.2006 tarihi itibariyle Birinci bölgede 3 yılını doldurması ve görev yaptığı İlin (D) ve (E) sınıfı İlçelerine atanma talebinde bulunmayan davacının zorunlu çalışma yükümlülüğü nedeniyle atanmasına ilişkin işlemde hukuka aykırılık bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle, davalı idarenin temyiz isteminin kabulüyle, Aydın 1.İdare Mahkemesi'nce verilen 27.9.2007 günlü, E:2006/1729, K:2007/1198 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, 20.11.2008 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

T.C.
D A N I Ş T A Y
İkinci Daire
Esas No : 2007/1663
Karar No : 2008/4863

Özeti : Norm kadro uygulaması nedeniyle, görev yeri isteği dışında idari tasarrufla değiştirilen davacının, il içi yer değiştirme isteğinde bulunabilmek için aranan, bulunduğu eğitim kurumunda çalışması gereken iki yıllık sürenin hesabında, daha önce norm kadro fazlası olması nedeniyle, ilçe içinde başka ilköğretim okullarında görevlendirildiği sürelerin müştereken değerlendirilmesinin gerekeceği hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan (Davacı) : ...
Karşı Taraf **:** Çanakkale Valiliği
İsteğin Özeti **:** Bursa 3. İdare Mahkemesi'nin 20.12.2006 günlü, E:2006/1659, K:2006/2505 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:

Çanakkale, Bayramiç İlçesi ... İlköğretim Okulu sınıf öğretmeni olarak görev yapan davacı, 2006 yılında il içi yer değiştirme istemiyle yaptığı başvurunun, bulunduğu eğitim kurumunda 2 yılını doldurmadığından bahisle reddine ilişkin 5.5.2006 günlü ve 7212 sayılı işlemin iptali istemiyle dava açmıştır.

Bursa 3. İdare Mahkemesi'nin 20.12.2006 günlü, E:2006/1659, K:2006/2505 sayılı kararıyla; olayda, davacının daha önce geçici görevlendirmeler ile 1998-2001 yılları arasında şimdiki görev yeri olan ... İlköğretim Okulunda geçen hizmetlerinin, iki yıllık hizmet süresinin hesabında dikkate alınması gerektiği hususunda 2006 yılı İl İçi Yer Değiştirme Kılavuzunda herhangi bir istisna tanınmadığından, davacının bulunduğu eğitim kurumunda 30.6.2006 tarihi itibarıyla iki yıl çalışmış olmak koşulunu taşımadığı gerekçesiyle dava reddedilmiştir.

Davacı, mahkeme kararının usul ve hukuka aykırı olduğunu öne sürerek bozulmasını istemektedir.

4.3.2006 günlü, 26098 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren Milli Eğitim Bakanlığı Öğretmenlerinin Atama ve Yer Değiştirme Yönetmeliği'nin "İsteğe bağlı yer değiştirmeler" başlıklı 21. maddesinin 1. fıkrasının (a) bendinde, bulundukları eğitim kurumunda en az iki yıl süreyle çalışan öğretmenlerin il içinde yer değiştirme suretiyle atama isteğinde bulunabilecekleri hükme bağlanmış, aynı Yönetmeliğin 22. maddesinin 1. fıkrasının (a) bendinin 8. paragrafında da, "... veya norm kadro uygulaması nedeniyle görev yerleri... istekleri dışında idari tasarrufla değiştirilen öğretmenlerin, bulundukları eğitim kurumunda çalışılması gereken sürenin hesabında daha önceki eğitim kurumlarında geçen süreleri müştereken değerlendirilir." hükmüne yer verilmiştir.

Milli Eğitim Bakanlığı Personel Genel Müdürlüğünün 2006 yılı öğretmenlerin İl İçi Yer Değiştirme Kılavuzunun, A- Başvuru ve Yer Değiştirme Suretiyle Atamalar bölümünün 1.1. İsteğe Bağlı Yer Değiştirmeler başlıklı maddesinin 1. paragrafında, 30 Haziran tarihi itibarıyla bulundukları eğitim kurumunda en az 2 yıl süreyle çalışan öğretmenlerin il içinde yer değiştirme isteğinde bulunabilecekleri öngörülmüş, 8. paragrafında ise, ancak bunlardan il içi başvuru süresi içinde eğitim kurumlarındaki görevlerine başlamış olanların bulundukları okulda daha önce fiilen 2 yıl çalışmış olma şartını taşımaları halinde yer değiştirme isteğinde bulunabilecekleri belirtildikten sonra, 11. paragrafında da "Görevli oldukları eğitim kurumunun kapanması veya norm kadro uygulaması nedeniyle görev yerleri istekleri dışında idari tasarrufla (soruşturma hariç) değiştirilen öğretmenler, bulundukları eğitim kurumunda çalışılması gereken 2 yıllık sürenin hesabında daha önceki eğitim kurumlarında geçen süreleri müştereken değerlendirilerek yer değiştirme isteğinde bulunabileceklerdir." kuralına yer verilmiştir.

Dosyanın incelenmesinden, sınıf öğretmeni olan davacının 16.2.1998 tarihinde halen çalıştığı ... İlköğretim Okulunda (Dağıtım için) göreve başladığı, 8.10.2001 tarihine kadar bu okulda görev yaptığı dönem içinde norm kadro fazlası olması nedeniyle ilçe içinde başka İlköğretim okullarında görevlendirildiği, 28.2.2005 tarihinde tekrar ... İlköğretim Okulunda göreve başlayan davacının, 2006 yılı atama döneminde il içinde yer değiştirme isteminin, görev yaptığı okulda iki yıllık çalışma süresini doldurmadığından bahisle reddi üzerine bakılan davanın açıldığı anlaşılmıştır.

Yukarıda açıklanan mevzuat hükümlerinin birlikte değerlendirilmesinden, norm kadro uygulaması nedeniyle görev yeri isteği dışında idari tasarrufla değiştirilen davacının, bulunduğu eğitim kurumunda çalışması gereken iki yıllık sürenin hesabında, daha önce 1998-2001 yılları arasında görev yaptığı sürelerin müştereken değerlendirilmesinin gerekeceği kuşkusuzdur.

Açıklanan nedenlerle, davacının temyiz isteminin kabulüyle Bursa 3. İdare Mahkemesi'nin 20.12.2006 günlü, E:2006/1659, K:2006/2505 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, 3.12.2008 tarihinde oyçokluğuyla karar verildi.

AZLIK OYU

X- İdare Mahkemesince verilen karar hukuk ve usule uygun bulunduğundan, anılan kararın onanması gerektiği düşüncesiyle bozma yönündeki çoğunluk kararına katılmıyorum.

T.C.
D A N I Ş T A Y
İkinci Daire
Esas No : 2008/542
Karar No : 2008/5105

Özeti : Davacının isteği üzerine, Milli Eğitim Bakanlığınca tesis edilen alan değişikliği işleminin, idarenin kusuruyla tebliğinin sağlanmamış olmasının, işlemin kesin ve yürütülebilir işlem olma niteliğini ortadan kaldırmayacağı hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan (Davacı) : ...
Vekili **:** Av. ...
Karşı Taraf **:** Eskişehir Valiliği
Vekili **:** Av. ...
İsteğin Özeti **:** Eskişehir 1. İdare Mahkemesi'nin 23.11.2007 günlü, E:2007/295, K:2007/2078 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 : Şermin Birtane
Düşüncesi **:** İdare Mahkemesi kararının bozulması gerektiği düşünülmüştür.
Danıştay Savcısı **:** Celalettin Yüksel
Düşüncesi **:** İdare ve vergi mahkemelerince verilen kararların temyizen incelenerek bozulabilmesi için, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 49 uncu maddesinin birinci fıkrasında belirtilen nedenlerin bulunması gerekmektedir.

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

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay İkinci Dairesi'nce, dosyanın tekemmül ettiği anlaşıldığından, yürütmenin durdurulması istemi hakkında bir karar verilmeksizin ve Dairemizin 16.9.2008 günlü ara kararı cevabının geldiği görülerek, işin gereği düşünüldü:

Dava, Eskişehir merkez ... Lisesi'nde öğretmen olarak görev yapan davacının, aynı İl, merkez ... İlköğretim Okulu'na öğretmen olarak naklen atanmasına ilişkin 6.12.2006 günlü, 33436 sayılı işlemin iptali istemiyle açılmıştır.

Eskişehir 1. İdare Mahkemesi'nin 23.11.2007 günlü, E:2007/295, K:2007/2078 sayılı kararıyla, Milli Eğitim Bakanlığı'nın davacının alanının Türk Dili ve Edebiyatı olarak değiştirildiğine dair 15.9.1992 günlü, 153615 sayılı yazısının davacıya tebliğ edilmediği,

dolayısıyla davacının Türkçe alanında kaldığı, daha sonra da alan değişikliği talebinde bulunmadığı anlaşılmakta olup, davacının Milli Eğitim Bakanlığı'ndaki atama alanının Türkçe olması, ... Lisesi'nde Türkçe alanının olmaması nedeniyle, görev yaptığı okulda norm fazlası olması karşısında, dava konusu işlemde hukuka aykırılık bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir.

Davacı, alanının Milli Eğitim Bakanlığı'nca Türk Dili ve Edebiyatı olarak değiştirildiğini, bu işlemin kendisine tebliğ edilmemesinin idarenin kusuru olduğunu, uzun yıllardır Türk Dili ve Edebiyatı öğretmeni olarak görev yaptığını, dava konusu işlemin hukuka uygun bulunmadığını öne sürerek İdare Mahkemesi kararının temyizen incelenerek bozulmasını istemektedir.

4.3.2006 günlü, 26098 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren Milli Eğitim Bakanlığı Öğretmenlerinin Atama ve Yer Değiştirme Yönetmeliği'nin, "İhtiyaç fazlası öğretmenlerin yer değiştirmeleri" başlıklı 35.maddesinin b bendinde, "Herhangi bir nedenle istihdam alanı daralan öğretmenler ile görevli oldukları okullarda norm kadro esasları çerçevesinde öğretmen norm kadro sayısının azalması üzerine hizmet puanı üstünlüğüne göre yapılacak değerlendirme sonucunda norm kadro fazlası olarak belirlenen öğretmenler, görevli oldukları okullarda norm kadro fazlası olarak görevlerine devam ederler. Bu kapsamda öğretmen fazlalığı bulunan eğitim kurumlarına, norm kadro fazlası öğretmenler bu eğitim kurumlarının norm kadrolarıyla ilişkilendirilinceye kadar öğretmen fazlalığının bulunduğu alanda öğretmen ataması yapılmaz ve ders dağılımı, mevcut norm kadrolarla ilişkilendirilen öğretmenler ile norm fazlası öğretmenler arasında ders bütünlüğü dikkate alınarak eşit şekilde dağıtılır. Ayrıca, bu öğretmenler ders ve ek ders görevlerini de ilgili mevzuat hükümleri çerçevesinde görevli oldukları yerleşim yerlerindeki diğer eğitim kurumlarında yerine getirirler. İhtiyaç fazlası öğretmenlerden istekli olanlar alanlarında ihtiyaç bulunması halinde öncelikle il içinde, ihtiyaç bulunmaması halinde ise il dışında alanlarında ihtiyaç duyulan eğitim kurumlarına tercihleri de dikkate alınmak suretiyle atanabilirler." hükümleri yer almıştır.

Milli Eğitim Bakanlığı Personel Genel Müdürlüğü'nün 18.11.2005 günlü, 70638 sayılı Genel Yazısıyla, eğitim kurumlarında görevli öğretmenlerin atama ve yer değiştirme işlemlerinde karşılaşılan atama alanı/görevlendirme alanı karmaşasına son vermek için alan değişikliğine gidildiği, ilköğretim okullarında görevlendirilen Türk Dili ve Edebiyatı öğretmenlerinin Türkçe alanına alan değişikliğinin yapıldığı, alan değişikliğini kabul etmeyenlerin ise İLSİS'teki görev kaydı kaldırıldığından işgal ettikleri norm kadro ile ilişkilendirme işleminin sona erdirileceği, bu durumdaki öğretmenlerin bulundukları eğitim kurumunda Bakanlıkça atandıkları alanın norm kadrosu ile ilişkilendirilmeleri mümkün olamayacağından, Bakanlık atama alanında norm kadro açığı bulunan il içindeki diğer eğitim kurumları olacak şekilde il içi yer değiştirme ölçütleri esas alınarak görev yerlerinin belirleneceği hususları belirtilmiştir.

Dosyanın incelenmesinden; Balıkesir Necatibey Eğitim Enstitüsü Türkçe bölümü mezunu olan ve lisans tamamlama yoluyla Anadolu Üniversitesi Açık Öğretim Fakültesi Türk Dili ve Edebiyatı bölümünü bitiren davacının, Türkçe olan alanının Türk Dili ve Edebiyatı olarak değiştirilmesi için başvuruda bulunması üzerine, Milli Eğitim Bakanlığı'nın 15.9.1992 günlü, 153615 sayılı işlemiyle davacının alanının Türk Dili ve Edebiyatı olarak değiştirildiği ve bu işlemin davacının görev yaptığı yer olan Eskişehir Valiliğine de bildirildiği, ancak bu işlemden önce davacının, Eskişehir Merkez ... İlköğretim Okulu'nda görev yapmakta iken, 4.6.1992 tarihli işlemle Çorum İl Milli Eğitim Müdürlüğü emrine atanması nedeniyle, alan değişikliğine dair işlemin davacıya tebliğ edilmediği, daha sonra 29.6.1994 günlü işlemle tekrar Eskişehir İline Türkçe öğretmeni olarak atandığı, Vallikçe önce 9.8.1994 günlü işlemle ... Lisesine ve sonra 1.8.1996 günlü işlemle ... Lisesine Türk Dili ve Edebiyatı öğretmeni olarak atandığı, dava konusu 6.12.2006 günlü işlemle, davacının alanının Türkçe olduğu ve bu itibarla lisede okutabileceği alan bulunmadığından norm fazlası olduğu sebebiyle, ... Lisesi

öğretmenliğinden alınarak, ... İlköğretim Okulu'na atandığı, söz konusu işlemin iptali istemiyle bakılan davanın açıldığı, Dairemizin 16.9.2008 günlü ara kararıyla, davacının alanının Türk Dili ve Edebiyatı olarak değiştirilmesinden sonra, Milli Eğitim Bakanlığı'nca Eskişehir İli emrine atanmasına ilişkin 29.6.1994 günlü işlem tesis edilirken neden önceki alanı olan Türkçe alanında atandığı ve bu işlemin davacıya tebliğ edilip edilmediği sorulmuş, ancak, Milli Eğitim Bakanlığı'nca ara kararına cevap verilmediği, anlaşılmıştır.

Bu durumda, lisans tamamlama suretiyle Anadolu Üniversitesi Açık Öğretim Fakültesi Türk Dili ve Edebiyatı bölümünden mezun olan davacının, mezun olduğu alan itibariyle Türk Dili ve Edebiyatı Öğretmenliğine atanabilecek durumda olduğu, Milli Eğitim Bakanlığı'nca da alanının Türk Dili ve Edebiyatı olarak değiştirilmiş olduğu, söz konusu alan değişikliğine dair işlemin idarece tebliğinin sağlanamamış olmasının, işlemin kesin ve yürütülebilir işlem olma niteliğini ortadan kaldırmayacağı dikkate alındığında, davacının İLSİS bilgilerinde alanının Türkçe olarak görünmesi sebebiyle lisede görev yapamayacağından bahisle tesis edilen dava konusu işlemde hukuka uyarlık görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle, davacının temyiz isteminin kabulüyle Eskişehir 1. İdare Mahkemesi'nce verilen 23.11.2007 günlü, E:2007/295, K:2007/2078 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 22,90 YTL yürütmenin durdurulması harcının isteği halinde davacıya iadesine 22.12.2008 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

T.C.
D A N I Ş T A Y
İkinci Daire
Esas No : 2008/5865
Karar No : 2009/33

Özeti : Dava konusu atamanın dayanağı olan yönetmelik hükmünün tamamının, yürütülmesinin durdurulmasına dair verilen bir yargı kararı bulunmadığı gibi, davacıya verilen takdir puanının, davacının eğitim kurumu müdürlüğüne yapılan atamasında etkisinin bulunmaması karşısında, yargı kararının uygulandığından bahisle atamanın geri alınmasına ilişkin işlemde hukuka uyarlık bulunmadığı hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan (Davacı) : ...
Vekili **:** Av. ...
Karşı Taraf **:** Manisa Valiliği
İsteğin Özeti **:** Manisa İdare Mahkemesi'nin 10.07.2008 günlü, E:2007/2610, K:2008/1388 sayılı kararının dilekçede yazılı nedenlerle temyizen incelenerek bozulması isteminden ibarettir.
Cevabın Özeti **:** Temyiz isteminin reddi gerektiği yolundadır.
Danıştay Tetkik Hakimi : Şermin Birtane
Düşüncesi **:** İdare Mahkemesi kararının bozulması gerektiği düşünülmüştür.
Danıştay Savcısı **:** Filiz Z.Gürmeriç

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

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

TÜRK MİLLETİ ADINA

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

Dava, Manisa Merkez ... İlköğretim Okulu Müdürü olarak görev yapan davacının, önceki görev yeri olan Manisa İli, ... İlköğretim Okulu'na Müdür olarak atanmasına ilişkin 7.12.2007 günlü, 49796 sayılı işlemin iptali ve 5.000TL manevi tazminatın yasal faiziyle birlikte ödenmesine karar verilmesi istemiyle açılmıştır.

Manisa İdare Mahkemesi'nin 10.07.2008 günlü, E:2007/2610, K:2008/1388 sayılı kararıyla; 11.1.2004 günlü, 25343 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan Milli Eğitim Bakanlığı Eğitim Kurumları Yöneticilerinin Atama ve Yer Değiştirme Yönetmeliğinin, 4.3.2006 günlü Resmi Gazetede yayımlanan Yönetmelikle değişik 26.maddesindeki sözlü sınav ve EK-4 Eğitim Kurumları Yöneticilerinin Yer Değiştirme Formu'nun takdir puanına ilişkin kısmının iptali istemiyle açılan davalarda Danıştay İkinci Dairesinin 14.8.2006 tarihli, E:2006/493 sayılı ve 7.11.2006 tarihli, E:2006/878 sayılı kararlarıyla yürütmenin durdurulmasına karar verildiği, bu maddeler kapsamındaki tüm atamaların geri alınmasına yönelik başvurunun reddine dair işlemin iptali istemiyle açılan bir başka davada da Danıştay İkinci Dairesinin 12.9.2007 tarihli, E:2007/2022 sayılı kararıyla yürütmenin durdurulmasına karar verildiği, bu kapsamda davacının atamasının geri alınarak dava konusu işlemle önceki görev yerine iade edildiği, dolayısıyla yargı kararlarının gereğinin yerine getirilmesine yönelik olarak tesis edilen dava konusu işlemde hukuka aykırılık görülmediği gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir.

Davacı, ilgili Yönetmelikte aranan koşulları taşıdığını ileri sürmekte ve anılan kararın temyizen incelenerek bozulmasını istemektedir.

Dava konusu işlem tarihinde yürürlükte bulunan 11.1.2004 tarih ve 25343 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Milli Eğitim Bakanlığı Eğitim Kurumları Yöneticilerinin Atama ve Yer Değiştirme Yönetmeliğinin 4.3.2006 tarih ve 26098 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Yönetmeliğin 22 nci maddesiyle değişik 26 nci maddesinde, yapılacak duyuru üzerine eğitim kurumu müdürlerinin il içinde yer değiştirme suretiyle atama isteğinde bulunabilecekleri, bunların yer değiştirmelerinin, Ek-4 Eğitim Kurumları Yöneticilerinin Yer Değiştirme Formu üzerinden "Sözlü Sınav ve Değerlendirme Komisyonunca" yapılacak değerlendirmeye göre belirlenecek puanları esas alınmak suretiyle tercihleri ve atanmak istedikleri eğitim kurumlarındaki açık yönetici norm kadroları dikkate alınmak suretiyle gerçekleştirileceği hükmüne; Yönetmelik ek EK-4 Eğitim Kurumları Yöneticilerinin Yer Değiştirme Formu'nda ise "Tercih etmiş olduğu okul türüne göre komisyonca takdir puanı verileceği" hanesine yer verilmiştir.

Dosyanın incelenmesinden; 4.3.2006 günlü, 26098 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Milli Eğitim Bakanlığı Eğitim Kurumları Yöneticilerinin Atama ve Yer Değiştirme Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmeliğin bazı maddelerinin iptaline karar verilmesi istemiyle Dairemizin 2006/493 ve 2006/878 esasına kayıtlı davaların açıldığı, Dairemizin 14.8.2006 günlü, E:2006/493 sayılı kararı ile anılan Yönetmeliğin sözlü sınava dair düzenlemeleri, 1. "Merkez Değerlendirme ve Sözlü Sınav Komisyonu;" "İl Değerlendirme ve Sözlü Sınav Komisyonu;"na ilişkin düzenlemeleri, yukarıda yer verilen 26.maddeye değişiklik getiren 22. maddesinin 2. fıkrasındaki "sözlü sınav ve" ibaresi ve Ek-4 Eğitim Kurumları Yöneticilerinin Yer Değiştirme Formu'nun takdir puanına ilişkin kısmının

yürütülmesinin durdurulmasına karar verildiği, anılan Yönetmeliğin yürütülmesi durdurulan hükümleri uyarınca gerçekleştirilen tüm atama işlemlerinin geri alınması amacıyla yapılan başvurunun reddine ilişkin işlemin Danıştay İkinci Dairesi'nin 12.9.2007 günlü, E:2007/2022 sayılı kararıyla yürütülmesinin durdurulduğu, bu karar üzerine davalı idarece çıkarılan 14.11.2007 günlü, 2007/84 sayılı genelge uyarınca dava konusu işlemle davacının Manisa Merkez ... Okulu Müdürlüğü görevinden alınarak önceki görev yeri olan Manisa İli, ... İlköğretim Okulu'na Müdür olarak atandığı anlaşılmaktadır.

Olayda, davacının atanmış olduğu ... İlköğretim Okulu Müdürlüğü görevine davacı ile birlikte dört kişinin başvurduğu, takdir puanının düşülmesi sonucunda davacının 427 puanla birinci sırada bulunduğu ve birinci tercihi olan ... İlköğretim Okulu Müdürlüğüne atandığı anlaşılmakta olup; davacının atamasının dayanağı olan Yönetmeliğin 26.maddesinin tamamının yürütmesinin durdurulmasına dair verilen bir yargı kararı bulunmadığı gibi, EK- 4 değerlendirme formunda yer alan takdir puanının da davacının ... İlköğretim Okulu Müdürlüğüne atanmasında bir etkisinin bulunmaması karşısında, yargı kararının uygulandığından bahisle bu görevinden alınarak önceki görev yeri olan Manisa İli, ... İlköğretim Okulu'na Müdür olarak atanmasına ilişkin dava konusu işlemde hukuka uyarlık görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle, davacının temyiz isteminin kabulüyle Manisa İdare Mahkemesi'nce verilen 10.07.2008 günlü, E:2007/2610, K:2008/1388 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 22.90TL yürütmeyi durdurma harcının isteği halinde davacıya iadesine 13.1.2009 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

T.C.
D A N I Ş T A Y
İkinci Daire
Esas No : 2007/2869
Karar No : 2009/199

Özeti : Davacının kurum müdürlüğüne atanma başvurusunun reddine ilişkin işlemlerin iptali üzerine, ilk başvuru tarihinde yürürlükte olan mevzuata göre durumunun değerlendirilmesi ve işlem tesis edilmesi gerektiği hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan (Davacı) : ...
Vekili **:** Av...., Av. ...
Karşı Taraf **:** Bursa Valiliği
İsteğin Özeti **:** Bursa 2. İdare Mahkemesi'nin 3.4.2007 günlü, E:2006/2474, K:2007/601 sayılı kararının dilekçede yazılı nedenlerle temyizen incelenerek bozulması isteminden ibarettir.
Cevabının Özeti: Temyiz isteminin reddi gerektiği yolundadır.
Danıştay Tetkik Hakimi : Hürriyet Micozkadıoğlu
Düşüncesi **:** Dava konusu işlemde işlemde hukuka uyarlık bulunmadığından, davanın reddi yolundaki Mahkeme kararının bozulması 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 işin gereği düşünüldü:

Dava, Bursa İli İnegöl İlçesi ... İlköğretim Okulunda Müdür Yardımcısı ve Din Kültürü ve Ahlak Bilgisi Öğretmeni olan davacının, hakkındaki yargı kararının uygulanması suretiyle ... Çok Programlı Lisesine Okul Müdürü olarak atanması istemiyle yaptığı başvurunun reddine ilişkin 15.9.2006 günlü, 44864 sayılı işlemin iptali ve bu işlem nedeniyle uğradığı parasal kayıpların yasal faiziyle birlikte ödenmesi ve 5000 -TL manevi tazminata karar verilmesi istemiyle açılmıştır.

Bursa 2. İdare Mahkemesi'nin 3.4.2007 günlü, E:2006/2474, K:2007/601 sayılı kararıyla; dava konusu işlemle mahkeme kararının uygulanmamasının söz konusu olmadığı, davacının durumunu da doğrudan ilgilendiren Milli Eğitim Bakanlığına Bağlı Eğitim Kurumları Yöneticilerinin Atama ve Yer Değiştirme Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmeliğin bazı maddelerinin iptali ve yürütmenin durdurulması istemiyle açılan davada verilen yürütmenin durdurulması kararının ortaya çıkardığı belirsizlik nedeniyle eğitim kurumu yöneticiliklerine yapılacak her türlü atama ve yer değiştirmelere ilişkin işlemlerin 2006/71 sayılı Genelgeyle durdurulması sonucunda ortaya çıkan durum karşısında davacı hakkında işlem yapılamadığı, ilgili Yönetmelikte yapılacak yeni düzenlemelerden sonra davacının durumunun Mahkeme kararı doğrultusunda yeniden değerlendirileceği, işlemde hukuka aykırılık bulunmadığı gerekçesiyle dava reddedilmiştir.

Davacı, Danıştay İkinci Dairesinin E:2006/493 sayılı dosyasına konu Yönetmeliğin 4.3.2006 günlü Resmi Gazetede yayımlanan Yönetmelik değişikliği olduğunu, kendi başvurusunun ise 31.1.2004 tarihinde ilan edilen kadrolara ilişkin bulunduğunu ve o tarihte yürürlükte olan Yönetmelik uyarınca değerlendirilmesi gerektiğini, işlemde hukuka uyarlık bulunmadığını öne sürerek İdare mahkemesi kararının temyizen incelenerek bozulmasını istemektedir.

Davacının boş eğitim kurumlarına yönetici olarak atanmak istemiyle ilk başvurusunu yaptığı 11.9.2006 tarihinde yürürlükte olan 11.1.2004 günlü, 25343 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan Milli Eğitim Bakanlığı Eğitim Kurumları Yöneticilerinin Atama ve Yer Değiştirme Yönetmeliğinin 7. maddesinde yönetici olarak atanacaklarda aranacak genel şartlar, 8. maddesinde de müdür olarak atanacaklarda aranacak özel şartlar düzenlenmiş, müdürlüğe atama için duyuru ve atamayı düzenleyen 22. maddesi ile getirilen mülakat sınavına ilişkin kısımlar ise Dairemizin 14.3.2007 günlü, E:2004/840, K:2007/1042 sayılı kararı ile iptal edilmiştir.

Dosyanın incelenmesinden; Bursa İli, İnegöl İlçesi ... İlköğretim Okulu Müdür Yardımcısı ve Din Kültürü ve Ahlak Bilgisi Öğretmeni olarak görev yapan davacının, 31.1.2004 tarihinde ilan edilen açık okul müdürlüklerinden birine atanmak için başvurduğu ve tercihlerinde ... Çok Programlı Lisesini, ... İlköğretim Okulunu, ... İlköğretim Okulunu yazdığı, davacının başvurusunun 8.4.2005 günlü işlemle reddedildiği, bu işlemin Bursa 3. İdare Mahkemesinin 12.9.2005 günlü, E:2005/560, K:2005/1436 sayılı kararıyla iptal edildiği ve iptal kararının Dairemizin 14.1.2008 günlü, E:2005/3547, K:2008/58 sayılı kararıyla onandığı, davacının durumunun yeniden değerlendirilerek atanmasının uygun görülmediğine ilişkin 26.5.2005 günlü işlemin de Bursa 2. İdare Mahkemesinin 28.4.2006 günlü, E:2005/1994, K:2006/784 sayılı kararıyla iptal edildiği, davacının yargı kararının uygulanarak ... Çok Programlı Lisesine Okul Müdürü olarak atanması isteminin ise 15.9.2006 günlü

işlemle, 4.3.2006 günlü, 26098 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan Milli Eğitim Bakanlığı Eğitim Kurumları Yöneticilerinin Atama ve Yer Değiştirme Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmeliğin bazı maddelerinin yürütülmesinin durdurulması hakkında Danıştay İkinci Dairesinin 14.8.2006 günlü, E:2006/493 sayılı kararı gereği 2006/71 sayılı Genelge ile yönetici atama ve yer değiştirmelerine ilişkin her türlü iş ve işlemlerin durdurulduğu, yargı kararının uygulanması yönünde hukuki imkansızlık oluştuğu gerekçesiyle reddi üzerine iptali istemiyle bakılan davanın açıldığı anlaşılmaktadır.

İptal davalarında dava konusu işlemlerin tesis edildikleri tarihte yürürlükte olan mevzuata göre hukukilik denetimlerinin yapılacağı açıktır.

Dava konusu olayda da, 31.1.2004 tarihinde açık ilan edilen kurum müdürlüklerine atanmak için başvuran davacının başvurusunun reddine ilişkin işlemlerin yargı kararları ile iptali üzerine bu işlemler hiç tesis edilmemiş kabul edileceğinden, davacının ilk başvuru tarihinde yürürlükte olan ve 11.1.2004 günlü, 25343 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan Milli Eğitim Bakanlığı Eğitim Kurumları Yöneticilerinin Atama ve Yer Değiştirme Yönetmeliği uyarınca ve bu Yönetmeliğin Dairemizin 14.3.2007 günlü, E:2004/840, K:2007/1042 sayılı kararı ile iptal edilen hükümleri dikkate alınmaksızın durumunun değerlendirilerek, değerlendirme formunda en yüksek puanı alan adayın atanacağı esasından hareketle, değerlendirme formunda belirlenecek puana göre davacı hakkında işlem tesis edilmesi gerekirken yargı kararının uygulanmasında hukuki imkansızlık oluştuğu gerekçesiyle tesis edilen dava konusu işlemde ve davanın reddi yolunda verilen Mahkeme kararında hukuki isabet görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle, temyiz isteminin kabulüyle Bursa 2. İdare Mahkemesi'nce verilen 3.4.2007 günlü, E:2006/2474, K:2007/601 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, 23.1.2009 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

T.C.
D A N I Ş T A Y
İkinci Daire
Esas No : 2008/4125
Karar No : 2009/294

Özeti : Asilde aranan şartlara sahip olmayan davacının, malmüdürlüğü görevini tedviren yürütmesi nedeniyle, kendisine tazminat şeklinde olsa dahi vekalet aylığı ödenemeyeceği hakkında.

Kararın Düzeltilmesini İsteyen (Davalı): Maliye Bakanlığı
Diğer Davalı **:** Gümüşhane Valiliği
Karşı Taraf **:** ...
İsteğin Özeti **:** Trabzon İdare Mahkemesi'nin 21.04.2005 günlü, E:2004/1240, K:2005/389 sayılı kararının onanmasına dair Danıştay Onbirinci Dairesi'nin 02.11.2007 günlü, E:2005/2605, K:2007/7696 sayılı kararının davalı tarafından, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 54. maddesi uyarınca düzeltilmesi istenilmektedir.
Cevabın Özeti **:** Cevap verilmemiştir.
Danıştay Tetkik Hakimi : Nafi Alantar
Düşüncesi : Karar düzeltme isteminin kabulü ile İdare Mahkemesi kararının bozulması gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı **:** Semra Şentürk

Düşüncesi **:** Kararın düzeltilmesi dilekçesinde ileri sürülen nedenler, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 54 üncü maddesinde yazılı nedenlerden hiçbirisine uymadığından, istemin reddi gerekeceği düşünülmektedi

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay İkinci Dairesi'nce işin gereği düşünüldü:

Dava, ... Malmüdürlüğü'nde Muhasebe Memuru olan ve Malmüdürlüğü görevini tedviren yürütmekle görevlendirilen davacı tarafından, 04.08.2003 - 02.09.2003 tarihleri arası 30 gün, 30.09.2003 - 12.10.2003 tarihleri arası 12 gün olmak üzere toplam 42 gün ve 02.08.2004 tarihinden itibaren de görevde kaldığı sürece mahrum kaldığı vekalet aylığı ve tazminatlarının ödenmesi için yaptığı başvurusunun reddine ilişkin 18.08.2004 günlü işlemin iptali ile yoksun kalınan vekalet aylığı ve tazminatların yasal faiziyle birlikte ödenmesine karar verilmesi istemiyle açılmıştır.

Trabzon İdare Mahkemesi'nin 21.04.2005 günlü, E:2004/1240, K:2005/389 sayılı kararıyla; 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 86. maddesi ve 99 seri Nolu Devlet Memurları Kanunu Genel Tebliği'nde, vekalet görevi ve vekalet aylığı verilmesi koşullarının belirlendiği, Maliye Bakanlığı Atama ve Görevde Yükselme Yönetmeliği'nin 31. maddesinde, malmüdürlüğü görevinin (C) hizmet grubunda yer aldığı, bu göreve atanabilmek için (D) hizmet grubunda yer alan görevlerde veya denetmen kadrolarında en az iki yıl çalışmış olma şartı öngörüldüğü, 657 sayılı Yasa'da bir görevin tedviren yürütülmesine ilişkin bir hükme yer verilmemiş olmakla beraber, yukarıda sözü geçen tebliğ uyarınca idarece tedvir görevi verilen kişinin Anayasa'nın angaryayı yasaklayan 18. maddesi hükmü uyarınca fiilen yürüttüğü görev karşılığı bazı maddi haklara sahip olacağı, bu tazminat miktarının hesaplanmasında o görev için verilecek vekalet aylığının esas alınması gerektiği, buna göre, asilde aranılan koşulları taşımaması nedeniyle vekaleten atanması yolundaki başvurunun reddine ilişkin işlemde hukuka aykırılık görülmediği, ancak, malmüdürlüğü görevini tedviren yürütmekle görevlendirilen davacıya fiilen yürüttüğü bu görev nedeniyle başvuru tarihinden itibaren vekalet aylığına eşdeğer tutarda bir meblağın tazminat olarak ödenmesi gerektiği, başvuru tarihinden önceki döneme ilişkin maddi kayıpların tazminine ilişkin istemin süre aşımı yönünden incelenmesine olanak bulunmadığı gerekçesiyle, dava konusu 18.08.2004 günlü işlemin iptali istemine yönelik davanın reddine, vekalet aylığına tekabül edecek tazminat isteminin ise kısmen kabulüyle başvuru tarihi olan 04.10.2004 tarihinden itibaren yasal faiz uygulanmak suretiyle vekalet aylığına tekabül edecek orandaki tazminatın davalı idarece hesaplanarak davacıya ödenmesine, vekalet aylığına eşdeğer tutarda tazminat dışındaki tazminat isteminin reddine, başvuru tarihinden önceki döneme ait tazminat isteminin ise süre aşımı yönünden reddine hükmedilmiştir.

Davalı idarenin, anılan kararın kabule ilişkin kısmına karşı yapmış olduğu temyiz başvurusu Danıştay Onbirinci Dairesi'nin 02.11.2007 günlü, E:2005/2605, K:2007/7696 sayılı kararıyla reddedilerek İdare Mahkemesi kararı onanmıştır.

Davalı idare, davacının Malmüdürlüğü'ne atanabilmek için gerekli şartları taşımadığından, tazmin şeklinde olsa dahi davacıya vekalet aylığının ödenmesinin mümkün olmadığını öne sürmekte ve karar düzeltme isteminin kabulü ile İdare Mahkemesi kararının kabule ilişkin kısmının bozulmasını istemektedir.

Davalı idare tarafından verilen karar düzeltme dilekçesinde ileri sürülen hususlar 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 54/1-c maddesine uygun bulunduğundan, Danıştay Onbirinci Dairesi'nin 02.11.2007 günlü, E:2005/2605, K:2007/7696 sayılı karar kaldırılarak uyuşmazlığın esasına geçildi.

657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 86. maddesinde vekalet görevi ve aylık verilmesinin şartları düzenlemiş olup, maddenin ilk paragrafında "Memurların kanuni izin, geçici görev, disiplin cezası uygulaması veya görevden uzaklaştırma nedeniyle işlerinden

geçici olarak ayrılmaları halinde yerlerine kurum içinden veya diğer kurumlardan veya açıktan vekil atanabilir." hükmüne yer verildikten sonra, Kanun'un 174. maddesinde vekalet aylıklarının ödenebilmesi için görevin fiilen yapılmasının şart olduğu, aynı Kanun'un 175. maddesine 631 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 5. maddesi ile eklenen paragrafta da kurum içinden veya diğer kurumlardan vekalet edenlere vekalet aylığı ödenebilmesi için, vekilin asilde aranan şartları taşımasının zorunlu olduğu hükümleri yer almıştır.

17.05.1987 günlü, 19463 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 99 sayılı Devlet Memurları Kanunu Genel Tebliği'nde ise;

"1- Bir görevin vekaleten yürütülmesi halinde görevin gerekleri ve nitelikleri değişmeyeceğinden bu görevi vekaleten yürütecek olanların asil memurda aranan şartlara sahip olmaları gerekmektedir. Bu sebeple;

a) 1-4. dereceli kadrolara vekalet edeceklerin 657 sayılı Kanun'un 68. maddesinde belirtilen şartları haiz olmaları,

b) 5-15. dereceli kadrolara vekalet ettirileceklerin öğrenim durumları itibariyle tesbit olunan yükselinebilecek dereceyi aşmamak kaydıyla vekalet ettirilecekleri kadronun derecesinin, kazanılmış hak aylık derecesinin üç üst derecesinden fazla olmaması gerekmektedir.

2- Asilde aranan şartlara sahip vekil memur bulunamadığı takdirde, hizmetin aksamadan yürütülebilmesi bakımından herhangi bir şekilde boşalmış veya boş bulunan bir görevin öncelikle varsa yardımcıları yoksa asilde aranan şartlara en yakın personel tarafından tedviren gördürülmesi mümkün görülmektedir.

3- 657 sayılı Kanun'un vekalet ücreti ödenmesine ilişkin 175. maddesinde göre, tedvir dolayısıyla herhangi bir ödeme yapılması mümkün bulunmamaktadır." kuralı yer almıştır.

Danıştay'ın istikrar kazanmış bulunan kararlarına göre, personel rejiminde tedviren görevlendirmenin hukuki bir dayanağı olmayıp bir görevin o kadroya atama veya asilde aranan şartlara sahip vekil marifetiyle gördürülmesi gerekmektedir.

Dosyanın incelenmesinden, ... Malmüdürlüğü'nde Muhasebe Memuru olarak görev yapan ve en son 02.08.2004 tarihinden itibaren 03.08.2004 tarihli valilik oluruyla ... Malmüdürlüğü görevini yürütmek üzere tedviren görevlendirilen davacının, mahrum kaldığı vekalet aylığı ile tazminatlarının ödenmesi için yaptığı başvurusunun reddi üzerine bakılmakta olan davayı açtığı anlaşılmaktadır.

Yukarıda yer alan hükümler uyarınca, bir göreve vekaleten atanan kişiye vekalet ettiği göreve ilişkin vekalet aylığı, yan ödeme ve tazminatın ödenebilmesi için vekilin asilde aranan şartları taşıması gerekmektedir.

Diğer taraftan, Anayasa'nın 128. maddesinde belirtilen, memurlar ve diğer kamu görevlilerinin aylık ve ödenekleri ve diğer özlük işlemlerinin kanunla düzenleneceği şeklindeki hükmü karşısında, asilde aranan şartlara sahip olmayan kimselerin bir görevi yürütmek üzere vekaleten veya yetkili kılınmak suretiyle görevlendirilmeleri halinde, düzenli bir ödemeden yararlanabilmeleri için, yasal bir dayanağın bulunması gerektiği de açıktır.

Dolayısıyla asilde aranan şartlara sahip olmayan davacının malmüdürlüğü görevini tedviren yürütmesi nedeniyle kendisine tazminat şeklinde olsa dahi vekalet aylığı ödenmesi mümkün olmadığından, vekalet aylığına tekabül edecek tazminat isteminin kısmen kabulüyle başvuru tarihi olan 04.10.2004 tarihinden itibaren yasal faiz uygulanmak suretiyle vekalet aylığına tekabül edecek orandaki tazminatın davalı idarece hesaplanarak davacıya ödenmesine hükmedilmesi yolunda verilen İdare Mahkemesi kararında hukuki isabet bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle, davalı idarenin temyiz isteminin kabulüyle Trabzon İdare Mahkemesi'nce verilen 21.04.2005 günlü, E:2004/1240, K:2005/389 sayılı kararın kabule ilişkin kısmının 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 49. maddesinin 1/b fıkrası uyarınca bozulmasına, aynı maddenin 3622 sayılı Yasa ile değişik 3. fıkrası gereğince ve

yukarıda belirtilen hususlar da gözetilerek yeniden bir karar verilmek üzere dosyanın adı geçen Mahkemeye gönderilmesine, 27.01.2009 tarihinde oybirliği ile karar verildi.

T.C.
D A N I Ş T A Y
İkinci Daire
Esas No : 2008/5150
Karar No : 2009/577

Özeti : Talim ve Terbiye Kurulu kararlarına göre, üç yıllık eğitim enstitüsü bölümlerinin, ilköğretim alan öğretmenliğine kaynaklık ettiği hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan (Davalı) : Adana Valiliği
Karşı Taraf : ... adına Eğitim ve Bilim Emekçileri Sendikası (Eğitim Sen)
Vekili : Av. ...
İsteğin Özeti : Adana 2. İdare Mahkemesi'nce verilen 28.3.2008 günlü, E:2007/1674, K:2008/445 sayılı kararın, dilekçede yazılı nedenlerle 2577 sayılı İdare Yargılama Usulü Kanununun 49. maddesi uyarınca temyizen incelenerek bozulması istenilmektedir.
Cevabın Özeti : Temyiz isteminin reddi gerektiği yolundadır.
Danıştay Tetkik Hakimi : Şermin Birtane
Düşüncesi : İdare Mahkemesi kararının bozulması gerektiği düşünülmektedir.
Danıştay Savcısı : Celalettin Yüksel
Düşüncesi : Adana ili, Seyhan İlçesi, ... Lisesinde Matematik öğretmeni olan davacının, aynı ilçe ... İlköğretim okuluna Matematik öğretmeni olarak atanmasına ilişkin işlemin iptali yolundaki İdare Mahkemesi kararının bozulması istenilmektedir.

Milli Eğitim Bakanlığı Öğretmenlerinin atama ve Yer Değiştirme Yönetmeliğini "Atama Şartları" başlıklı 6. maddesinde, öğretmenliğe atanacaklarda 657 sayılı DMK.'unun 48. maddesinde belirtilen genel şartlar yanında aranacak özel şartlar bentler halinde sayılmış, maddenin a)bendinde, "mezun olduğu yükseköğretim programının Talim ve Terbiye Kurulunun Öğretmenliğe atanacakların tesbitine ilişkin kararlarına göre atanacağı alana uygun olmak" şartı getirilmiştir.

Milli Eğitim Bakanlığına Bağlı Eğitim Kurumlarına Öğretmen Olarak Atanacaklarının Atamalarına Esas Olan Alanlar ile Mezun Oldukları Yüksek Eğitim Programları ve Aylık Karşılığı Okutacakları Derslere İlişkin Esaslar konulu Talim ve Terbiye Kurulunun 12.5.2006 tarih ve 119 sayılı Kararının 11. maddesinde, mezun oldukları yüksek öğretim programı itibariyle alanları; Fizik, Kimya, Biyoloji, Türk Dili ve Edebiyatı, Tarih Coğrafya İmam-Hatip Lisesi Meslek Dersleri olup ilköğretim kurumlarının Fen Bilgisi, Türkçe Sosyal Bilgiler ve Din Kültürü ve Ahlak Bilgisi öğretmenliklerine atanmış olanlar, istekleri halinde mezun oldukları yüksek öğretim programı itibariyla, bu Esaslar eki çizelge doğrultusunda atanabilecekleri alanlara atanabilirler. Mezun oldukları yüksek öğretim programı veya aylık karşılığı okutabileceği dersler itibarıyla birden fazla alan öğretmenliğine atanabilecek durumda olanlar, ihtiyaç duyulduğunda isteklerine bakılmaksızın, bu alan öğretmenliklerinden her hangi birisinde görevlendirilebilirler. Bunların yer değiştirme suretiyle atamalarında, öğretmenliğe atanmalarına esas olan alan/kurum öğretmenliği esas alınır. Mezuniyetleri itibariyle atanabilecekleri alan dışında başka bir alana atamaları yapılmış olanların atandıkları

alandaki öğretmen ihtiyacının karşılanmış olması ve öğrenimleri itibariyle atanabilecekleri alanlarda ihtiyaç bulunması durumunda ilgili mevzuatına göre alanlarına atanabilirler. Daha önceki Talim ve Terbiye Kurulu kararları kapsamında öğretmenliğe atanan, ancak bu Esaslar eki çizelgede mezun oldukları yüksek öğretim programlarına ve alanlarına yer verilmeyen öğretmenlerin yer değiştirme suretiyle atamaları, aynı nitelikteki eğitim kurumlarına yapılacağı, 14.maddesinde, dersi kaldırılan ya da istihdam alanı daralan öğretmenler, ek çizelgede aylık karşılığı okutacakları dersler bölümünde belirtilen derslerin öğretmenliğine isteklerine bakılmaksızın atanabilecekleri, Geçici 1.maddesinde, "bu Esasların yürürlüğe girdiği tarihte eğitim kurumlarında görev yapan öğretmenler, Talim ve Terbiye Kurulunun daha önceki kararları kapsamında atandıkları alan/kurum öğretmenliği görevlerine devam ederler. Yer Değiştirme suretiyle atamalarının da Bakanlıkça düzenlenen en son atama kararlarında belirtilen alanlarda yapılacağı" belirtilmiştir.

Dava konusu işlemin dayanağı olarak gösterilen Milli Eğitim Bakanlığı Personel Genel Müdürlüğünün 2.10.2006 günlü 77124 sayılı yazısında "öğrenimleri itibariyle ilköğretim okullarında görevli olması gerekirken Lise ve denge okullarda görevli öğretmenlerinde alanlarında norm bulunan ilköğretim okullarına norm fazlası olarak atanmaları gerektiği" belirtilmiştir.

Bakanlık atama alanı İlköğretim matematik olan davacının 3 yıllık eğitim enstitüsü mezunu olduğu, daha sonra lisans düzeyinde bir programdan mezun olmadığı anlaşılmıştır.

Bu durumda, davacının, bitirdiği eğitim programına göre, orta okullara atanması yapılmakla birlikte, sonradan ihtiyaç sebebiyle, 4 yıllık yükseköğretim mezunu öğretmen sayısının yetersiz olduğu dönemde, liselerde de görev verildiği, 4 yıllık eğitim programı mezunu branş öğretmenlerinin sayısının yeterli seviyeye yükselmesi, ilköğretim okulları kademesinde de branş öğretmenlerine ihtiyaç duyulması karşısında, öğrenimi itibariyle matematik(1715) dersinin okutulduğu, ilköğretim okuluna branşında öğretmen olarak atanmasına ilişkin dava konusu işlemde; davacının öğrenimi, öğrenim süresi, branşı ve branşına uygun derslerin bulunduğu ilköğretim okuluna atanmış olması sebebiyle, hizmet gerekleri ve hukuka aykırılık, idari mahkemesi kararında ise hukuki isabet 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,15.7.2008 günlü ara karar cevabının geldiği ve dosyanın tekemmül ettiği görüldüğünden yürütmenin durdurulması istemi hakkında karar verilmeksizin, işin gereği görüşüldü:

Dava, Adana İli, Seyhan İlçesi, ... Lisesi Matematik Öğretmeni olarak görev yapan davacının, aynı İl ve İlçe ... İlköğretim Okulu'na norm kadro fazlası İlköğretim Matematik Öğretmeni olarak atanmasına ilişkin 10.8.2007 günlü, 40512 sayılı işlemin iptali istemiyle açılmıştır.

Adana 2. İdare Mahkemesinin 28.3.2008 günlü, E:2007/1674, K:2008/445 sayılı kararıyla; lisede uzun süredir Matematik Öğretmeni olarak görev yapan, görevinde başarısızlığı veya disiplinsizliği ileri sürülmeyen davacının, sadece 3 yıllık Eğitim Enstitüsü mezunu olması nedeniyle bu görevden alınarak ilköğretim okuluna Matematik Öğretmeni olarak atanmasına ilişkin işlemde hukuka uyarlık bulunmadığı gerekçesiyle dava konusu işlemin iptaline karar verilmiştir.

Davalı idare tarafından, dava konusu işlemin hukuka uygun olduğu öne sürülerek Mahkeme kararının temyizen incelenerek bozulması istenilmektedir.

18.8.1997 günlü, 23084 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren 4306 sayılı Kanun ile değiştirilen 222 sayılı İlköğretim ve Eğitim Kanununun 9/1 .maddesinde ilköğretim kurumlarının sekiz yıllık okullardan oluştuğu; 4306 sayılı Kanunun 8.maddesinde, 222 sayılı ve 1739 sayılı Kanunlarda birlikte veya ayrı ayrı geçen "ilkokul" ve "ortaokul"

ibarelerinin "ilköğretim okulu" olarak değiştirildiği; 1739 sayılı Milli Eğitim Temel Kanunu'nun 22.maddesinde ilköğretimin, 6-14 yaşlarındaki çocukların eğitimini kapsadığı, 24.maddesinde, ilköğretim okullarının sekiz yıllık okullardan oluştuğu, 26.maddesinde, ortaöğretimin, ilköğretime dayalı, en az üç yıllık öğrenim veren genel, mesleki ve teknik öğretim kurumlarının tümünü kapsadığı hükümlerine yer verilmiştir.

1739 sayılı Milli Eğitim Temel Kanunu'nun 43. maddesinde öğretmenliğin özel bir ihtisas mesleği olduğu belirtilerek, öğretmenlik mesleğine hazırlığın genel kültür, özel alan eğitimi ve pedagojik formasyon ile sağlanacağı, aynı Kanunun 45. maddesinde ise; öğretmenlerin, öğretmen yetiştiren yüksek öğretim kurumlarından mezun olanlar arasından, Milli Eğitim Bakanlığınca seçileceği, belirtilmiş, 3797 sayılı Milli Egitim Bakanlığı'nın Teşkilat ve Görevleri Hakkındaki Kanunun 8. maddesi ile de, bu yetkinin bakanlık adına Talim ve Terbiye Kurulunca kullanılması uygun görülmüştür.

4.3.2006 günlü, 26098 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren, Milli Eğitim Bakanlığı Öğretmenlerinin Atama ve Yer Değiştirme Yönetmeliği'nin "atama şartları" başlıklı 6. maddesinin (a) bendinde de mezun olduğu yüksek öğretim programının Talim ve Terbiye Kurulunun öğretmenliğe atanacakların saptanmasına ilişkin kararlarına göre atanacağı alana (branş) uygun olması özel şartlar arasında sayılmıştır.

Olayda 3 yıllık Eğitim Enstitüsü matematik bölümünün ilköğretim alan öğretmenliğine mi yoksa orta öğretim alan öğretmenliğine mi kaynaklık ettiği hususunun açığa kavuşturulması bakımından konuya ilişkin Talim ve Terbiye Kurulu Kararlarının incelenmesi zorunlu bulunmaktadır.

7.11.1983 tarihli, 2151 sayılı Milli Eğitim Bakanlığı Tebliğler Dergisi'nde yayınlanan 5.9.1983 tarihli, 146 sayılı Talim ve Terbiye Kurulu Kararıyla "Öğretmenliğe Atanacakların Atanmalarına Esas Olan Dersler ve Maaş Karşılığı Okutacakları Diğer Dersler" belirlenmiş, bu kararda Eğitim Enstitülerinin Matematik Bölümünden mezun olanların "Ortaokul"a atanacakları belirtilmiş; 29.4.1991 tarihli, 2335 sayılı Tebliğler Dergisi'nde yayınlanan, 3.4.1991 tarihli, 37 sayılı Talim ve Terbiye Kurulu Kararı ile öğretmenliğe atanacakların atamalarına esas olan alanlar ve maaş karşılığı okutabilecekleri derslerle ilgili esaslar yeniden düzenlenmiş, Matematik Öğretmenliğine Fakültelerin, Matematik Öğretmenliği Bölümü, Matematik Bölümü, kredilerinin en az %30'unu Matematik alanında aldığını belgelendirmek kaydıyla Astronomi ve Uzay Bilimleri Bölümü mezunlarından atanacağı, "Açıklamalar" kısmında, Eğitim Enstitüsü ve Yabancı Diller Yüksekokulu (3 yıllık) mezunlarının atamalarına devam edileceği ve atamaların öncelikle ortaokullara yapılacağı, ihtiyacın karşılanamadığı alanlarda Talim ve Terbiye Kurulu Başkanlığının mütalaası alınmak suretiyle yakın alanlardan ihtiyacın karşılanması yoluna gidileceği belirtilmiştir. 17.1.1994 tarihli, 2399 sayılı Tebliğler Dergisi'nde yayınlanan, Talim ve Terbiye Kurulunun 29.12.1993 tarihli, 523 sayılı Kararıyla, 3.4.1991 tarihli, 37 sayılı Karar yürürlükten kaldırılmış, yeni kabul edilen çizelgede ve 29.12.1993 tarihli, 523 sayılı Kararı yürürlükten kaldıran 1.7.1996 tarihli, 2456 sayılı Tebliğler Dergisi'nde yayınlanan Talim ve Terbiye Kurulu'nun 21.6.1996 tarihli, 218 sayılı Kararıyla kabul edilen çizelgede de aynı yönde hükümlere yer verilmiştir.

Haziran 2000 tarihli, 2513 sayılı Tebliğler Dergisi'nde yayınlanan Talim ve Terbiye Kurulu'nun 1.6.2000 tarihli, 340 sayılı Kararıyla, 21.6.1996 tarihli, 218 sayılı Karar da yürürlükten kaldırılarak, "Milli Eğitim Bakanlığı'na Bağlı Eğitim Kurumlarına Öğretmen Olarak Atanacakların Atamalarına Esas Olan Alanlar ile Mezun Oldukları Yüksek Öğretim Programları ve Aylık Karşılığı Okutacakları Derslere İlişkin Esaslar" kabul edilmiş, anılan Esasların 6.maddesinde, öğretmenlerin ek çizelgede gösterilen alanlar itibariyle ve bu alanların karşısında gösterilen yüksek öğretim programlarından en az lisans mezunu olanlar arasından seçileceği, 7/son maddesinde, İlköğretim öğretmenliği programlarından mezun olanların öncelikle ilköğretim kurumlarına atanacakları, 10.maddesinde, öğretmenlerin, atandıkları alanın "Aylık Karşılığı Okutacağı Dersler" sütununda yer alan dersleri, öncelikle atandıkları kurumun alan ve alan seçmeli dersleri olmak üzere eğitim kurumlarının tür ve dereceleri

bakımından herhangi bir ayırım yapılmaksızın okutacakları, Geçici 1.maddesinde ise, Bu Esaslarla yürürlükten kaldırılan Kararlar kapsamında mezun oldukları yüksek öğretim programları itibariyle herhangi bir eğitim kurumu öğretmenliğine atanmış olanların, yer değiştirme suretiyle atamalarında bu Esaslarla belirlenen durumlarına uygun alan öğretmenliğine öncelikle atanacakları, ancak gereksinim halinde daha önce atanabilir durumda oldukları alan/kurum öğretmenliğine atanmalarına da devam edileceği belirtilmiştir. Talim ve Terbiye Kurulunun Nisan 2003 tarihli, 2547 sayılı Tebliğler Dergisi'nde yayınlanan, 31.3.2003 günlü, 4 sayılı Kararıyla anılan Esasların 7.maddesi değiştirilmiş ve 7/b maddesinde; ilköğretim alan öğretmenliklerine, eğitim fakültelerinin Karar eki çizelgedeki ilköğretim programlarından mezun olanların, ancak, ilköğretim alan öğretmenlikleri programlarından mezun olanlar ile ilköğretim alan öğretmenliği öğretmen ihtiyacının karşılanamadığı atama dönemlerinde, alanla ilgili orta öğretim alan öğretmenliği programı mezunlarının atanacakları, 7/c bendinde; orta öğretim alan öğretmenliklerine, eğitim fakülteleri, fen fakülteleri, fen-edebiyat fakülteleri ile Karar eki çizelgede yer verilen diğer yüksek öğretim programlarından mezun olup, Orta Öğretim Alan Öğretmenliği Tezsiz Yüksek Lisans Programını bitirenlerin atanacakları hükmü getirilmiştir.

Ağustos 2004 tarihli, 2563 sayılı Tebliğler Dergisi'nde yayınlanan Talim ve Terbiye Kurulu'nun 12.7.2004 tarihli, 119 sayılı kararıyla, 1.6.2000 tarihli, 340 sayılı Karar yürürlükten kaldırılmış, yeni kabul edilen Esaslar'ın 7.maddesinde, öğretmenliğe, eğitim, fen, edebiyat, fen-edebiyat fakültelerinin ek çizelgede belirtilen programlarından mezun olanlar ile diğer yüksek öğretim kurumlarının ek çizelgede yer verilen programlarından mezun olanların atanmasının esas olduğu, sınıf öğretmenliğine, yüksek öğretim kurumlarının sınıf öğretmenliği programından mezun olanların, ilköğretim alan öğretmenliklerine, yüksek öğretim kurumlarının ilköğretim alan öğretmenliği programlarından mezun olanların, ilköğretim alan öğretmenlikleri programlarından mezun olanlarla ihtiyacın karşılanamadığı dönemlerde, alanla ilgili orta öğretim alan öğretmenliği programı mezunlarının; orta öğretim alan öğretmenliklerine ise, eğitim fakültesi mezunlarının, Karar eki çizelgede yer verilen diğer yüksek öğretim programlarından mezun olup orta öğretim alan öğretmenliği tezsiz yüksek lisans ya da pedagojik formasyon programını bitirenlerin atanacağı düzenlenmiş; 11/3. maddesinde, mezuniyetleri itibariyle atanabilecekleri alan dışında başka bir alana atamaları yapılmış olanların atandıkları alandaki öğretmen ihtiyacının karşılanmış olması ve öğrenimleri itibariyle atanabilecekleri alanlarda ihtiyaç bulunması durumunda ilgili mevzuatına göre alanlarına atanabilecekleri, Geçici 1.maddesinde, bu Esasların yürürlüğe girdiği tarihte eğitim kurumlarında görev yapan öğretmenlerin, Talim ve Terbiye Kurulunun daha önceki kararları kapsamında atandıkları alan/kurum öğretmenliği görevlerine devam edecekleri, yer değiştirme suretiyle atamalarının da Bakanlıkça düzenlenen en son atama kararlarında belirtilen alanlarda yapılacağı hükümlerine yer verilmiştir.

Dosyanın ve Dairemizin 15.7.2008 günlü ara kararı cevabının incelenmesinden; davacının 3 yıllık Eğitim Enstitüsü Matematik Bölümü mezunu olduğu, 7.11.1979 tarihinde Gaziantep ... Lisesi Matematik Öğretmenliğine atandığı, 20.12.1984 tarihinde Kırklareli İli, Lüleburgaz ... Ortaokulu'na atandığı, 24.3.1986 tarihinde Kırklareli Vize ... Ortaokulu'na nakledildiği, 3.9.1987 tarihinde Kahramanmaraş ... Lisesi'ne atandığı, 28.9.1989 tarihli en son Bakanlık kararnamesiyle Adana İli, Seyhan İlçesi ... Ortaokulu Öğretmenliğine atandığı ve alanının Matematik 1 (İlköğretim Matematik) olarak gösterildiği, Adana Valiliğinin 1.10.2002 günlü işlemiyle görev yerinin Seyhan İlçesi, ... Lisesi olarak belirlendiği, davacının 2006 yılı Norm Kadro İsimlendirme Çizelgesi'ne göre, anılan okulun Matematik normuyla ilişkilendirildiği, ancak, Milli Eğitim Bakanlığı'nın 2.10.2006 günlü, 77124 sayılı yazısıyla, öğrenimleri itibariyle ilköğretim okullarında görevli olması gerekirken, lise ve dengi okullarda görevli olan öğretmenlerin alanlarında norm bulunan ilköğretim okullarına norm kadro fazlası olarak atanmalarının gerektiği, bu durumda bulunan öğretmenlerin 2007 isteğe bağlı yer değiştirme döneminde il içinde yer değiştirme talebinde bulunmalarının sağlanması,

bulunmayanlar ile tercihlerine atanamayanların re'sen alanlarında ihtiyaç bulunan eğitim kurumlarna atamasının yapılmasının bildirildiği, davacının il içinde ilköğretim okullarına atanmak için tercihte bulunduğu ve dava konusu işlemle 1. tercihi olan ... İlköğretim Okulu'na norm kadro fazlası İlköğretim Matematik Öğretmeni olarak atandığı anlaşılmıştır.

Bu durumda, uyuşmazlığın davacının mezun olduğu okulun, üç yıllık ya da dört yıllık öğrenim süresinden kaynaklanmayıp, mezun olunan bölümün ilköğretim alan öğretmenliğine mi yoksa orta öğretim alan öğretmenliğine mi kaynak oluşturacağı sorunundan doğduğu, yukarıda ayrıntılı olarak yer verilen Talim ve Terbiye Kurulu kararlarına göre, 3 yıllık Eğitim Enstitüsü Matematik Bölümü mezunlarının atamalarının öncelikle "ortaokullara" yapılacağı, ancak ihtiyaç olması halinde liselerde de görevlendirilebilecekleri, 2003 yılından itibaren Talim ve Terbiye Kurulu Kararlarında, ilköğretim okullarına, ilköğretim alan mezunu öğretmenlerin ve ortaöğretim okullarına ise ortaöğretim alan öğretmenlerinin atanmasının esas alındığı, yıllar içinde ortaöğretim alan mezunlarının yeterli sayıya ulaşması sebebiyle, idare tarafından mezun oldukları bölüm itibariyle, önceden "ortaokul" olarak adlandırılan ve şu anda ilköğretim okulları bünyesinde yer alması dolayısıyla ilköğretim alan öğretmenliğine kaynaklık ettiği açık olan 3 yıllık Eğitim Enstitüsü mezunu öğretmenlerin, Bakanlık atama alanlarına esas okullarda görev yapmalarını sağlamak amacıyla işlem tesis edildiği, en son tarihli Bakanlık kararnamesinde alanının Matematik 1 (İlköğretim Matematik) olduğu konusunda ihtilaf bulunmayan davacının, Talim ve Terbiye Kurulu Kararları ile belirlenen, lise matematik öğretmenliğine kaynaklık eden bölüm mezunu olmadığı ve lise matematik öğretmenliğine atanabilmek için gerekli lisans öğrenimini tamamlamadığı sürece, ihtiyaç nedeniyle uzun yıllardır liselerde görev yapmasının kendisine herhangi bir kazanılmış hak sağlamayacağı anlaşıldığından, alanına uygun olan ilköğretim okuluna tercihi doğrultusunda atanmasına ilişkin dava konusu işlemde hukuka aykırılık görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle, davalı idarenin temyiz isteminin kabulüyle, Adana 2. İdare Mahkemesince verilen 28.3.2008 günlü, E:2007/1674, K:2008/445 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, 11.2.2009 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

YARGILAMA USULÜ

T.C.
D A N I Ş T A Y
İkinci Daire
Esas No : 2008/1077
Karar No : 2009/365

Özeti : Davacının görev yaptığı okula, kendisiyle aynı branşta bulunan öğretmen atanmasına ilişkin işlemin iptalini istemekte; kişisel, meşru ve aktüel menfaatinin bulunduğu hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan (Davacı) : ...
Vekili **:** Av. ...
Karşı Taraf **:** 1-Milli Eğitim Bakanlığı
2-Malatya Valiliği

İsteğin Özeti : Malatya İdare Mahkemesi'nin 16.11.2007 günlü, E:2007/1839, K:2007/2642 sayılı kararının dilekçede yazılı nedenlerle temyizen incelenerek bozulması isteminden ibarettir.

Cevapların 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 : 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:

Malatya Merkez Turgut Özal Anadolu Lisesi matematik öğretmeni olan davacı, norm kadro fazlası durumuna düşeceği ve ek ders ücreti alamayabileceğinden bahisle ...'in aynı okula matematik öğretmeni olarak atanmasına ilişkin 29.6.2007 gün ve 43580 sayılı işlem ile bu atamanın düzeltilmesi yolundaki başvurusunun reddine ilişkin Malatya Valiliği İl Milli Eğitim Müdürlüğü'nün 27.9.2007 günlü işleminin iptali istemiyle dava açmıştır.

Malatya İdare Mahkemesi'nin 16.11.2007 günlü, E:2007/1839, K:2007/2642 sayılı kararıyla; davacının görevli bulunduğu okula kendi branşında başka bir öğretmenin atanması sonucunda kendisinin norm fazlası durumuna düşebileceği veya ek ders ücreti alamayabileceği durumunun güncel olmadığı, varsayıma dayalı ihtimal dahilinde olduğu, dolayısıyla dava konusu işlemle davacı arasında kişisel, meşru ve güncel menfaat ihlalinin bulunmadığı anlaşıldığından, açılan bu davanın ehliyet yönünden reddi gerektiği gerekçesiyle 2577 sayılı idari Yargılama Usulü Kanununun 14/3-c ve 15/1-b maddesi uyarınca davanın ehliyet yönünden reddine karar verilmiştir.

Davacı; hukuka uygun olmayan dava konusu atama işlemi nedeniyle şahsının hak ve menfaatlerinin doğrudan ihlal edildiğini ileri sürmekte ve mahkeme kararının temyizen incelenerek bozulmasını istemektedir.

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 2. maddesinin (a) fıkrasında idari işlemler hakkında yetki, şekil, sebep, konu ve maksat yönlerinden biri ile hukuka aykırı olduklarından dolayı iptalleri için menfaatleri ihlal edilenler tarafından açılan davalar iptal davaları olarak tanımlanmış ve subjektif ehliyet koşulu menfaat ihlali olarak yer almıştır.

Öte yandan, gerek doktrinde gerek yargı içtihatlarında iptal davası açılabilmesi için menfaat ihlali koşulu subjektif ehliyet koşulu olarak kabul edilmekte ve genelde kişisel, meşru ve güncel bir menfaatin varlığı ve bunun ihlali menfaat ilişkisinin kurulmasında yeterli sayılmaktadır. Davanın niteliğine ve özelliğine göre, idari yargı yerlerince davacının idari işlemle ciddi ve makul bir ilişkisinin bulunduğunun anlaşılması dava açma ehliyetinin varlığı için yeterli görülmektedir.

Dosyanın incelenmesinden, davacı tarafından matematik öğretmeni olarak görev yaptığı Malatya Turgut Özal Anadolu Lisesi'ne, aynı İl Kubilay Lisesi matematik öğretmeni ...'in Fen, Sosyal Bilimler, Spor, Güzel Sanatlar, Anadolu Öğretmen ve Anadolu İmam Hatip Liseleri sınavında başarılı olduğundan 29.6.2007 günlü Bakanlık işlemiyle atanması üzerine norm kadro fazlası konuma getirildiği ileri sürülerek söz konusu atamanın ve bu atamanın düzeltilmesi yolundaki başvurusunun reddine ilişkin işlemin iptali için bakılan davanın açıldığı anlaşılmaktadır.

Olayda, davacının görev yaptığı Turgut Özal Anadolu Lisesindeki mevcut matematik öğretmeni sayısı ile matematik öğretmenliği norm kadronun ...in bu okulda görevde başladığı sırada 6 olduğu, dava konusu atama işlemi sonucu okuldaki matematik öğretmeni sayısının 7' ye yükselmesiyle birlikte davacının hizmet puanı itibariyle norm kadro fazlası olma durumuyla karşı karşıya kaldığı, söz konusu okulun matematik branşındaki öğretmelerden hizmet puanı az olanın norm kadro fazlası durumda olacağı dikkate alındığında, davacının kişisel, meşru ve aktüel menfaatinin, dava konusu atamadan hiç etkilenmeyeceğini söylemek olanaksızdır.

Bu durumda, davacının, görev yaptığı okula kendisiyle aynı branşta bulunan ...'in atanmasına ilişkin işlemin iptalini istemekte kişisel, meşru ve aktüel menfaati bulunduğundan, dava konusu uyuşmazlığın esası hakkında bir karar verilmesi gerekirken, davanın ehliyet yönünden reddine ilişkin İdare Mahkemesi kararında hukuki isabet bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle, davacının temyiz isteminin kabulüyle Malatya İdare Mahkemesi'nce verilen 16.11.2007 günlü, E:2007/1839, K:2007/2642 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, 30.1.2009 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

ÜÇÜNCÜ DAİRE KARARLARI

GELİR VERGİSİ

T.C.
D A N I Ş T A Y
Üçüncü Daire
Esas No : 2008/4746
Karar No : 2009/190

Özeti : 193 sayılı Gelir Vergisi Kanunu'nun geçici 67'nci maddesi'nin, (5) işaretli bendi ile gerek kendi kanunlarında gerek özel kanunlarında gelir ve kurumlar vergisinden muaf oldukları belirtilen kurum ve kuruluşlarca, çeşitli finansal araçlardan elde edilen gelirlerin, nihai olarak kaynakta vergilendirilmesi amaçlandığından, davacı organize sanayi bölgesine ait mevduat hesabından elde edilen faiz geliri üzerinden kesinti yoluyla ödenen gelir vergisinde, hukuka aykırılık bulunmadığı hakkında.

Temyiz Eden **:** Çiğli Vergi Dairesi Müdürlüğü
Karşı Taraf **:** ... Organize Sanayi Bölgesi
Vekili **:** Av. ...

İstemin Özeti **:** Davacı kuruma ait mevduat hesabından elde edilen faiz geliri üzerinden ilgili banka şubesince 193 sayılı Gelir Vergisi Kanununun geçici 67'nci maddesi uyarınca kesinti yoluyla ödenen gelir vergisinin terkini ve iadesi istemiyle açılan davada; 1.1.2006 tarihinde yürürlüğe giren 5281 sayılı Kanunun 30'uncu maddesiyle Gelir Vergisi Kanununa eklenen geçici 67'nci maddesinin (5) işaretli fıkrasında, gelir sahibinin gerçek veya tüzel kişi ya da vergiden muaf olup olmamasına bakılmaksızın maddede düzenlenen geliri elde eden herkesin tevkifata tabi olacağının öngörülmesine karşın 4562 sayılı Organize Sanayi Bölgeleri Kanununun 21'inci maddesinde, organize sanayi bölgeleri tüzel kişiliğinin bu Kanunun uygulanması ile ilgili işlemlerde her türlü vergi, resim ve harçtan muaf olduğunun hükme bağlandığı dikkate alındığında, 4562 sayılı Kanunun özel kanun niteliğinde olması ve daha sonra yürürlüğe giren genel kanunun daha önceki özel kanun karşısında uygulanabilmesi için, genel kanunda, özel kanunun ilgili hükümlerinin kaldırıldığına dair açık hüküm bulunması gerektiği halde, daha sonra yürürlüğe giren ve genel kanun niteliğinde olan Gelir Vergisi Kanununun geçici 67'nci maddesinde 4562 sayılı Kanunun ilgili hükmünün kaldırıldığına ilişkin düzenleme olmadığı anlaşıldığından davacı kurumun tüm vergilerden muaf olduğu gözardı edilerek yapılan tevkifatta hukuka uygunluk bulunmadığı gerekçesiyle gelir vergisinin kaldırılmasına ve iadesine karar veren İzmir 3. Vergi Mahkemesinin 29.5.2008 gün ve E:2007/1304, K:2008/715 sayılı kararının; davacı kuruma 4562 sayılı Kanunla tanınan vergi muafiyetinin Gelir Vergisi Kanununun geçici 67'nci maddesinin (5) işaretli fıkrası ile kaldırıldığı ileri sürülerek bozulması istenmiştir.

Savunmanın Özeti **:** Temyiz isteminin reddi gerektiği savunulmuştur.

Tetkik Hakimi **:** Ümit KOCATEPE

Düşüncesi **:** 193 sayılı Gelir Vergisi Kanununa 5281 sayılı Kanunun 30'uncu maddesiyle eklenen geçici 67'nci maddesinin (5) işaretli fıkrasıyla, gelir sahibinin vergiden muaf olup olmamasının madde gereğince yapılacak tevkifatı etkilemeyeceği hükme

bağlandığından, tevkifata tabi olduğu açık olan davacı kurumun faiz geliri üzerinden yapılan tevkifatın kaldırılmasına, red ve iadesine karar veren vergi mahkemesi kararının bozulması gerektiği düşünülmektedir.

Savcı **:** Sefer YILDIRIM

Düşünces **:** Davacı kurumun bankadaki mevduat hesabından elde ettiği faiz geliri üzerinden tevkif suretiyle kesilen gelir vergisinin ret ve iadesi istemiyle açılan davayı kabul eden mahkeme kararı temyiz edilmektedir.

Davacı kuruma ait Türkiye Ziraat Bankası … Organize Sanayi Bölgesi Şubesindeki mevduat hesabından elde edilen faiz gelirinin 1.1.2006 tarihinden itibaren tevkifata tabi tutulması 193 sayılı Gelir Vergisi Kanununa 5281 sayılı Kanunun 30 maddesiyle eklenen Geçici 67. maddesinin 7. fıkrasının 4 ve 5. bendi hükümleri gereği olduğundan davacı derneğin kuruluş kanunu uyarınca her türlü gelirinin vergi, resim ve harçtan muaf olduğu gerekçesiyle davanın kabulü yolunda verilen kararda yasal isabet görülmemiştir.

Gelir Vergisi Kanununun 94. maddesinin 8. bendinin parantez içi hükmü ile 1.1.2005 tarihinde mevduat faizleri elde eden bazı kurum ve kuruluşlarla birlikte davacı kuruma tanınan vergi muafiyetinin 5281 sayılı Kanunla Gelir Vergisi Kanununa eklenen Geçici 67. maddesi ile 1.1.2006 tarihi itibariyle kaldırılması karşısında mahkemece sonradan çıkan kanunun uygulamadaki önceliğinin gözardı edilmeside hukuka uygun bulunmamıştır.

Açıklanan nedenlerle temyiz isteminin kabulü ile mahkeme kararının bozulması gerektiği düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Üçüncü Dairesince işin gereği görüşülüp düşünüldü:

Davacı kuruma ait mevduat hesabından elde edilen 352.584 TL faiz üzerinden banka şubesince 193 sayılı Gelir Vergisi Kanununun 67'nci maddesinin (4) numaralı fıkra hükmü gereğince %15 oranında yapılan tevkifatın kaldırılmasına ve iadesine karar veren vergi mahkemesi kararı temyiz edilmiştir.

Vergi tevkifatı müessesesini düzenleyen 193 sayılı Gelir Vergisi Kanununun 94'üncü maddesinin 1'inci fıkrasında, kamu idare ve müesseseleri, iktisadi kamu müesseseleri, sair kurumlar, ticaret şirketleri, iş ortaklıkları, dernekler, vakıflar, dernek ve vakıfların iktisadi işletmeleri, kooperatifler, yatırım fonu yönetenler, gerçek gelirini beyan etmeye mecbur olan ticaret ve serbest meslek erbabı, zirai kazançların bilanço veya zirai işletme hesabı esasına göre tespit eden çiftçilerin, maddede bentler halinde sayılan ödemeleri (avans olarak ödenenler dahil) nakden veya hesaben yaptıkları sırada, istihkak sahiplerinin gelir vergilerine mahsuben tevkifat yapmaya mecbur oldukları kurala bağlanmış, sözü edilen fıkranın (8) işaretli bendinde de, banka mevduat faizlerinden tevkifat yapılacağı belirtildikten sonra aynı Kanuna 5281 sayılı Kanunun 30'uncu maddesiyle eklenen ve 1.1.2006 tarihinden itibaren yürürlüğe giren geçici 67'nci maddenin 4'üncü fıkrasında, bankalar arası mevduat ile aracı kurumların borsa piyasalarında değerlendirdikleri kendilerine ait paralarına yürütülen faizler hariç olmak üzere, 75'inci maddenin 2'nci fıkrasının (7), (12) ve (14) numaralı bentlerinde yazılı menkul sermaye iratlarından, ödemeyi yapanlarca %15 oranında vergi tevkifatı yapılacağı, 5'inci fıkrasında ise, gelir sahibinin gerçek veya tüzel kişi ya da dar veya tam mükellef olmasının, vergi mükellefiyetinin bulunup bulunmamasının, vergiden muaf olup olmamasının ve elde edilen kazancın vergiden istisna olup olmamasının (1), (2), (3) ve (4) numaralı fıkra hükümleri uyarınca yapılacak tevkifatı etkilemeyeceği hüküm altına alınmış,maddenin 19'uncu fıkrasında ise, bu madde hükümlerinin 31.12.2015 tarihine kadar uygulanacağı belirtilmiştir.

Kanun koyucunun söz konusu düzenleme ile gerek vergi kanunlarında gerekse özel kanunlarında gelir ve kurumlar vergisinden muaf oldukları belirtilen kurum ve kuruluşlarca çeşitli finansal araçlardan elde edilen gelirlerin nihai olarak kaynakta vergilendirilmesini amaçladığı dikkate alındığında, davacı organize sanayi bölgesinin banka mevduat faizi

üzerinden 8.10.2007 tarihinde gelir vergisi tevkif edilmesi, tevkifatın yapıldığı tarihte yürürlükte bulunan ve kuralına yukarıda yer verilen geçici madde hükümlerinin gereği olup değinilen bu geçici madde hükümleri uyarınca gelir sahibinin vergiden muaf olup olmaması dava konusu menkul sermaye iradı üzerinden yapılacak tevkifatı etkilemeyeceğinden, vergi mahkemesince 4562 sayılı Kanunun 21'inci maddesi gereğince bu Kanunun uygulanması ile ilgili işlemlerde organize sanayi bölgesi tüzelkişiliğinin her türlü vergiden muaf olduğuna ilişkin düzenlemesi esas alınarak verilen kararda hukuka uygunluk görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle, temyiz isteminin kabulü ile İzmir 3. Vergi Mahkemesinin 29.5.2008 gün ve E:2007/1304, K:2008/715 sayılı kararının bozulmasına, 492 sayılı Harçlar Kanunun 13'üncü maddesinin (j) bendi parantez içi hükmü uyarınca alınması gereken harç dahil olmak üzere yargılama giderlerinin yeniden verilecek kararda karşılanması gerektiğine 28.1.2009 gününde oybirliğiyle karar verildi.

KAMU ALACAKLARININ TAHSİLİ

T.C.
D A N I Ş T A Y
Üçüncü Daire
Esas No : 2007/1279
Karar No : 2008/3820

Özeti : Vergi kanunlarında ve 2577 sayılı Yasa'da, yargı yerlerince yükümlülere iadesine karar verilen vergiler nedeniyle, yükümlüler lehine faiz uygulanmasını öngören bir düzenleme bulunmadığından, davacıya banka hesaplarından haksız alınan tutar üzerinden yasal faiz ödenmesi yolunda verilen kararın, hukuka uygun olmadığı hakkında.

Temyiz Eden **:** Efeler Vergi Dairesi Müdürlüğü
Karşı Taraf **:** ...
Vekili **:** Av. ...
İstemin Özet **:** Yönetim kurulu üyesi olduğu ... Gıda Hayvancılık Ambalaj Dayanıklı Tüketim Malları Sanayi ve Ticaret Anonim Şirketinin vergi borçları nedeniyle davacının banka hesabına uygulanan haczin kaldırılması ve banka hesabından idarece çekilen tutarın yasal faiziyle iadesi istemiyle açılan davada Danıştay Üçüncü Dairesinin bozma kararı uyarınca yapılan inceleme sonucu; 6183 sayılı Yasanın 64'üncü maddesinde, haciz işlemlerinin haciz varakalarına dayanılarak uygulanacağı öngörüldüğünden, vergi borçlusu tüzel kişinin mal varlığından tamamen ya da kısmen tahsil edilemeyen kamu alacağının tahsili amacıyla kanuni temsilcinin mal varlığına haciz uygulanabilmesi için adına usulüne uygun biçimde haciz varakası düzenlenmesinin zorunlu olduğu; bozma kararı uyarınca mahkemelerince verilen ara kararı üzerine idarece gönderilen 4.12.2006 günlü cevabi yazıda şirketin vergi borçlarının tahsili amacıyla düzenlenmiş haciz varakası bulunmadığı bildirildiğinden, dayanağı bulunmayan haczin hukuka uygun görülmediği, diğer taraftan hukuk devletinde idarenin hukuka aykırı işlem ve eylemlerinden zarar görenlerin bu zararlarının tazmin edilmesinin "hukuk devleti" ilkesinin gereği olduğu, bu nedenle oluşan zararın karşılanmasını öngören bir yasal düzenlemeye ihtiyaç bulunmadığı, davacıdan hukuka aykırı olarak vergi tahsil ettiği mahkemelerince verilen kararla hükme bağlanan vergi

idaresinin haksız tahsil ettiği vergi nedeniyle davacının uğradığı zararı tazmin etmesi gerektiği gerekçesiyle haciz işlemini iptal ederek, davacının banka hesaplarından çekilen tutarın yasal faiziyle iadesine karar veren Aydın Vergi Mahkemesinin 14.12.2006 gün ve E:2006/1062, K.2006/1205 sayılı kararının; davacının banka hesabına haciz uygulandığının borçlu şirkete bildirildiği tarihte şirketin yönetim kurulu üyesi olduğu ve hacze karşı süresi içinde dava açmadığı, vergi mahkemesince bu durum dikkate alınmadan karar verildiği, şirket tüzel kişiliğine ait gayrimenkullerin satışından elde edilen gelirin vergi borçlarını karşılamadığı, haczin hukuka uygun olduğu, davacının 213 sayılı Yasanın 112'nci maddesinin 4'üncü bendine göre düzeltme ve iade talebiyle başvuruda bulunmadığı ileri sürülerek bozulması istenmiştir,

Savunmanın Özeti **:** Savunma verilmemiştir.

Tetkik Hakimi **:** Sibel KORUCU

Düşüncesi **:** Temyiz dilekçesinde ileri sürülen iddialar Vergi Mahkemesi kararının bozulmasını sağlayacak durumda bulunmadığından, temyiz isteminin reddi gerektiği düşünülmektedir.

Savcı **:** Sevil BOZKURT

Düşüncesi **:** Temyiz dilekçesinde öne sürülen hususlar,2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 49 uncu maddesinin 1 inci fıkrasında belirtilen nedenlerden hiçbirisine girmediğinden temyiz isteminin reddi ile Danıştay Üçüncü Dairesinin bozma kararına uyularak yapılan inceleme sonucu verilen Mahkeme kararının onanması gerektiği düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Üçüncü Dairesince işin gereği görüşülüp düşünüldü:

Temyiz istemine konu yapılan kararın davacının banka hesaplarına uygulanan haczin iptaline ve tahsil edilen tutarın iadesine ilişkin hüküm fıkrası; dayandığı hukuksal nedenler ve gerekçe uyarınca Dairemizce de uygun görülmüştür.

Danıştay veya vergi mahkemeleri tarafından yükümlülere iadesine karar verilen vergilere, yükümlü lehine kanuni faiz uygulamasını öngören herhangi bir düzenleme, gerek vergi kanunlarında gerekse 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununda yer almamaktadır. 2577 sayılı Yasanın 28'inci maddesinin 6'ncı fıkrasında yer alan; tazminat ve vergi davalarında kararın idareye tebliğinden itibaren infazın gecikmesi sebebiyle idarece kanuni gecikme faizi ödeneceği kuralı, davadan sonraki aşamaya ilişkindir. Borçlar Kanununun 103 ve devamı maddeleriyle Türk Ticaret Kanununda yer alan; geri alma davalarıyla sair alacak davalarında kanuni faize de hükmolunmasını öngören kuralların ise kamu hukuku alanında yer alan ve niteliği itibarıyla bir alacak davası olmayan vergilere uygulanma olanağı yoktur. Herhangi bir yasal dayanağı bulunmaksızın faiz istemini yazılı gerekçeyle sonuçlandıran vergi mahkemesi kararının bu konudaki hüküm fıkrasında hukuka uygunluk bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle temyiz isteminin kısmen reddi ile Aydın Vergi Mahkemesinin 14.12.2006 gün ve E:2006/1062, K:2006/1205 sayılı kararının; haciz işleminin iptaline ve tahsil edilen tutarın iadesine ilişkin hüküm fıkrasının onanmasına, yasal faiz istemine ait hüküm fıkrasına yöneltilen temyiz isteminin kabulü ile kararın değinilen hüküm fıkrasının 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 2.12.2008 gününde oyçokluğuyla karar verildi.

KARŞI OY

X- Temyiz dilekçesinde ileri sürülen iddialar dayandığı hukuki nedenler ve gerekçe karşısında vergi mahkemesi kararının yasal faiz istemine ait hüküm fıkrasının bozulmasını gerektirecek nitelikte görülmediğinden, temyiz isteminin değinilen hüküm fıkrası yönünden de reddi gerektiği görüşüyle karara bu yönden katılmıyorum.

T.C.
D A N I Ş T A Y
Üçüncü Daire
Esas No : 2007/2088
Karar No : 2008/4080

Özeti : Kamu borcu karşılığında, müşterek borçlu ve müteselsil kefil tarafından teminat olarak gösterilen taşınmazın haczedilebileceği hakkında.

Temyiz Eden **:** Vergi Dairesi Müdürlüğü
Karşı Taraf **:** ...
İstemin Özeti **:** Vergi borçlusu ...'ın banka hesaplarına konulan hacizlerin kaldırılması için davacının 10.5.2002 gün ve 4848 sayılı kefalet senediyle 15.000 lira vergi borcu ve bu borçtan doğan gecikme zammının tahsil dairesince istenildiği zaman müşterek borçlu ve müteselsil kefil sıfatıyla ödemeyi taahhüt etmesine karşın ödemede bulunulmaması nedeniyle teminat olarak gösterdiği gayrimenkule uygulanan haczi; olayda, davacının tek meskenine haciz tatbik edildiği tartışmasız olup, davacının evinin değerinin amme borcundan fazla olmadığı, satılması halinde bedelinden haline münasip bir yer alınabilecek tutarın kendisine bırakılma olanağı da bulunmadığı gerekçesiyle iptal eden Balıkesir Vergi Mahkemesinin 7.2.2007 gün ve E:2006/549, K:2007/51 sayılı kararının; davacının, uyuşmazlık konusu gayrimenkulünü teminat olarak göstermesi ile idareye söz konusu gayrimenkule haciz uygulanması iznini verdiği ileri sürülerek bozulması istenmiştir.
Savunmanın Özeti **:** Savunma verilmemiştir.
Tetkik Hakimi **:** Berent ARASLI
Düşüncesi **:** Temyiz dilekçesinde ileri sürülen iddialar Vergi Mahkemesi kararının bozulmasını sağlayacak durumda bulunmadığından, temyiz isteminin reddi gerektiği düşünülmektedir.
Savcı **:** Sevil BOZKURT
Düşüncesi **:** 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsili Usulü Hakkında Kanununun 70.maddesinin 11 numaralı bendinde, borçlunun haline münasip evinin haczedilemeyeceği ,ancak evin değeri fazla ise bedelinden haline münasip bir yer alınabilecek miktarı borçluya bırakılmak üzere haczedilerek satılabileceği belirtilmiş olup, borçlunun kendisinin ve ailesinin kullandığı, haline münasip evinin haczedilemeyeceği, evin haline münasip bir yerden daha fazla değere sahip olması durumunda ise maddede düzenlenen koşullar dahilinde haczedilebileceği öngörülmüştür. Bu düzenlemeye göre, borçlunun evinin haline münasip bir yerden daha fazla değere sahip olduğunun alacaklı amme idaresince tespit edilmesi gerekirken idarece, bu yönde yapılmış bir tespit olmaksızın borçlunun evine haciz uygulanmasında yasaya uygunluk bulunmadığından davalı idare temyiz isteminin reddi gerektiği düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Üçüncü Dairesince işin gereği görüşülüp düşünüldü:

Bekir Duman'a ait 15.000 lira vergi borcu ve bu borçtan doğan gecikme zammını tahsil dairesince istenildiği zaman ödemeyi müşterek borçlu ve müteselsil kefil sıfatıyla kabul ve taahhüt eden davacının, teminat olarak gösterdiği gayrimenkule uygulanan haczi kaldıran vergi mahkemesi kararı temyiz edilmiştir.

6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanunun; amme alacağının cebren tahsilini ve cebren tahsil ve takip esaslarını düzenleyen ikinci kısım birinci bölümünde yer alan 54'üncü maddesinde, ödeme müddetinde ödenmeyen amme alacağının tahsil dairesince cebren tahsil edileceği kurala bağlandıktan sonra, amme borçlusu tahsil dairesine

teminat göstermişse, teminatın paraya çevrilmesi ya da kefilin takibi suretiyle cebren tahsilat yapılacağı hükmüne yer verilmiş, 56'ncı madde ile de, karşılığında teminat gösterilmiş bulunan amme alacağının bildirime rağmen ödenmemesi halinde, teminatın bu kanun hükümlerine göre paraya çevrilerek amme alacağının tahsili öngörülmüştür. Yasanın 70'inci maddesinde ise haczedilemeyecek mallarla ilgili düzenleme yapılarak 11'inci bent hükmü ile, borçlunun haline münasip evinin, ancak evinin değeri fazla ise bedelinden haline münasip bir yer alınabilecek miktarı borçluya bırakılmak üzere haczedilebileceği kurala bağlanmıştır.

Bandırma 2'nci Noterince düzenlenen 10.5.2002 tarih ve 4848 numaralı kefalet senedi ile ...'a ait 15.000 lira vergi borcu ve bu borçtan doğan gecikme zammını, müşterek borçlu ve müteselsil kefil sıfatıyla ödemeyi taahhüt eden davacının teminat olarak gösterdiği gayrimenkule vergi borçlarının ödenmemesi nedeniyle uygulanan haciz, 6183 sayılı Yasanın 70'inci maddesinin 11'inci bendi kapsamına giren gayrimenkulün haczedilemeyeceği iddiasıyla dava konusu edilmiş ve vergi mahkemesince de değinilen kurala dayanılarak haczin kaldırılmasına karar verilmiştir. Ancak söz konusu taşınmaz, asıl borçlunun, mal bildiriminde gösterdiği veya tahsil dairesince tespit edilen bir taşınmaz olmayıp, aksine kefalet senedine istinaden rızaen teminat olarak gösterilen ve borcun ödenmemesi halinde haczedilebileceği baştan kabul edilen bir taşınmaz olup borçlunun iradesi dışında cebren uygulanan hacze karşı ileri sürülebilecek olan haczedilemezlik iddiası olayda dikkate alınamayacağından, vergi mahkemesince 6183 sayılı Yasanın 70'inci maddesinin 11'inci bendi uyarıncahaczin kaldırılmasına karar verilmesi hukuka uygun düşmediğinden kararın bozulması gerekmiştir.

Açıklanan nedenlerle temyiz isteminin kabulüne, Balıkesir Vergi Mahkemesinin 7.2.2007 gün ve E:2006/549, K:2007/51 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, 18.12.2008 gününde oybirliğiyle karar verildi.

T.C.
D A N I Ş T A Y
Üçüncü Daire
Esas No : 2007/5017
Karar No : 2009/571

Özeti : Limited şirket ortağının 6183 sayılı Yasa'nın 35'inci maddesine göre takip edilebilmesi için, kamu alacağının sorumlu sıfatıyla kendisinden tahsil edileceğinin ortağa duyurulmasından önce; borcun, tüzel kişiye usulüne uygun biçimde tebliğ edilmesi, kesinleşmiş olmasına rağmen vadesinde ödenmemiş olması ve tüzel kişinin takip edilmesine rağmen, kamu alacağının tüzel kişinin mal varlığından tamamen veya kısmen tahsil edilememiş olması gerektiği hakkında.

Temyiz Eden : ...
Vekili : Av. ...
Karşı Taraf : Vergi Dairesi Müdürlüğü
İstemin Özeti : Ortağı bulunduğu limited şirketin ödenmeyen vergi ve ceza borçlarının tahsili amacıyla 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanunun 35'inci maddesi uyarınca düzenlenen ödeme emirlerine karşı açılan davada; davacının ortağı

olduğu ... Nakliyat Turizm Tarım Ürünleri İnşaat Sanayi ve Ticaret Limited Şirketinin 2000 yılı hesaplarının incelenmesi sonucu salınan vergi ve kesilen cezaların vadesinde ödenmemesi nedeniyle şirket adına düzenlenen ödeme emirlerinin iş yeri adresine tebligata çıkarıldığı ancak tebliğ edilemediği ve hakkında yapılan mal varlığı araştırmalarından yüksek miktardaki vergi borçlarının tahsil imkanı bulunmadığının anlaşılması üzerine zaman aşımı süresi içinde davacı adına şirketteki payına göre ödeme emri düzenlendiği, şirketin kesinleşen vergi borçlarının tahsili amacıyla 6183 sayılı Yasanın 35'inci maddesi gereği davacı adına ödeme emri düzenlenmesinde yasaya aykırılık bulunmadığı, 213 sayılı Vergi Usul Kanununun 344'üncü maddesinin 2'nci fıkrası Anayasa Mahkemesinin 6.1.2005 gün ve E:2001/3, K:2005/4 sayılı kararıyla iptal edilmesi karşısında, cezanın gecikme faizini içeren kısmının ödeme emriyle istenmesinin hukuka uygun düşmediği gerekçesiyle ödeme emirlerinin; vergi ziyaı cezasının gecikme faizini içeren kısmını iptal eden, diğer kısımları yönünden davayı reddeden Balıkesir Vergi Mahkemesinin 19.9.2007 gün ve E:2007/273, K:2007/732 sayılı kararının; ödeme emrine konu alacağın şirket temsilcisi Hakan Sukayar'ın şirketi şahsi çıkarı için kullanmasından kaynaklandığı, kamu alacağının şirket temsilcisine usulüne uygun duyurulup, şirketten tahsil imkanı kalmadığı saptanmadan düzenlenen ödeme emrinde yasaya uygunluk bulunmadığı ileri sürülerek bozulması istenmiştir.

Savunmanın Özeti : Temyiz isteminin reddi gerektiği savunulmuştur.

Tetkik Hakimi : Pelin AKÇA

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:

6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanunun 35'inci maddesinin uyuşmazlık döneminde yürürlükte bulunan şeklinde limited şirket ortaklarının, şirketten tahsil olanağı bulunmayan kamu alacağından sermaye payları oranında doğrudan doğruya sorumlu olacağı ve bu Kanun hükümleri gereğince takibe tabi tutulacağı kurala bağlanmıştır.

Sözü edilen düzenlemeye göre, Vergi Usul Kanunu kapsamındaki vergi ve buna bağlı alacaklarda limited şirket ortaklarının 6183 sayılı Yasanın 35'inci maddesine göre takibi gerekmekte olup, bir tüzel kişinin ortağının sorumlu tutularak, sözü edilen hüküm uyarınca takip edilebilmesi için kamu alacağının sorumlu sıfatıyla kendisinden tahsil edileceğinin ortağa duyurulmasından önce borcun tüzel kişiye usulüne uygun biçimde tebliğ edilmesi, uyuşmazlık yaratılmak suretiyle ya da uyuşmazlık yaratılmaksızın kesinleşmiş bulunmasına rağmen vadesinde ödenmemiş olması, bu nedenlerle tüzel kişinin 6183 sayılı Yasanın 54, 55 ve müteakip maddeleri uyarınca takip edilmesi ve bütün bunlara rağmen kamu alacağının tüzel kişinin mal varlığından tamamen veya kısmen tahsil edilememiş olması gerekir.

Davaya konu yapılan ödeme emrinde yer alan kamu alacağının gerçek borçlusu limited şirketin mal varlığından tahsil imkanı bulunmadığı neden gösterilerek davacı adına şirketteki payına göre ödeme emri düzenlendiği anlaşılmakta ise de dosyada mevcut şirket tüzel kişiliği adına 27.2.2006 tarihinde düzenlenmiş ve ne şekilde tebliğ edildiği de anlaşılamayan ödeme emirlerinin, dava konusu ödeme emirleriyle aynı tarihli olduğu görülmüş ve dosyaya; şirketin daha önceki vergi borçları nedeniyle 2000-2005 yıllarında

yapılan mal varlığı araştırmasına yönelik yazılar ile davacı adına takibe başlandıktan sonraki bir tarihli mal varlığı araştırma yazısı sunulmuştur.

Davacının ortak sıfatıyla sorumlu tutularak 6183 sayılı Yasanın 35'inci maddesi uyarınca takip edilebilmesi için dava konusu ödeme emirlerinin duyurulmasından önce, borcun şirket tüzel kişiliğine duyurulması ve tüzel kişiden takibine ilişkin yukarıda açıklanan koşulların gerçekleşip gerçekleşmediği saptandıktan sonra davanın sonuçlandırılması gerekirken, bu yönde bir inceleme yapılmaksızın, yazılı gerekçeyle verilen vergi mahkemesi kararında hukuka uygunluk bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle temyiz isteminin kabulüyle Balıkesir Vergi Mahkemesinin 19.9.2007 gün ve E:2007/273, K:2007/732 sayılı kararının bozulmasına, yargılama giderlerinin yeniden verilecek kararda karşılanması gerektiğine, 26.2.2009 gününde oybirliğiyle karar verildi.

T.C.
D A N I Ş T A Y
Üçüncü Daire
Esas No : 2008/1161
Karar No : 2009/929

Özeti : Limited şirketin doğmuş ve doğacak vergi borçları ile kanuni faizlerini kabul ve taahhüt eden davacının, idareye verdiği taahhütnamenin geçerli sayılmaması yolunda yaptığı başvurunun reddine yönelik işlemde, kanuna aykırılık bulunmadığı hakkında.

Temyiz Eden **:** ...
Karşı Taraf **:** Vergi Dairesi Müdürlüğü
İstemin Özeti **:** Davacının, ... Ticaret Limited Şirketinin doğmuş ve doğacak vergi borçları ve kanuni faizlerine kefil olduğunu 11.8.2000 gün ve 15892 yevmiye numaralı taahhütname ile kabul ve taahhüt etmesine karşın sözü edilen taahhütnamenin geçerli sayılmaması istemiyle yaptığı başvurunun davalı idarece reddi yolunda tesis edilen işleme karşı açılan davayı; idarece, sözü edilen taahhütname uyarınca şirketin ödenmeyen vergi borcu nedeniyle davacı adına ödeme emri düzenlendiği, ödeme emrinin kesinleşmesi üzerine davacının gayrimenkulüne haciz konulduğu, bu aşamaları müteakip davacının, kefalet senedinde borç tutarının gösterilmediği, taahhütnamenin kefalet senedi sayılmaması gerektiği iddialarıyla taahhütnamenin geçerli sayılmaması istemiyle yaptığı başvurunun reddi üzerine dava açılmış ise de, davacının Aliağa 1. Noterliğince düzenlenen 11.8.2000 tarihli taahhütnamede ... Ticaret Limited Şirketinin doğmuş, doğacak tüm vergi borçları ile kanuni faizlerine kefil olduğunu açıkca belirttiği anlaşıldığından taahhüt doğrultusunda şirket borçlarının davacıdan istenilmesinde yasaya aykırılık bulunmadığı gerekçesiyle reddeden İzmir 1. Vergi Mahkemesinin 21.9.2007 gün ve E:2007/636, k:2007/897 sayılı kararının; kefil olunan tutarın belirlenmemesi nedeniyle şahsi kefalet senedinin geçerli olmadığı ileri sürülerek bozulması istenmiştir.
Savunmanın Özeti **:** Temyiz isteminin reddi gerektiği savunulmuştur.
Tetkik Hakimi **:** Berent ARASLI
Düşüncesi **:** Temyiz dilekçesinde ileri sürülen iddialar Vergi Mahkemesi kararının bozulmasını sağlayacak durumda bulunmadığından, temyiz isteminin reddi gerektiği düşünülmektedir.
Savcı **:** Sefer YILDIRIM

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

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

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Üçüncü Dairesince işin gereği görüşülüp düşünüldü:

Dayandığı hukuki ve kanuni nedenlerle gerekçesi yukarıda açıklanan Vergi Mahkemesi kararı, aynı gerekçe ve nedenlerle Dairemizce de uygun görülmüş olup, temyiz istemine ilişkin dilekçede ileri sürülen iddialar sözü geçen kararın bozulmasını sağlayacak durumda bulunmadığından, temyiz isteminin reddine ve kararın onanmasına, davacıdan 492 sayılı Harçlar Kanununa bağlı (3) sayılı Tarife uyarınca 32.20 lira maktu harç alınmasına, 18.3.2009 gününde oybirliğiyle karar verildi.

KATMA DEĞER VERGİSİ

T.C.
D A N I Ş T A Y
Üçüncü Daire
Esas No : 2008/815
Karar No : 2009/78

Özeti : Davacı tarafından, trafik sicilinde adına kayıt ve tescil ettirilerek iktisap edilen ve kullanılmış olanların tesliminde uygulanan indirimli oranlı katma değer vergisi hesaplanarak satılan binek otomobillerin, davacı işletmeye ait olduğu ve kiralama veya işletme amacıyla kullanılmadığı anlaşıldığından, 3065 sayılı Yasa'nın 30'uncu maddesi'nin (b) bendi uyarınca, taşıtların davacıya teslimi dolayısıyla %18 oranında hesaplanan ve alış faturalarında gösterilen katma değer vergisinin indirim konusu yapılamayacağı hakkında.

Temyiz Eden : Seyhan Vergi Dairesi Müdürlüğü
Karşı Taraf : ... Petrol Ürünleri Sanayi ve Ticaret Limited Şirketi
Vekili : Av. ...

İstemin Özeti : Otomotiv ve petrol ürünleri ticareti yapan davacı şirketin binek otomobil alışına ilişkin faturalarda gösterilen katma değer vergisinin indirimleri kabul edilmeyerek adına Eylül 2003 dönemi için re'sen salınan bir kat vergi ziyaı cezalı katma değer vergisini; özel tüketim vergisine ilişkin hurda araç indiriminden yararlanmak ve bu suretle maliyet düşürülüp, indirim alıcılara yansıtılarak satışlarının artırılması amacıyla taşıtların satın alındığı tartışmasız olup, satın alınan 60 otomobilin, davacı şirketin ihtiyaçlarının çok üzerinde olması, alıcıların otomobilleri kullanılmamış olarak aldıklarını ifade etmeleri ve söz konusu otomobillerin davacı tarafından alındıktan çok kısa bir süre sonra satılması karşısında taşıtların binek oto olarak değil, satılmak üzere ticari emtia olarak alındığının kabulü gerektiği, bu durumda alış belgelerinde gösterilen katma değer vergisinin

indirim konusu yapılmasında 3065 sayılı Katma Değer Vergisi Kanununun 30'uncu maddesinin (b) bendine aykırılık bulunmadığından, söz konusu indirimlerin reddi suretiyle yapılan tarhiyatta hukuka uygunluk görülmediği, ancak otomobillerin davacı tarafından kullanılmamış durumda satılması nedeniyle %18 oranında hesaplanması gereken katma değer vergisinin davacıdan aranabileceği gerekçesiyle kaldıran Adana 1. Vergi Mahkemesinin 4.1.2008 gün ve E:2007/1070, K:2008/3 sayılı kararının; Katma Değer Vergisi Kanununun 30'uncu maddesi uyarınca davacı şirketin trafik tescillerini adına yaptırarak satın aldığı otomobillere ilişkin faturalarda yer alan katma değer vergisini indirim konusu yapamayacağı ileri sürülerek bozulması istenmiştir.

Savunmanın Özeti **:** Temyiz isteminin reddi gerektiği savunulmuştur.

Tetkik Hakimi **:** Pelin AKÇA

Düşüncesi **:** Olayda, binek otomobil olduğunda tartışma bulunmayan taşıtları trafik sicilinde adına kayıt ve tescil ettirerek iktisap ettiği anlaşılan davacı şirketin kiralama veya işletme amacıyla kullanmadığı taşıtların alış faturalarında gösterilen katma değer vergisinin indirim konusu yapılması, 3065 sayılı Yasanın 30'uncu maddesinin (b) bendine aykırı olduğundan, aksi yoldaki vergi mahkemesi kararının bozulması gerektiği düşünülmektedir.

Savcı **:** Nurten KARAÇAY

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

Temyiz 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:

3065 sayılı Katma Değer Vergisi Kanununun "vergi indirimi" başlıklı 29'uncu maddesinde, mükelleflerin yaptıkları vergiye tabi işlemler üzerinden hesaplanan katma değer vergisinden, bu Kanunda aksine hüküm olmadıkça faaliyetlerine ilişkin olarak kendilerine yapılan teslim ve hizmetler dolayısıyla hesaplanarak düzenlenen fatura ve benzeri vesikalarda gösterilen katma değer vergisini indirebilecekleri öngörülmüş, 30'uncu maddesinin (b) bendinde ise faaliyetleri kısmen veya tamamen binek otomobillerin kiralanması veya çeşitli şekillerde işletilmesi olanların bu amaçla kullandıkları hariç olmak üzere işletmelere ait binek otomobillerinin alış vesikalarında gösterilen katma değer vergisinin, mükellefin vergiye tabi işlemleri üzerinden hesaplanan katma değer vergisinden indirilemeyeceği kurala bağlanmıştır.

Yasa koyucu, işletmeye ait binek otomobillerden sadece kiralanan veya işletilenler için indirim hakkı tanımış, bu amaç dışında iktisap edilenler için yüklenilen katma değer vergisinin indirimini ise yasaklamıştır.

Otomobil ve petrol ürünleri ticareti yapan davacı şirket, ortaklarının ilgili bulunduğu, ... ve ... marka otomobillerin Adana Yetkili Bayii olan ... Otomotiv Petrol Ürünleri İnşaat Malzemeleri Ticaret ve Pazarlama Anonim Şirketinden aldığı 60 otomobilin trafik kayıt ve tescillerini adına yaptırarak, plakalarını çıkartmış ve her bir otomobil için adına kayıtlı olan 20 yaş üzeri taşıtları hurdaya çıkarmak suretiyle taşıtların iktisabında özel tüketim vergisi indirimi hesaplanmıştır. Taşıtların teslimi nedeniyle adına düzenlenen faturalarda %18 oranında hesaplanan katma değer vergilerini, ilgili dönem katma değer vergisi beyannamelerinde indirim konusu yapan davacı şirket kısa bir süre sonra sözü edilen otomobilleri, kullanılmış olanların tesliminde uygulanan %1 oranında katma değer vergisi hesaplayarak muhtelif şahıs ve firmalara satmıştır.

Davacı tarafından, trafik sicilinde adına kayıt ve tescil ettirilerek iktisap edilen ve kullanılmış olanların tesliminde uygulanan indirimli oranlı katma değer vergisi hesaplanarak satılan binek otomobillerin davacı işletmeye ait olduğu ve kiralama veya işletme amacıyla kullanılmadığı anlaşıldığından, taşıtların davacıya teslimi dolayısıyla hesaplanan ve alış faturalarında gösterilen katma değer vergisinin indirim konusu yapılması, yukarıda belirtilen Yasanın 30'uncu maddenin (b) bendi uyarınca olanaklı değildir. Bu nedenle ilgili dönem beyannamesinde yapılan söz konusu indirimlerin kabul edilmeyerek yeniden oluşturulan beyan tablosuna göre yapılan tarhiyatı kaldıran vergi mahkemesi kararı hukuka uygun düşmemiştir.

Açıklanan nedenle temyiz isteminin kabulü ile Adana 1. Vergi Mahkemesinin 4.1.2008 gün ve E:2007/1070, K:2008/3 sayılı kararının bozulmasına, 492 sayılı Harçlar Kanununun 13'üncü maddesinin (j) bendi parantez içi hükmü uyarınca alınması gereken harç dahil olmak üzere yargılama giderlerinin yeniden verilecek kararda karşılanması gerektiğine, 22.1.2009 gününde oybirliğiyle karar verildi.

KURUMLAR VERGİSİ

T.C.
D A N I Ş T A Y
Üçüncü Daire
Esas No : 2007/3869
Karar No : 2008/3718

Özeti : Kamu kurumu niteliğinde meslek kuruluşu olan ve ücret karşılığında topraklama testi yaparak rapor düzenleyen davacı odanın, devamlılık arzeden bu faaliyetinin iktisadi işletme sayılması, bu nedenle elde edilen gelirin de kurumlar vergisine tabi tutulması gerektiği hakkında.

Temyiz Eden : Çekirge Vergi Dairesi Müdürlüğü
Karşı Taraf : Elektrik Mühendisleri Odası
Vekili : Av. ...
İstemin Özeti : Davacı kurumun Bursa şubesinin çeşitli firma ve şahıslara yaptığı topraklama testi ve düzenlediği raporlar karşılığında elde ettiği kazancı beyan dışı bırakması nedeniyle adına 2001 yılı için re'sen salınan bir kat vergi ziyaı cezalı kurumlar vergisi ve fon payı ile 2001 yılının tüm dönemleri için hesaplanan geçici vergi üzerinden kesilen vergi ziyaı cezası ve ayrıca kesilen özel usulsüzlük cezasını; 6235 sayılı Türk Mühendis ve Mimar Odaları Birliği Kanununun 2'nci maddesinde, meslek ve menfaatleriyle ilgili işlerde resmi makamlarla işbirliği yaparak gerekli yardımlarda ve tekliflerde bulunmanın, meslek mensuplarının müşterek ihtiyaçlarını karşılamanın kuruluş amaçları arasında sayıldığı, birlik ve organlarının, kuruluş amaçları dışında faaliyette bulunamayacaklarının kurala bağlanarak ticari faaliyette bulunmalarının yasal olarak engellendiği, ticari amaçla yürütülen bir işletme olmayan ve sözü edilen Yasa gereği resmi veya özel makamlara yardım ve mevcudiyetini devam ettirebilmek amacıyla verilen bilirkişilik ve denetim hizmetlerinden elde edilen gelir ticari kazanç olarak kabul edilemeyeceğinden, davacı adına salınan vergi ve kesilen cezalarda yasaya uygunluk görülmediği gerekçesiyle kaldıran Bursa Vergi Mahkemesinin 31.5.2007 gün ve E:2007/34, K:2007/1636 sayılı kararının; davacı kurumun devamlılık arzeden faaliyetinin iktisadi işletme

olarak kabulü gerektiğinden, bu faaliyetten dolayı elde edilen gelirin vergilendirilmesinde yasaya aykırılık bulunmadığı ileri sürülerek bozulması istenmiştir.

Savunmanın Özeti : Savunma verilmemiştir.

Tetkik Hakimi : Pelin AKÇA

Düşüncesi : 5422 sayılı Kurumlar Vergisi Kanununun 4'üncü maddesi uyarınca, kamu kuruluşlarına bağlı bir işletmenin iktisadi kamu kuruluşu olarak vergilendirilebilmesi için, işletmenin ticari, sınai ve zirai nitelik taşıması ve işletme faaliyetinin devamlılık arzetmesi yeterli koşullar olup, faaliyetin Yasayla verilmiş bir görev gereği yapılmasının, işletmenin ayrı tüzel kişiliğinin, sermayesinin ve muhasebesinin olmamasının vergilendirmeye engel teşkil etmeyeceği açıktır.

Bu nedenle, makbuz karşılığı bedel alarak topraklama raporu düzenleyen davacı Odanın devamlı olan ticari nitelikteki bu faaliyetinden elde ettiği gelirin kurumlar vergisine tabi tutulması gerektiğinden, aksi yoldaki vergi mahkemesi kararının bozulması gerektiği düşünülmektedir.

Savcı : Nurten KARAÇAY

Düşüncesi : Davacı odanın Bursa Şubesinin iktisadi işletmesinin uyuşmazlık dönemine ait işlemlerinin incelenmesi sonucu düzenlenen inceleme raporuna dayanılarak adına aslı aranmayan geçiçi vergiye bağlı olarak kesilen vergi ziyaı cezasına karşı açılan davayı kabul eden mahkeme kararı temyiz edilmiştir.

Danıştay İçtihatları Birleştirme Kurulu'nun 16.6.1994 gün ve E:1994/2 sayılı kararında; dernek ve vakıflara bağlı iktisadi işletmelerin kar elde etme amaçlarının olup olmamasının,yürütülen faaliyetin kanunla verilmiş görevler arasında bulunmasının tüzel kişiliklerinin olmamasının,bağımsız muhasebe ve kendilerine tahsis edilmiş sermayelerinin ve iş yerlerinin bulunmamasının da mükellefiyetlerini etkilemeyeceği belirtilmiştir.

Davacı odanın uyuşmazlık döneminde kamu kurum ve kuruluşları ile gerçek ve tüzel kişilerin talepleri üzerine ücret karşılığında topraklama testi ve rapor düzenleme faaliyetin devamlılık arz ederek şekilde yaptığı tesbit edilmiş olup bu husus çekişmesizdir. Odanın bu faaliyeti Kurumlar Vergisi Kanununun 4 ve 5. maddeleri hükümleri uyarınca iktisadi işletme sayılması gerektireceğinden, adına re'sen yapılan cezalı tarhiyatta kanuna aykırılık bulunmadığından bu hizmetleri ticari amaçla yapmadığı gerekçesiyle davanın kabulü yolunda verilen kararda hukuka uygunluk görülmemiştir.

Açıklanan nedenle temyiz isteminin kabulü ile temyize konu mahkeme kararının bozulmasının uygun olacağı düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Üçüncü Dairesince işin gereği görüşülüp düşünüldü:

5422 sayılı Kurumlar Vergisi Kanununun 1'inci maddesinde, iktisadi kamu müesseselerinin kazançlarının kurumlar vergisine tabi olduğu ve kurum kazancının gelir vergisi konusuna giren gelir unsurlarından terekküp edeceği kurala bağlanmıştır. Yasanın 4'üncü maddesinde iktisadi kamu müesseseleri; devlete, özel idarelere, diğer kamu idarelerine ve müesseselerine ait ve tabi olup faaliyetleri devamlı bulunan ve sermaye şirketleri ile kooperatifler dışında kalan ticari, sınai ve zirai işletmeler olarak tanımlanmış, maddenin son fıkrasında ise bunların kazanç gayesi gütmemeleri, faaliyetin kanunla tevdi edilmiş görevler arasında bulunması, tüzel kişiliklerinin olmaması, müstakil muhasebeleri ve kendilerine tahsis edilmiş sermayelerinin veya iş yerlerinin bulunmamasının mükellefiyetlerine tesir etmeyeceği hüküm altına alınmıştır.

Yukarıda sözü edilen Kanunun 4'üncü maddesinden anlaşılacağı üzere kamu idare ve kuruluşlarına bağlı ve tabi olan işletmelerin ticari, sınai ve zirai nitelikteki ve devamlılık arzeden faaliyetleri ile tedavül ekonomisine katılması, kurumlar vergisi mükellefiyeti için yeterli ve tek koşuldur.

Kamu kurumu niteliğinde meslek kuruluşu olan ve ücret karşılığında topraklama testi yaparak rapor düzenleyen ve bu faaliyeti nedeniyle üçüncü kişilerden gelir sağladığı anlaşılan davacı Odanın devamlılık arzeden bu faaliyetinin iktisadi işletme sayılması, bu nedenle elde ettiği gelirin de kurumlar vergisine tabi tutulması gerekir.

5422 sayılı Kurumlar Vergisi Kanununun 4'üncü maddesindeki, faaliyetin kanunla tevdi edilmiş görevler arasında bulunmasının mükellefiyete tesir etmeyeceği açık hükmü karşısında, Odanın Yasada öngörülen amaçlara uygun olarak faaliyette bulunması, iktisadi kamu müessesesi olarak vergilendirilmesine engel teşkil etmeyeceğinden, vergi mahkemesince yazılı gerekçeyle tarhiyatın kaldırılması hukuka uygun düşmemiştir.

Açıklanan nedenlerle temyiz isteminin kabulüyle Bursa Vergi Mahkemesinin 31.5.2007 gün ve E:2007/34, K:2007/1636 sayılı kararının bozulmasına, 492 sayılı Harçlar Kanununun 13'üncü maddesinin (j) bendi parantez içi hükmü uyarınca alınması gereken harç dahil olmak üzere yargılama giderlerinin yeniden verilecek kararda karşılanması gerektiğine 24.11.2008 gününde oybirliğiyle karar verildi.

T.C.
D A N I Ş T A Y
Üçüncü Daire
Esas No : 2006/2393
Karar No : 2009/309

Özeti : Kaplıca, banyo havuzu ve çamur banyosu işletmeciliğinden dolayı vergi mükellefiyeti tesis edilemeyeceği; ancak, kaplıca işletmesinin mütemmim cüzü olmayan 5422 sayılı Yasa'nın 7'nci maddesinin 4'üncü fıkrasında öngörülen amaçlarla işletilmediği sonucuna varılan otel işletmesi için kurumlar vergisi mükellefiyeti tesis edilmesinde, hukuka aykırılık bulunmadığı hakkında.

Temyiz Edenler : 1-Vergi Dairesi Müdürlüğü
2-Köyceğiz Belediye Başkanlığı
Vekili : Av. ...
İstemin Özeti : Davacı kurum adına kaplıca, banyo havuzu, çamur banyosu ve otel işletmeciliğinden dolayı 1.1.2000 tarihi itibarıyla kurumlar vergisi mükellefiyeti tesis edilmesine ilişkin 28.9.2004 gün ve 4369 sayılı işleme karşı açılan davada; 5422 sayılı Kurumlar Vergisi Kanununun 7'nci maddesinin 4'üncü fıkrasında genel insan sağlığının korunması ve tedavi amacıyla işletilen kurumların kurumlar vergisinden muaf olduğunun düzenlendiği, insan sağlığının korunmasına yönelik olarak işletildiğinde tartışma bulunmayan kaplıca, banyo havuzları ve çamur banyolarının kurumlar vergisinden muaf olduğu sonucuna varıldığından, kaplıca, banyo havuzu ve çamur banyosu işletmeciliğinden dolayı mükellefiyet tesis edilemeyeceği, otel işletmesi kaplıca işletmesinin mütemmim cüzü niteliği taşımayıp, kaplıcada tedavi görenlerin otelde konaklama zorunluluğu bulunmadığı gibi, otelde konaklayanların tümünün kaplıcadan yararlanması gerekmediğinden, kaplıca işletmesi ile aynı amaçla işletilmediği açık olan otel işletmesi için kurumlar vergisi muafiyetinden söz edilemeyeceği gerekçesiyle dava konusu işlemin kaplıca, banyo havuzu ve çamur banyolarına ilişkin kısmını iptal eden, davayı otel işletmesi nedeniyle tesis edilen mükellefiyet yönünden reddeden Aydın Vergi Mahkemesinin 28.2.2006 gün ve E:2004/802, K:2006/154 sayılı kararının; davalı idarece; davacı kurum adına söz konusu işletmelere

ilişkin hesaplarının incelenmesi sonucu 2000, 2001, 2002, 2003, 2004 yılları için salınması öngörülen cezalı vergiler için tarhiyat öncesi uzlaşmaya varıldığından, kurum tarafından da yasallığı kabul edilen işlemde kanuna aykırılık bulunmadığı, davacı tarafından; kaplıca tedavisinin uzun süren ve uygulandıktan sonra vücudun korunmasını gerektiren bir tedavi olması nedeniyle kaplıcadan yararlanan kişilerin konaklaması amacıyla işletilen yerlerin ayrı bir işletme olarak kabul edilemeyeceği, kaldı ki; konaklama yerleri tedavi görenlerin özel eşyaları, yatak, yorgan ve mutfak malzemeleriyle gelip kaldıkları baraka biçiminde yapılar olup, otel olarak da nitelendirilemeyeceği ileri sürülerek bozulması istenmiştir.

Savunmanın Özeti **:** Taraflarca savunma verilmemiştir.

Tetkik Hakimi **:** Sibel KORUCU

Düşüncesi **:** Temyiz dilekçelerinde ileri sürülen iddialar Vergi Mahkemesi kararının bozulmasını sağlayacak durumda bulunmadığından, temyiz istemlerinin reddi gerektiği düşünülmektedir.

Savcı **:** Sefer YILDIRIM

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

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

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Üçüncü Dairesince işin gereği görüşülüp düşünüldü:

Dayandığı hukuki ve kanuni nedenlerle gerekçesi yukarıda açıklanan Vergi Mahkemesi kararı, aynı gerekçe ve nedenlerle Dairemizce de uygun görülmüş olup, temyiz istemlerine ilişkin dilekçelerde ileri sürülen iddialar sözü geçen kararın bozulmasını sağlayacak durumda bulunmadığından, temyiz istemlerinin reddine ve kararın onanmasına, davacıdan 492 sayılı Harçlar Kanununa bağlı (3) sayılı Tarife uyarınca 32.30 TL maktu harç alınmasına, 9.2.2009 gününde oybirliğiyle karar verildi.

VERGİ USULÜ

T.C.
D A N I Ş T A Y
Üçüncü Daire
Esas No : 2008/3320
Karar No : 2008/3761

Özeti : 213 sayılı Yasa'nın Mükerrer 355'inci maddesine 5228 sayılı Kanun'un 10'uncu maddesiyle eklenen ve 3.8.2004 tarihinde yürürlüğe giren dördüncü fıkra uyarınca; ceza kesilmesini gerektiren fiil, ödeme ve tahsilatın, fıkrada öngörülen şekilde yapılmaması ile meydana gelmekte olup; bu fiilleri gerçekleştirenlere ceza kesilmesi için bilgi verme ve belge ibraz zorunluluğu için öngörülen bir yazının tebliğ edilmesine gerek bulunmadığı hakkında.

Temyiz Eden **:** Vergi Dairesi Müdürlüğü
Karşı Taraf **:** ... Limited Şirketi

İstemin Özeti : Özel sağlık hizmeti sunan davacı adına 2004 vergilendirme döneminde gerçek bir emtia teslimine dayanmayan fatura kullanmak suretiyle gerçek emtia alışı esnasında fatura almaması nedeniyle Vergi Usul Kanununun 353'üncü maddesinin 1'inci bendi, bir kısım fatura tutarına ilişkin ödemeleri 8.000.00 YTL'yi aşmasına karşın banka, benzeri finans kurumları veya posta idarelerince düzenlenen belgelerle tevsik etme zorunluluğuna uymaması nedeniyle mükerrer 355'inci maddesi, bir kısım fatura bedelinin ise banka aracılığıyla ödendiği beyan edilmesine karşın defter kayıtlarında banka hesaplarının kullanılmadığı saptandığından 353'üncü maddesinin 6'ncı bendi uyarınca kesilen özel usulsüzlük cezalarını; fatura almama nedeniyle kesilen cezanın, cezayı gerektiren fiilin tüm unsurları tamam olmadan failin cezalandırılamayacağı yolundaki genel ceza hukuku ilkesi uyarınca hukuka aykırı bulunduğu, bir kısım ödemeleri tevsik etme zorunluluğuna uyulmaması nedeniyle kesilen cezanın, cezayı gerektiren fiilin gerçekleşmesinin ceza uygulaması için yeterli olmadığı, bu konuda muhatabın adına ceza kesileceği hususunda önceden uyarılmasını sağlamak için yazılı bildirim yapılmasının şart olduğu, oysa dava konusu olayda ceza kesilmeden önce sözü edilen yazılı bildirimde bulunulmadığından cezada kanuna uygunluk bulunmadığı, ... ve ... Limited Şirketi tarafından düzenlenen fatura bedelinin banka aracılığıyla ödenmesine karşın defter kayıtlarında banka hesapları kullanılmadığından kesilen cezanın, ... Limited Şirketi tarafından düzenlenen faturaların gerçeği yansıtmadığının kabul edildiği anlaşıldığından fatura bedelinin anılan şirkete ödendiği kabul edilip banka hesaplarının kullanılmadığına karar vermenin, faturaların gerçeği yansıtmadığı yolundaki tespitle çelişki yaratacağı, öte yandan davalı idarece ...'a yapılan ödemelere ilişkin tevsik zorunluluğuna uyulmadığından Mükerrer 355'inci madde uyarınca ceza kesilmesi, davacının bu ödemeleri banka aracılığıyla yaptığını kanıtlayamadığı anlamına gelirken, 353'üncü maddenin 6'ncı bendi uyarınca kesilen cezada, banka aracılığıyla ödeme yapıldığının tevsik edildiği kabul edilip, defter kayıtlarında banka hesaplarının kullanılmadığı sonucuna ulaşmanın da birbiriyle çeliştiği gerekçesiyle kaldıran Adana 2. Vergi Mahkemesinin 28.2.2008 gün ve E:2007/1096, K:2008/195 sayılı kararının; kesilen cezalarda yasaya aykırılık bulunmadığı ileri sürülerek bozulması istenmiştir.

Savunmanın Özeti : Temyiz isteminin reddi gerektiği savunulmuştur.

Tetkik Hakimi : Selda GÜRSOYTRAK GÜLSEVEN

Düşüncesi : Temyiz dilekçesinde ileri sürülen iddialar Vergi Mahkemesi kararının bozulmasını sağlayacak durumda bulunmadığından, temyiz isteminin reddi gerektiği düşünülmektedir.

Savcı : Sefer YILDIRIM

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:

Temyiz istemine konu edilen vergi mahkemesi kararının Vergi Usul Kanununun 353'üncü maddesinin 1'inci ve 6'ncı bentleri uyarınca kesilen özel usulsüzlük cezalarının kaldırılmasına ilişkin hüküm fıkraları Dairemizce de uygun bulunmuştur.

Vergi Usul Kanununun Mükerrer 355'inci maddesine 5228 sayılı Kanunun 10'uncu maddesiyle eklenen ve 3.8.2004 tarihinde yürürlüğe giren fıkrada tahsilat ve ödemelerini banka, benzeri finans kurumları veya posta idarelerince düzenlenen belgelerle tevsik etme zorunluluğuna uymayan mükelleflerden her birine, her bir işlem için işleme konu tutarın %5'i nispetinde özel usulsüzlük cezası kesileceği, bu şekilde ceza kesilen mükellefler hakkında

ikinci bir cezayı öngören üçüncü fıkra hükmünün ise uygulanmayacağı belirtilmiştir. Mükerrer 257'nci maddede belirtilen diğer zorunluluklara uyulmaması halinde birinci fıkraya göre ceza kesilmesi mümkün iken anılan fıkra ile, tahsilat ve ödemelerini belirlenen şekilde tevsik etmeyen mükellefler için diğerlerinden bağımsız bir ceza uygulaması getirilmiştir. Maddenin birinci fıkrası uyarınca ceza kesilmesini gerektiren fiiller devamlılık arzeden nitelikte olup, bu fiiller için maktu miktarlarda özel usulsüzlük cezası kesilmesi öngörülmüştür. Dördüncü fıkradaki düzenlemeye göre ceza kesilmesini gerektiren fiil ise, ödeme ve tahsilatın fıkrada öngörülen şekilde yapılmaması durumunda, suç oluşturmakta ve ceza kesilmesi için gerekli koşullar tamamlanmış bulunmaktadır. Bu nedenle, bu fiilleri gerçekleştirenlere ceza kesilmesi için bilgi verme ve ibraz zorunluluğu için öngörülen bir yazının tebliğ edilmesine gerek bulunmadığı gibi söz konusu fiilde ısrar etme imkanı bulunmadığından, ikinci bir bildirim ve ceza da öngörülmediğinden ödeme veya tahsilatın fıkrada belirtilenin aksine bir yolla yapıldığının somut ve hukuken geçerli olarak tespiti yeterlidir.

Dava konusu yapılıp sözü edilen kural uyarınca kesilen cezanın dayanağı vergi inceleme raporunda da ceza miktarının işleme konu tutarın %5'i oranında hesaplandığı anlaşılmaktadır. Vergi mahkemesi kararında ise anılan Kanun maddesinin 1'inci fıkrasına değinildikten sonra bu hükmün uygulanması için bilgi ve ibraz ödevinin yerine getirilmesiyle ilgili olarak yapılacak tebliğlerde, istenilen belgelerin tayin olunan sürede verilmemesi halinde ceza hükümleri uygulanacağının açıkça belirtilmesi gerektiği, ancak uyuşmazlık konusu olayda davacıya yazılı bildirim koşulu aranmaksızın ceza kesildiği ve bu nedenle hukuka aykırı olduğuna hükmedilmiştir.

Dosyada mevcut vergi inceleme raporunun eki tutanakta şirket temsilcisi tarafından tevsik zorunluluğuna uyulmadığı saptanan işlemlerin konusunu teşkil eden fatura bedelinin nakten ödendiğinin beyan edildiği ve ilgili dönem defter kayıtlarından banka hesabının kullanılmadığı tespit edilmiştir. Buna göre şirket yetkilisi nezdinde düzenlenen tutanak maddi delil kabul edilerek ceza kesilmesinde hukuka aykırılık bulunmadığından yazılı gerekçe ile verilen vergi mahkemesi kararının Vergi Usul Kanununun Mükerrer 355'inci maddesi uyarınca kesilen özel usulsüzlük cezasının kaldırılmasına ilişkin hüküm fıkrasında hukuka uygunluk görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle temyiz isteminin kısmen reddi ile Adana 2. Vergi Mahkemesinin 28.2.2008 gün ve E:2007/1096, K:2008/195 sayılı kararının Vergi Usul Kanununun 353'üncü maddesinin 1'inci ve 6'ncı bentleri uyarınca kesilen özel usulsüzlük cezalarının kaldırılmasına ilişkin hüküm fıkraları yönünden onanmasına, Mükerrer 355'inci maddesi uyarınca kesilen özel usulsüzlük cezasına yöneltilen temyiz isteminin kabulü ile kararın değinilen hüküm fıkrasının 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 26.11.2008 gününde oybirliğiyle karar verildi.

T.C.
D A N I Ş T A Y
Üçüncü Daire
Esas No : 2007/3182
Karar No : 2009/461

Özeti : 5064 sayılı Mali Tatil İhdas Edilmesi Hakkında Kanun'un 1'inci maddesi uyarınca mali tatil süresince işlemeyeceği, belirtilen süreler arasında temyiz başvurusu süresine açıkça yer verilmediğinden, otuz gün geçtikten sonra yapılan temyiz başvurusunun, süre aşımı nedeniyle incelenemeyeceği gerekçesiyle reddi gerektiği hakkında.

Temyiz Eden : ... İnşaat Taahhüt Turizm Ticaret ve Sanayi Limited Şirketi
Karşı Taraf : Vergi Dairesi Müdürlüğü
İstemin Özeti : Davacı kurumun 2003 yılında, gerçeği yansıtmayan belge düzenlediği saptanan bir limited şirketten aldığı faturaları maliyet kayıtlarında muhasebeleştirmek suretiyle dönem matrahını azaltması nedeniyle adına re'sen salınan üç kat vergi ziyaı cezalı kurumlar vergisini; söz konusu şirket hakkında yapılan tespitler düzenlenen faturaların gerçek bir emtia teslimi veya hizmet ifasına dayanmadığını gösterdiğinden salınan vergi ile verginin üç katına isabet eden ceza kısmında hukuka aykırılık bulunmadığı, cezanın gecikme faizine ilişkin kısmında ise Anayasa Mahkemesinin 6.1.2005 gün ve E:2001/3, K:2005/4 sayılı kararı gereğince hukuka uyarlık görülmediği gerekçesiyle gecikme faizine isabet eden kısmını kaldırmak suretiyle değiştiren Antalya Vergi Mahkemesinin 29.11.2006 gün ve E:2005/1402, K:2006/1195 sayılı kararının; eksik incelemeye dayalı cezalı vergi salındığı ileri sürülerek bozulması istenmiştir.
Savunmanın Özeti : Temyiz isteminin reddi gerektiği savunulmuştur.
Tetkik Hakimi : Ümit KOCATEPE
Düşüncesi : 5604 sayılı Mali Tatil İhdas Edilmesi Hakkında Kanunda mali tatil süresince işlemeyeceği belirtilen süreler arasında karar düzeltme veya temyiz sürelerine açıkça değinilmediğinden, mali tatil süresince temyiz başvurusu süresinin işlemeyeceği sonucuna varılamayacağından, 30 günlük yasal başvuru süresi geçirildikten sonra yapılan temyiz başvurusunun süre aşımı nedeniyle incelenmeyeceği gerekçesiyle reddine karar verilmesi gerektiği düşünülmektedir.
Savcı : Sevil BOZKURT
Düşüncesİ : 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun 3/B maddesinde, vergilendirmede vergiyi doğuran olay ve bu olaya ilişkin muamelelerin gerçek mahiyetinin esas olduğu, 134. maddesinde de, vergi incelemesinden maksadın ödenmesi gereken vergilerin doğruluğunu araştırmak, tespit etmek ve sağlamak olduğu belirtilerek incelemenin bu amaca yönelik olması ve gerçek durumun vergilemeye esas alınması gerektiği ortaya konulmuştur.Gerçeğe uygun olmadığı iddia edilen faturalar karşılığında fiilen mal alınmadığı, hizmetin yapılmadığı, başka bir değişle faturanın, muhtevası olan mal ve hizmetleri temsil etmediği tespit edilmedikçe fatura tutarlarının matraha ilavesi mümkün bulunmamaktadır.

Dava konusu tarhiyata esas alınan vergi inceleme raporunda, davacının işlemleri ile ilgili olarak ayrıntılı tespitler yapılmayıp, sadece mal ve hizmet alımında bulunduğu firma hakkında düzenlenen inceleme raporundan hareketle, bu firmadan yapılan tüm alımların

gerçeği yansıtmadığı sonucuna varılmıştır. Vergi incelemesinin amacı, ödenmesi gereken vergilerin doğruluğunu araştırmak, tespit etmek ve sağlamak olduğuna göre, davacı adına yapılan tarhiyatta, sadece faturaları düzenleyen şahsın sahte fatura ticareti yaptığı yolunda düzenlenen inceleme raporundan hareketle düzenlenen tüm faturaların gerçeği yansıtmadığının kabulü mümkün değildir. Vergi inceleme raporunda, söz konusu faturalarda yer alan hizmetlerin işletmenin faaliyetlerinde kullanılıp kullanılmadığı, belirtilen işlerin yapılıp yapılmadığı, veya yapılması gereken işlerden daha yüksek bedel içerdiği hususunda bir tespit yapılmadığı gibi, bu alımlar yapılmadan da davacı şirketin üstlendiği işleri yerine getirebileceği konusunda bir saptama bulunmamaktadır. Öte yandan fatura içeriği mal ve hizmetlerin davacı şirketin faaliyet konusu dikkate alındığında işletmede kullanılması normal ve mutad olup, söz konusu işlerin yapılmadığı hususu tespit edilmeden, sadece fatura düzenleyen firmanın durumundan hareketle bu fatura bedellerinin gerçek emtia yada hizmet alımına ilişkin olmadığı sonucuna ulaşılarak yapılan tarhiyatta isabet görülmediğinden davacı temyiz isteminin kabulüyle aksi yöndeki mahkeme kararının bozulmasının uygun olacağı düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Üçüncü Dairesince, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 14'üncü maddesi uyarınca ilk inceleme ile görevli Tetkik Hakimi …'nin açıklamaları dinlenilerek işin gereği görüşülüp düşünüldü:

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 46'ncı maddesinin (2) işaretli bendinde; özel kanunlarda ayrı süre gösterilmeyen hallerde, Danıştay dava daireleri ile idare ve vergi mahkemelerinin nihai kararlarına karşı tebliğ tarihini izleyen otuz gün içinde Danıştayda temyiz yoluna başvurulabileceği kurala bağlanmıştır.

İdari yargılamada dava açma ve kanun yollarına başvurma süreleri kendine özgü hak düşürücü süreler olup, kamu düzenini ilgilendirdiğinden taraflarca ileri sürülmese bile davanın her aşamasında ilgili yargı mercii tarafından re'sen dikkate alınması gereken bir husus olduğu gibi, bu sürelerin durması veya kesilmesini gerektiren durumlar ancak yasal bir düzenlemeyle yapılabilir.

5604 sayılı Mali Tatil İhdas Edilmesi Hakkında Kanunun 1'inci maddesinde her yıl Temmuz ayının birinden yirmisine kadar mali tatil uygulanacağı, Vergi Usul Kanunu hükümlerine göre belirli sürelerde yapılması gereken muhasebe kayıt süreleri, bildirim süreleri ve vergiyle ilgili işlemlere ilişkin dava açma sürelerinin mali tatil süresince işlemeyeceği, belirtilen sürelerin mali tatilin bitiminden itibaren tekrar işlemeye başlayacağı hükme bağlanmış olup, kanunun gerekçesinde düzenlemenin amacının, 3568 sayılı Yasaya göre çalışan meslek mensuplarının, mükelleflerin vergiyle ilgili mevzuattan kaynaklanan işlemlerini takip ederken maruz kaldıkları yoğun stresten uzaklaştırılmaları olduğu belirtilmiştir.

Söz konusu maddenin uygulanmasına ilişkin olarak düzenlenip, 30.6.2007 günlü 26568 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan 1 Sıra No'lu Mali Tatil Uygulanması Hakkında Genel Tebliğin "Mali Tatil Nedeniyle İşlemeyen Süreler" başlıklı 5'inci maddesinin 3 işaretli bendinde ikmalen, re'sen ve idarece yapılmış olan tarhiyatlara karşı mükelleflerin dava açma süresinin, vergi ve ceza ihbarnamesinin tebliğ tarihinden itibaren 30 gün olduğu, dava açma süresinin mali tatile rastlaması halinde sürenin mali tatil süresince işlemeyeceği açıklanmıştır.

Yukarıda değinilen düzenlemelere göre, mükelleflerin vergiyle ilgili işlemlerini takip eden 3568 sayılı Yasaya tabi meslek mensuplarına yoğun şekilde ihtiyaç duyulan dönemlerde, bu meslek mensuplarının yeterli ölçüde dinlenmelerinin temin edilmesi amacıyla kanunla öngörüldüğü anlaşılan mali tatil süresince, 5604 sayılı Yasada açıkça vergiyle ilgili işlemlere ilişkin dava açma sürelerinin işlemeyeceği de kurala bağlanmış iken benzer şekilde bir hükmün öngörülmediği temyiz başvurusuna ilişkin sürenin de işlemeyeceği sonucuna ulaşmaya olanak bulunmamaktadır.

Bu durumda, her yılın 1-20 Temmuz tarihleri arasında geçerli olan mali tatil süresince temyiz yoluna başvuru süresi işlemeye devam edeceğinden davacıya 19.6.2007 gününde tebliğ edilen vergi mahkemesi kararına karşı 30 günlük başvuru süresi geçirildikten sonra 24.7.2007 gününde kayda giren dilekçeyle yapılan temyiz isteminin, süre aşımı nedeniyle incelenemeyeceği gerekçesiyle reddine, 23.2.2009 gününde oybirliğiyle karar verildi.

T.C.
D A N I Ş T A Y
Üçüncü Daire
Esas No : 2007/4010
Karar No : 2009/318

Özeti : Ziyaa uğratılan vergi tutarına gecikme faizi eklenmesine ilişkin kuralın, Anayasa Mahkemesince iptal edilmesi nedeniyle, mahkemece verilen kararın hukuka aykırı hale gelmesinde, davalı idareye kusur yüklenemeyeceğinden, davacı lehine vekalet ücretine hükmedilmemesinde, hukuka aykırılık görülmediği hakkında.

Temyiz Eden **:** ... Sanayi ve Ticaret Limited Şirketi
Vekili **:** Av. ...
Karşı Taraf **:** Vergi Dairesi Müdürlüğü
İstemin Özeti **:** Davacı adına 1999 yılı için re'sen salınan vergi ziyaı cezalı ek kurumlar vergisine karşı açılan davayı reddeden vergi mahkemesi kararının Danıştay Üçüncü Dairesince vergi ziyaı cezası yönünden bozulması üzerine davayı bozma kararı uyarınca inceleyerek vergi ziyaı cezasını; vergi tutarının üç katını aşan kısmını kaldırmak suretiyle değiştiren Gaziantep Vergi Mahkemesinin 27.3.2007 gün ve E:2006/1223, K:2007/316 sayılı kararının; davacı tarafından, lehine avukatlık ücretine hükmedilmesi gerektiği ileri sürülerek bozulması istenmiştir.
Savunmanın Özeti **:** Savunma verilmemiştir.
Tetkik Hakimi **:** Nagihan ALTEKİN
Düşüncesi **:** Temyiz dilekçesinde ileri sürülen iddialar Vergi Mahkemesi kararının bozulmasını sağlayacak durumda bulunmadığından, temyiz isteminin reddi gerektiği düşünülmektedir.
Savcı **:** Sevil BOZKURT
Düşüncesi **:** 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 31. maddesinin yollamada bulunduğu 1086 sayılı HUMK. 417. maddesinde, yargılama giderlerinin davada haksız çıkan tarafa yükletileceği kurala bağlanmış; aynı Kanun'un 423. maddesinde ise, yargılama giderleri arasında vekalet ücretleri sayılmıştır.

Olayda, davanın reddi yolundaki Gaziantep Vergi Mahkemesi kararında, cezanın kesildiği ve davanın açıldığı tarihte yürürlükte bulunan mevzuata uygun olarak davacı vekili lehine vekalet ücreti takdir edilmemişse de; vergi ziyaı cezasının, vergi tutarının üç katını aşan kısmı, ziyaa uğratılan vergi tutarına gecikme faizi eklenmesine ilişkin kuralın Anayasa Mahkemesince iptal edilmesi nedeniyle karar, kısmen hukuka aykırı hale gelmiş olup, bu haliyle Avukatlık Asgari Ücret Tarifesine göre davacı lehine vekalet ücreti takdir edilmesi gerektiğinden mahkemece bu hususta hüküm verilmek üzere kararın vekalet ücreti yönünden bozulmasının uygun olacağı düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Üçüncü Dairesince işin gereği görüşülüp düşünüldü:

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun "Kararlarda Bulunacak Hususlar" başlıklı 24'üncü maddesinin (f) işaretli bendinde yargılama giderleri ve hangi tarafa yükletildiği hususunun kararda belirtileceği, anılan Kanunun 31'inci maddesinde ise yargılama giderlerinin tespitinde Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu hükümlerinin uygulanacağı kurala bağlanmıştır.

Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 423'üncü maddesinde, takdir olunacak vekil ücretlerinin yargılama giderlerinden olduğu belirtilmiş, aynı Kanunun 417'nci maddesinde ise kanunen açık olan haller dışında, yargılama giderlerinin aleyhinde hüküm verilen tarafa yükleneceği hükme bağlanmıştır.

Temyiz istemine konu olan kararda, Mahkemece, vergi ziyaı cezası, Danıştay Üçüncü Dairesince verilen bozma kararı uyarınca vergi tutarının üç katını aşan kısmı, ziyaa uğratılan vergi tutarına gecikme faizi eklenmesine ilişkin kuralın Anayasa Mahkemesince iptal edilmesi nedeniyle kaldırılmış olup, cezanın kesildiği ve davanın açıldığı tarihte yürürlükte bulunan mevzuata uygun olan cezanın Anayasa Mahkemesince verilen iptal kararı nedeniyle kısmen hukuka aykırı hale gelmesinde davalı idareye kusur yüklenemeyeceğinden, davacı lehine vekalet ücretine hükmedilmemesinde hukuka aykırılık görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle temyiz isteminin reddine, davacıdan 32.30 TL maktu harç alınmasına, 10.2.2009 gününde oybirliğiyle karar verildi.

T.C.
D A N I Ş T A Y
Üçüncü Daire
Esas No : 2007/2073
Karar No : 2009/211

Özeti : Daha yüksek dereceden sakatlık indiriminden faydalanma talebiyle yapılan başvurunun, Maliye Bakanlığınca reddi yolunda tesis edilen işleme karşı açılan davanın görüm ve çözümünde, Ankara ilindeki vergi mahkemelerinin yetkili bulunduğu hakkında.

Temyiz Eden : ...
Karşı Taraf : Maliye Bakanlığı (Gelir İdaresi Başkanlığı)
İstemin Özeti : Daha yüksek dereceden sakatlık indiriminden faydalanma talebiyle yapılan başvurunun Maliye Bakanlığınca reddi yolunda tesis edilen işlemin Sakarya Vergi Dairesi Başkanlığının 20.6.2006 gün ve 2073 sayılı yazısıyla davacıya duyurulması üzerine açılan davayı reddeden Sakarya Vergi Mahkemesinin 7.3.2007 gün ve E:2006/542, K:2007/156 sayılı kararının; hastane raporları arasındaki çelişkinin giderilmesi için hakem hastane tarafından gerçek iş gücü kaybının tespit edilmesi gerektiği ileri sürülerek bozulması istenmiştir.
Savunmanın Özeti : Temyiz isteminin reddi gerektiği savunulmuştur.
Tetkik Hakimi : Berent ARASLI
Düşüncesi : Temyiz dilekçesinde ileri sürülen iddialar Vergi Mahkemesi kararının bozulmasını sağlayacak durumda bulunmadığından, temyiz isteminin reddi gerektiği düşünülmektedir.

Savcı **:** Sefer YILDIRIM

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:

Sakatlık indirimi derecesinin yükseltilmesi istemiyle yapılan başvurunun Maliye Bakanlığınca reddi yolunda tesis edilen 13.6.2006 gün ve 44589 sayılı işlemin Sakarya Vergi Dairesi Başkanlığının 20.6.2006 gün ve 2073 sayılı yazısıyla davacıya duyurulması üzerine açılan davayı reddeden vergi mahkemesi kararı temyiz edilmiştir.

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun vergi uyuşmazlıklarında yetkiyi düzenleyen 37'nci maddesinde; uyuşmazlık konusu vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümleri tarh ve tahakkuk ettiren zam ve cezaları kesen, Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanunun uygulanmasında ödeme emrini düzenleyen, diğer uyuşmazlıklarda dava konusu işlemi yapan dairenin bulunduğu yerdeki vergi mahkemesinin vergi uyuşmazlıklarında yetkili mahkeme olduğu hükme bağlanmıştır.

Bu duruma göre, davacının Sakarya Devlet Hastanesinden aldığı sağlık kurulu raporunda %45 olan çalışma gücü kaybı oranında, Merkez Sağlık Kurulunca yapılan inceleme sonucu değiştirilecek bir husus bulunmadığına karar verilmesi nedeniyle üçüncü dereceden daha yüksek derecede sakatlık indiriminden yararlandırılamayacağına ilişkin Maliye Bakanlığı işlemine karşı dava açıldığından, adı geçen Bakanlığın bulunduğu Ankara ilindeki vergi mahkemelerinin yetkisinde bulunan davanın, yetki yönünden reddedilmesi gerekirken esası incelenmek suretiyle sonuçlandırılmasında hukuka uygunluk görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle, temyiz isteminin kabulü ile Sakarya Vergi Mahkemesinin 7.3.2007 gün ve E:2006/542, K:2007/156 sayılı kararının bozulmasına, yargılama giderlerinin yeniden verilecek kararda karşılanması gerektiğine, 28.1.2009 gününde oybirliğiyle karar verildi.

DÖRDÜNCÜ DAİRE KARARLARI

GELİR VERGİSİ

T.C.
D A N I Ş T A Y
Dördüncü Daire
Esas No : 2007/5848
Karar No : 2008/5019

Özeti : 5540 sayılı Kanun'un Ek 5 inci maddesi ile, İçişleri Bakanlığı merkez ve taşra teşkilatında eşdeğer görevleri yapan, aynı memuriyet kıdemindeki mülki idare amirlerinin aylıklarının eşitlenmesi amaçlandığından, mülki idare amirliği hizmetleri sınıfında bulunanlara yapılan ek ödemelere de vergi istisnası uygulanacağı hakkında.

Temyiz Eden **:** Kırıkkale İl Özel İdaresi
Vekili **:** Av. ...
Karşı Taraf **:** Irmak Vergi Dairesi Müdürlüğü

İstemin Özeti **:** 5302 sayılı İl Özel İdaresi Kanunu uyarınca mülki İdare amirlerine yapılan ödemelerden vergi tevkif edilmesi gerektiği ileri sürülerek davacı İdare hakkında 2005/3-12, 2006/1-11 inci dönemlerine ait olarak gelir (stopaj) vergisi salınmış, vergi ziyaı cezaları kesilmiştir. Kırıkkale Vergi Mahkemesi 3.10.2007 günlü ve E:2007/303, K:2007/455 sayılı kararıyla; davacı Kırıkkale İl Özel İdaresince, 5302 sayılı Yasanın 28 nci ve 63 üncü maddeleri uyarınca, mülki idare amirlerine yapılan aylık ek ödemeler üzerinden 2005/3-12 ve 2006/1-11 dönemlerinde tevkif ederek ödemiş olduğu gelir vergisini sehven ödediği, 5540 sayılı Kanunla getirilen düzenleme uyarınca İçişleri Bakanlı'ından alınan görüş doğrultusunda anılan ödeneklerden vergi tevkif edilmemesi gerektiği yolunda davalı idareye başvurarak iade aldığı, ancak davalı idarece Gelir İdaresi Başkanlığı'ndan alınan görüş uyarınca, sözkonusu ödemelerin vergi tevkifatına tabi tutulması gerektiği belirtildiğinden iade edilen tutarların tekrar tahsili amacıyla sözkonusu tarhiyatların yapıldığı, 193 sayılı Gelir Vergisi Kanunu'nun 94 üncü maddesi uyarınca, ödenen ücret veya tazminat, ödenek gibi çeşitli adlar altında yapılan ve ücret sayılan ödemelerin gelir vergisi tevkifatına tabi tutularak vergilendirilmesi yapılan bu türden ödemelerin tevkifata tabi tutulmaması için ilgili yasalarda bu yolda açık bir düzenlemenin bulunmasının gerektiği, 5540 sayılı Yasa ile 1700 sayılı Dahiliye Memurları Kanununa eklenen Ek 5 nci maddede, bu madde kapsamında yapılan ek ödemelerden damga vergisi hariç herhangi bir vergi ve kesinti yapılmayacağının belirtildiği, anılan yasa uyarınca Genel Bütçeden mülki idare amirlerine yapılan ek ödemelerden vergi tevkif edilemeyeceği hususunda herhangi bir ihtilaf bulunmadığı, ancak 5540 sayılı Yasayla getirilen anılan Ek 5 inci maddedeki düzenlemede, 5302 sayılı İl Özel İdareleri bütçesinden karşılanan ve encümen başkanı ile vali yardımcıları ve kaymakamlara yapılan ödemelerin de bu Kanun kapsamında yapılan bir ek ödeme olduğuna veya 5302 sayılı Kanunun anılan maddeleri uyarınca verilen ödemelerin de vergiden istisna olduğuna, bunlardan vergi kesintisi yapılmayacağına dair açık bir düzenleme bulunmadığı, 5540 sayılı Yasayla getirilen düzenlemede sadece, İl Özel İdaresi Kanunu uyarınca ödeme yapılanlar veya diğer mevzuata göre ilave ödemeden yararlananlara ilgili Bakanlıkça emsali ünvandaki personele göre düşük oranda ek ödeme oranı belirlenmesi veya hiç belirlenmemesi konusunda takdir hakkının

tanındığı, bu itibarla, başka yasalar uyarınca, bu arada İl Özel İdaresi Kanunu uyarınca ilave ödemelerden yararlanan mülki idare amirlerine daha düşük bir oran belirlenebileceğine ilişkin hükmünden yola çıkılarak 5302 sayılı İl Özel İdaresi Kanunu uyarınca veya başka mevzuat uyarınca yapılan ilave ödemeleri 5540 sayılı Kanunla getirilen düzenleme uyarınca yapılan ek ödeme kapsamında değerlendirmeye ve gelir vergisinden istisna tutmaya yasal olanak bulunmadığı, her ne kadar 5540 sayılı Yasayla getirilen düzenlemenin amacının İçişleri Bakanlığı merkez ve taşra teşkilatındaki mülki idare amirleri sınıfında bulunan personelin maaşlarındaki eşitsizlikleri gidermeye yönelik olduğu ileri sürülmekte ise de, ek ödeme oranlarının tespitine dair olarak İçişleri Bakanlığına tanınan yetki kullanılırken İl Özel İdaresi Kanunu veya başka mevzuat uyarınca yapılan ödemelerden tevkif edilen vergi tutarı dikkate alınarak bir oran belirlenmesine yasal bir engel de bulunmadığından, yapılan tarhiyatın vergi aslına ilişkin kısmında yasal uyarsızlık görülmediği, kesilen vergi ziyaı cezalarının ise; 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun 369 uncu maddesinin 1 inci fıkrasının, yetkili makamların mükelleflere yazı ile yanlış izahat vermiş olmaları, 2 nci fıkrasının, bir hükmün uygulanması tarzı hususunda yetkili makamların görüş ve kanaatini değiştirmiş olması hallerinde vergi cezası kesilmeyeceğinin hükme bağlandığı, olayda yükümlülere yanlış izahatlar gönderilerek davalı idarece yanıltıldığı anlaşıldığından, 213 sayılı Kanunun 369 uncu maddesinin anılan hükümleri uyarınca davacı adına vergi ziyaı cezası kesilmesine olanak bulunmadığı gerekçesiyle gelir (stopaj) vergisinin onanmasına, vergi ziyaı cezalarının ise kaldırılmasına karar vermiştir. Davacı, 5540 sayılı Yasanın 5 inci maddesinde yapılacak olan ek ödemenin 1700 sayılı Dahiliye Memurları Kanunu kapsamında bir ödeme olduğu, dahiliye memurlarına 5302 sayılı Kanunun 28 ve 63 üncü maddelerindeki faaliyetlerinden dolayı yapılan ödemeleri de kapsayan ve yapılan bu ödemelerden damga vergisi hariç herhangi bir vergi ve kesinti yapılmayacağı yönündeki düzenleme uyarınca vergi kesintisi yapılamayacağını ileri sürerek kararın bozulmasını istemektedir.

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

Tetkik Hakimi Kumru Örnek Demirtaş'ın Düşüncesi : 5540 sayılı Dahiliye Memurları Kanunu, İl İdaresi Kanunu, İçişleri Bakanlığı Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun ve Devlet Memurları Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 1 inci maddesi ile 9.6.1930 tarihli ve 1700 sayılı Dahiliye Memurları Kanununa eklenen "Ek Ödeme" başlıklı ek 5. madde ile,bu ödemenin yapılacağı kamu görevlileri sayılıp,ödemenin üst sınırı belirlenmiş ve ödemeye ilişkin kriterlere yer verilip,oranı belirleme yetkisine ilişkin usul belirtilmiş,bu ödemeden damga vergisi hariç herhangi bir vergi kesintisi yapılamayacağı ifade edilmiştir. 5.7.2007 tarih ve 26219 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 5540 sayılı Yasa ile tanımlanan ek ödeme ve bu ödemeye uygulanacak vergi istisnasi sadece bu Yasa ile yapılan ödemeleri düzenlememekte olup,Yasanın yürürlüğe konuluş amacı dikkate alındığında mülki idare amirlerine diğer kanunlar uyarınca,bu kapsamda 5302 sayılı Yasa ile yapılan ek ödemeler içinde uygulanmasının Yasa koyucu tarafından amaçlandığı anlaşıldığından aksi yönde verilen Mahkeme Kararının bozulması gerektiği düşünülmektedir.

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

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

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Dördüncü Dairesince gereği görüşüldü:

5302 sayılı İl Özel İdaresi Kanunu uyarınca mülki İdare amirlerine yapılan ödemelerden vergi tevkif edilmesi gerektiği ileri sürülerek davacı idare adına 2005/3-12, 2006/1-11 inci dönemleri için salınan gelir (stopaj) vergisi ile kesilen vergi ziyaı cezalarına karşı açılan davayı vergi aslı yönünden reddeden, vergi ziyaı cezası yönünden kabul eden Vergi Mahkemesi kararı temyiz edilmiştir.

5540 sayılı Dahiliye Memurları Kanunu, İl İdaresi Kanunu, İçişleri Bakanlığı Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun ve Devlet Memurları Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 1 inci maddesi ile 9.6.1930 tarihli ve 1700 sayılı Dahiliye Memurları Kanununa eklenen "Ek Ödeme" başlıklı ek madde 5 te; "İçişleri Bakanlığı merkez ve taşra teşkilatında Mülki İdare Amirliği Hizmetleri Sınıfında bulunan personele, en yüksek Devlet memuru aylığının (ek gösterge dahil) % 200'ünü geçmemek üzere ek ödeme yapılabilir. Ek ödemenin oranı ile esas ve usulleri, personelin görev mahalli, çalışma şartları, unvanı, görevi, aylık derecesi gibi kriterler dikkate alınarak Maliye Bakanlığının uygun görüşü üzerine İçişleri Bakanı tarafından belirlenir. 5302 sayılı İl Özel İdaresi Kanununun 28 inci ve 63 üncü maddelerine göre ödeme yapılanlar ile diğer mevzuata göre ilave ödemeden yararlananlara emsali unvanlara göre belirlenen oranların altında ek ödeme oranları tespit edilebilir veya hiç belirleme yapılmayabilir. Ek ödemenin hak kazanılmasında ve ödenmesinde 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun aylıklara ilişkin hükümleri uygulanır ve bu ödemeden damga vergisi hariç herhagi bir vergi ve kesinti yapılmaz. Bu ödemenin yapılmasında, 27.1.2000 tarihli ve 4505 sayılı Kanunun 5 inci maddesinin (c) bendi ile 4.7.2001 tarihli ve 631 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 16 ncı maddesi hükümleri uygulanmaz. Bu ödemeden yararlanan personele 27.6.1989 tarihli ve 375 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin ek 3 üncü maddesine göre ödeme yapılmaz." hükmü getirilmiştir.

Söz konusu hüküm uyarınca İçişleri Bakanlığı merkez ve taşra teşkilatındaki Mülki İdare Amirliği Hizmetleri Sınıfında bulunan personele en yüksek Devlet memuru aylığının (ek gösterge dahil) % 200'ü sınır olmak koşuluyla, Maliye Bakanlığının uygun görüşü üzerine İçişleri Bakanı tarafından belirlenecek oranlar dahilinde ek ödeme yapılması kararlaştırılmıştır. Bu ek ödemeler damga vergisi hariç herhangi bir vergi ve kesintiye tabi olmayacaktır.

Öte yandan,5302 sayılı İl Özel İdaresi Kanununun "Yetki Devri" başlıklı 28 nci maddesinde, "Encümen başkanına 14000, üyelerine 12000 gösterge rakamının Devlet memurları için belirlenen aylık katsayı ile çarpımı sonucu bulunacak miktarda aylık brüt ödenek verilir. Encümenin memur üyelerine encümen üyeleri için belirlenen gösterge rakamının yarısı ödenir." hükmüne yer verilmiştir.

Aynı Kanunun 32 nci maddesinde de; "vali, görev ve yetkilerinden bir kısmını uygun gördüğü takdirde, vali yardımcılarına, yöneticilik sıfatı bulunan il özel idaresi görevlileri ile ilçelerde kaymakamlara devredebilir." denilmektedir. Valinin devretmiş olduğu bu görevleri yerine getiren kaymakam ve vali yardımcılarına verilecek ek ödenek ise Kanunun "görev ve ek ödenek" başlıklı 63 üncü maddesinde , "Vali yardımcıları ve Kaymakamlar, valinin verdiği il özel idaresinin görevlerini yapmakla yükümlü ve bu görevlerin yapılmasından valiye karşı sorumludur. Vali yardımcılarına ve Kaymakamlara yaptıkları görevler karşılığında 12000 gösterge rakamının Devlet memurlarına uygulanan aylık katsayısıyla çarpımı sonucu bulunacak miktarda aylık ödenek verilir." hükmü yer almıştır.

Dava dosyasında bulunan ve İçişleri Bakanlığı Personel Genel Müdürlüğünün Maliye Bakanlığı Gelir İdaresi Başkanlığına göndermiş olduğu 12.10.2006 tarih ve 27714 sayılı yazısında; "5540 sayılı Kanuna dayanılarak yapılan ek ödemeler ile İçişleri Bakanlığı merkez ve taşra teşkilatında eş değer görevleri yapan aynı memuriyet kıdemindeki Mülki İdare Amirlerinin aylıklarının eşitlenmesi amaçlanmış olup, bu çerçevede 5302 sayılı Kanunun 28 ve 63 üncü maddelerine göre yapılacak ilave ödemelerin ek ödemeler konusunda dikkate

alındığı ve bu nedenle de 5302 sayılı Kanuna göre yapılan bu ödemelerin 5540 sayılı Kanunun ek 5 inci maddesinin kapsamında bir ek ödeme sayılması gerektiğine kuşku bulunmadığı" belirtilmiştir. İlgili görüş nedeniyle Vergi Dairesi Başkanlığı 5302 sayılı Kanunun 28 ve 63 ncü maddelerine göre yapılan ödemelerden kesilen gelir vergilerini ilgililerine iade etmiştir.

Daha sonra Maliye Bakanlığı'nın 16.2.2007 tarih ve 013697 sayılı yazısı ile "ücret ve ücret sayılan ödemelerin Gelir Vergisi Kanununun 61,94,103 ve 104 üncü maddelerine göre vergi tevkifatı yapılması suretiyle vergilendirilmesi gerektiği, 5302 sayılı İl Özel İdaresi Kanununun 28 ve 63 üncü maddeleri ile 5540 sayılı Dahiliye Memurları, İl İdaresi Kanunu, İçişleri Bakanlığı Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun ve Devlet Memurları Kanunlarında Değişiklik yapılmasına Dair Kanununun 1 inci maddesiyle 1700 sayılı Dahiliye Memurları Kanununa eklenen "Ek Ödeme" başlıklı Ek 5 inci maddesinin tetkikinden, encümen başkanı ve üyeleri ile vali yardımcıları ve kaymakamlara iki ayrı yasaya dayanılarak ek ödeme yapılabileceği sonucu çıkmaktadır. Bu ödemelerden biri 5302 sayılı İl Özel İdaresi Kanununun 28 ve 63 üncü maddeleri kapsamında encümen başkanı ve üyeleri ile vali yardımcıları ve kaymakamlara yapılan ödeme, ikincisi ise 1700 sayılı Kanunun ek 5 inci maddesine istinaden yapılan ek ödemedir. 5302 sayılı İl Özel İdaresi Kanununun 28 inci ve 63 üncü maddelerine göre yapılan ödemeler özel idare bütçesinden karşılanırken, 1700 sayılı Kanunun ek 5 inci maddesine göre yapılan ödemeler genel bütçeden karşılanmaktadır.Buna göre, 1700 sayılı Kanunun ek 5 inci maddesinde yer alan istisna hükmü sadece bu madde kapsamında verilen ek ödemeleri kapsamakta olup, 5302 sayılı Kanunun 28 ve 63 üncü maddeleri uyarınca yapılan ödemelerİ kapsamamakta ve bu ödemelerin diğer kanunlarda da istisna hükmü olmaması nedeniyle eksiden olduğu gibi genel hükümler çerçevesinde vergilendirilmesi gerektiği belirtildiğinden 16.2.2007 tarihli Gelir İdaresi Başkanlığının görüşü doğrultusunda iade edilen tutarların tekrar tahsili için vergi ziyaı cezalı tarhiyatlar yapılmıştır.

5540 sayılı Dahiliye Memurları Kanunu, İl İdaresi Kanunu, İçişleri Bakanlığı Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun ve Devlet Memurları Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 1 inci maddesi ile 9.6.1930 tarihli ve 1700 sayılı Dahiliye Memurları Kanununa eklenen "Ek Ödeme" başlıklı ek 5. maddede, bu ödemenin yapılacağı kamu görevlileri sayılıp,ödemenin üst sınırı belirlenmiş ve ödemeye ilişkin kriterlere yer verilip,oranı belirleme yetkisine ilişkin usul belirtilmiş,bu ödemeden damga vergisi hariç herhangi bir vergi kesintisi yapılamayacağı ifade edilmiştir. 5. 7.2007 tarih ve 26219 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 5540 sayılı Yasa ile tanımlanan ek ödeme ve bu ödemeye uygulanacak vergi istisnasının sadece bu Yasa ile yapılan ödemeleri değil,Yasanın yürürlüğe konuluş amacı da dikkate alındığında mülki idare amirlerine diğer kanunlar uyarınca,bu kapsamda 5302 sayılı Yasa ile yapılan ek ödemeler için de uygulanmasının amaçlandığı anlaşılmaktadır.

Buna göre, 5540 sayılı Kanunun Ek 5 inci maddesi ile, İçişleri Bakanlığı merkez ve taşra teşkilatında eş değer görevleri yapan aynı memuriyet kıdemindeki mülki idare amirlerinin aylıklarının eşitlenmesi amaçlandığından, mülki idare amirliği hizmetleri sınıfında bulunanlara yapılan ek ödemelere de vergi istisnası uygulanacağı açıktır.

Açıklanan nedenlerle; Kırıkkale Vergi Mahkemesinin 3.10.2007 günlü ve E:2007/303, K:2007/455 sayılı kararının bozulmasına 22.12.2008 gününde oyçokluğuyla karar verildi.

KARŞI OY

X-Temyiz dilekçesinde öne sürülen hususlar, temyize konu mahkeme kararının bozulmasını sağlayacak nitelikte bulunmadığından temyiz isteminin reddi gerektiği görüşüyle karara karşıyız.

T.C.
D A N I Ş T A Y
Dördüncü Daire
Esas No : 2008/6481
Karar No : 2009/1105

Özeti : Mülkiyeti vakfa ait olan arsa üzerinde, davacı lehine yapılan üst hakkı tesisi nedeniyle yapılan ödemelerinin, Gelir Vergisi Kanunu'nun 94/5-b maddesi uyarınca gelir vergisi tevkifatı yapılamayacağı hakkında.

Kararın Düzeltilmesini İsteyen : ... Yatırım Sanayi ve Ticaret Anonim Şirketi
Karşı Taraf : Nuruosmaniye Vergi Dairesi Müdürlüğü/İSTANBUL
İstemin Özeti : 2006/1-3 dönemine ilişkin muhtasar beyannamesini ihtirazi kayıtla veren davacı, mülkiyeti Terakki Vakfına ait taşınmaz üzerinde davacı lehine 33 yıl süreyle bağımsız ve sürekli üst hakkı tesisi nedeniyle yapılan ödemelerden 193 sayılı Gelir Vergisi Kanunu'nun 94/5-b maddesi uyarınca tevkifat yapılmaması gerektiğini ileri sürerek tahakkuk eden verginin kaldırılması ve ödenen kısmın iadesi istemiyle dava açmıştır. İstanbul 4. Vergi Mahkemesi; tahakkuk eden verginin kaldırılmasına ve ödenen kısmın iadesine karar vermiştir. Davalı İdarenin temyiz istemi üzerine Danıştay Dördüncü Dairesinin 12.6.2008 günlü ve E:2007/3348, K:2008/2305 sayılı kararıyla Mahkeme kararı bozulmuştur. Davacı, üst hakkı tesisinin kiralama olarak nitelendirilemeyeceğini ileri sürerek kararın düzeltilmesini istemektedir.
Savunmanın Özeti : Karar düzeltme isteminin reddi gerektiği savunulmuştur.
Tetkik Hakimi Yavuz Şen'in Düşüncesi : Kararın düzeltilmesi istemini içeren dilekçede öne sürülen hususlar, kararın düzeltilmesini sağlayacak nitelikte bulunmadığından istemin reddi gerektiği düşünülmektedir.
Danıştay Savcısı Gülsen Bişkin'in Düşüncesi : Mülkiyeti Terakki Vakfına ait taşınmaz üzerinde davacı Anonim Şirket lehine 33 yıl süreyle bağımsız ve sürekli üst hakkı tesisi nedeniyle yapılan ödemelerden, 193 sayılı Gelir Vergisi Kanunu'nun 94/5-b maddesi uyarınca tevkifat yapılmaması gerektiğini belirterek ihtirazi kayıtla beyan ettiği 2006/1-3 dönemine ilişkin gelir (stopaj) vergisinin ödenen kısmının iadesi tahakkuk eden verginin kaldırılması istemiyle açılan davada, Mahkeme ödenen verginin iadesine tahakkukun kaldırılmasına karar vermiş, vergi dairesi müdürlüğü temyiz istemini inceleyen Danıştay 4.Dairesi 12.6.2008 günlü ve E:2007/3348, K:2008/2305 sayılı kararıyla Vergi Mahkemesi kararını bozmuş davacı Anonim Şirket tarafından anılan kararın düzeltilmesi isteminde bulunulmuştur.

193 sayılı Gelir Vergisi Kanunu'nun 94 üncü maddesinin 1 inci fıkrasında; kamu idare ve müesseseleri, iktisadî kamu müesseseleri, sair kurumlar, ticaret şirketleri, iş ortaklıkları, dernekler, vakıflar, dernek ve vakıfların iktisadî işletmeleri, kooperatifler, yatırım fonu yönetenler, gerçek gelirlerini beyan etmeye mecbur olan ticaret ve serbest meslek erbabı, zirai kazançlarını bilanço veya ziraî işletme hesabı esasına göre tespit eden çiftçiler aşağıdaki bentlerde sayılan ödemeleri (avans olarak ödenenler dahil) nakden veya hesaben yaptıkları sırada, istihkak sahiplerinin gelir vergilerine mahsuben tevkifat yapmaya mecbur oldukları açıklanmış, aynı maddenin 5/b bendinde ise; vakıflar (mazbut vakıflar hariç) ve derneklere ait gayrimenkullerin kiralanması karşılığında bunlara yapılan kira ödemelerinden vergi tevkifatı yapılacağı ifade edilmiştir.

4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 704 üncü maddesinin 2 numaralı bendinde; tapu kütüğünde ayrı sayfaya kaydedilen bağımsız ve sürekli hakların taşınmaz mülkiyetinin konusunu oluşturacağı hükmüne yer verilmiş, aynı Kanunun 826 ncı maddesinde de; bir

taşınmaz malikinin, üçüncü kişi lehine arazisinin altında veya üstünde yapı yapmak veya mevcut bir yapıyı muhafaza etmek yetkisi veren bir irtifak hakkı kurabileceği, aksi kararlaştırılmış olmadıkça bu hakkın, devredilebileceği ve mirasçılara geçeceği, üst hakkı, bağımsız ve sürekli nitelikte ise üst hakkı sahibinin istemi üzerine tapu kütüğüne taşınmaz olarak kaydedilebileceği, en az otuz yıl için kurulan üst hakkının, sürekli nitelikte olduğu hükme bağlanmıştır.

Dava konusu olayda da, Terakki vakfına ait arsa üzerinde davacı A.Ş lehine 33 yıl süreyle bağımsız ve sürekli üst hakkı tanınmış, tapu siciline taşınmaz olarak tescil edilmiş, tapu senedi düzenlenmiş, üst hakkı bedeli taksit tutarları belirlenmiş, davacı şirket tarafından yapı ruhsatı alınmış, yapı kullanma izin belgesi düzenlenmiş, komşu parselden geçiş hakkı alınmış ve arsa üzerine alışveriş merkezi inşa edilmiştir.

Davacı şirketin, tüm bu işlemlerin kira sözleşmesi gibi nitelendirilemeyeceği taşınmaz sahibi gibi tüm hak ve yetkileri kullandıklarını kiraya ilişkin hükümlerden hareketle ilk ödeme üzerinden tevkifat yapılmasının yasal dayanağı bulunmadığını belirtilerek açtığı davada, Mahkeme, mevcut durumun satış işleminin unsurlarını taşıdığı, kiralama işlemine dayanak olabilecek nitelikte bir akit bulunmadığı gerekçesiyle tahakkuk eden vergiyi kaldırmıştır.

Borçlar Kanunu'nun 182 inci maddesinde satım akti, belli bir bedel karşılığı mülkiyetin alıcıya geçmesi olarak tanımlanmış, 248 inci maddesinde ise kira akti tanımlanırken,birşeyin kullanım hakkının ücret karşılığı belli bir süre için başkasına devri şartı aranmıştır.

Dava konusu olayda da, mülkiyet hakkı devredilmemiş, belli bedel karşılığı 33 yıl süreyle arsa üzerine bina inşa ve muhafaza etme ve sürenin sonunda devretme şartıyla davacı şirkete üst hakkı tanınmıştır. Belli süre ve şarta uygun olarak üst hakkı tanındığından gayrimenkul olarak tapuya tescil edilmiş ve bu hakkın tanındığı imkanlar çerçevesinde davacı şirket tarafından bina inşa edilmiş bu durumun gereği gerekli izin başvuruları yapılmış ruhsatlar alınmış bina nedeniyle vergiler ödenmiş, üst hakkından yararlanılmıştır. Arazinin mülkiyeti yine Terakki Vakfında kalmıştır.Bu yararlanma şeklinin adı kiralama yada üst hakkı tesisi de olsa sonuç itibariyle araziden belli bedel karşılığı yararlanma ve sürenin sonunda gerektiği gibi devretme yükümlülüğü getiren bir hukuki sözleşmedir.

İhtirazi kaydı kabul edilmeyerek davacı şirket adına yapılan tahakkukta mevcut yasal düzenlemeye aykırılık bulunmadığı karar düzeltme isteminin reddi gerektiği düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Dördüncü Dairesince, duruşma için belirlenen 4.3.2009 gününde gelen davacı şirketin kanuni temsilcisi … ile davalı İdareyi temsilen gelen Hazine Avukatı …'ın açıklamaları dinlendikten, Danıştay Savcısının düşüncesi alındıktan ve taraflara son söz verildikten sonra işin gereği görüşüldü:

Karar düzeltme dilekçesinde ileri sürülen nedenler kararın düzeltilmesini gerektirecek nitelikte görüldüğünden, Danıştay Dördüncü Dairesinin 12.6.2008 günlü ve E:2007/3348, K:2008/2305 sayılı kararının kaldırılmasına karar verilerek İstanbul 4. Vergi Mahkemesinin 8.5.2007 günlü ve E:2006/1274, K:2007/1211 sayılı kararına yöneltilen temyiz başvurusu yeniden incelendi:

2006/1-3 dönemine ilişkin muhtasar beyannamesini ihtirazi kayıtla veren davacının, mülkiyeti Terakki Vakfına ait taşınmaz üzerinde davacı lehine 33 yıl süreyle bağımsız ve sürekli üst hakkı tesisi nedeniyle yapılan ödemelerden 193 sayılı Gelir Vergisi Kanunu'nun 94/5-b maddesi uyarınca tevkifat yapılmaması gerektiğini ileri sürerek açtığı davada; tahakkuk eden verginin kaldırılmasına, ödenen kısmın iadesine karar veren Vergi Mahkemesi kararı temyiz edilmiştir.

193 sayılı Gelir Vergisi Kanunu'nun gayrimenkul sermaye iradını tanımlayan 70 inci maddesinde; arazi, bina (döşeli olarak kiraya verilenlerde döşeme için alınan kira bedelleri dahil) maden suları, menba suları, madenler, taş ocakları, kum ve çakıl istihsal yerleri, tuğla ve kiremit harmanları ve bunların mütemmim cüzi ve teferruatının sahipleri, mutasarrıfları, zilyedleri, irtifak ve intifa hakkı sahipleri veya kiracıları tarafından kiraya verilmesinden elde edilen iratların gayrimenkul sermaye iradı olduğu hükmüne yer verilmiştir. Aynı Kanunun 94 üncü maddesinin 1 inci fıkrasında; kamu idare ve müesseseleri, iktisadî kamu müesseseleri, sair kurumlar, ticaret şirketleri, iş ortaklıkları, dernekler, vakıflar, dernek ve vakıfların iktisadî işletmeleri, kooperatifler, yatırım fonu yönetenler, gerçek gelirlerini beyan etmeye mecbur olan ticaret ve serbest meslek erbabı, zirai kazançlarını bilanço veya ziraî işletme hesabı esasına göre tespit eden çiftçiler aşağıdaki bentlerde sayılan ödemeleri (avans olarak ödenenler dahil) nakden veya hesaben yaptıkları sırada, istihkak sahiplerinin gelir vergilerine mahsuben tevkifat yapmaya mecbur oldukları açıklanmış, aynı maddenin 5/b bendinde ise; vakıflar (mazbut vakıflar hariç) ve derneklere ait gayrimenkullerin kiralanması karşılığında bunlara yapılan kira ödemelerinden vergi tevkifatı yapılacağı ifade edilmiştir.

4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 704 üncü maddesinin 2 numaralı bendinde; tapu kütüğünde ayrı sayfaya kaydedilen bağımsız ve sürekli hakların taşınmaz mülkiyetinin konusunu oluşturacağı hükmüne yer verilmiş, aynı Kanunun 826 ncı maddesinde de; bir taşınmaz malikinin, üçüncü kişi lehine arazisinin altında veya üstünde yapı yapmak veya mevcut bir yapıyı muhafaza etmek yetkisi veren bir irtifak hakkı kurabileceği, aksi kararlaştırılmış olmadıkça bu hakkın, devredilebileceği ve mirasçılara geçeceği, üst hakkı, bağımsız ve sürekli nitelikte ise üst hakkı sahibinin istemi üzerine tapu kütüğüne taşınmaz olarak kaydedilebileceği, en az otuz yıl için kurulan üst hakkının, sürekli nitelikte olduğu hükme bağlanmıştır.

Dava dosyasının incelenmesinden; mülkiyeti Terakki Vakfına ait olan, Şişli 2. Bölge Tapu Sicil Müdürlüğünün 245 no'lu sayfadaki … ada, … parselde kayıtlı gayrimenkul üzerinde 33 yıl süre ile davacı lehine "Bağımsız ve sürekli üst hakkı" tesis edilerek, tapu sicilinde taşınmaz olarak tescil edildiği ve tapu senedinin düzenlendiği, üst hakkı tesisine ilişkin resmi senet tanzim edilip, herbir dönem için ayrı ayrı üst hakkı bedeli taksit tutarları belirlenerek ödeme planına bağlandığı anlaşılmıştır. Davacının, sözkonusu ödemeler üzerinden gelir vergisi tevkifatı yapılmaması gerektiği yönündeki ihtirazi kaydının kabul edilmemesi üzerine açılan davada; Vergi Mahkemesince, bağımsız ve sürekli üst hakkı kurularak tapuya tescil edilmiş olması ve kiralama işlemine dayanak olabilecek bir akdin bulunmadığı belirtilerek, üst hakkı tesisi işleminin satış işleminin unsurlarını taşıdığı gerekçesiyle tahakkuk eden verginin kaldırılmasına ve ödenen kısmın iadesine karar verilmiştir.

Uyuşmazlık konusu olayda, tapu kütüğünün ayrı bir sayfasına kaydedilen, bağımsız ve sürekli nitelikte olduğu anlaşılan üst hakkının, Mahkeme kararında da belirtildiği üzere, Medeni Kanunun 704 üncü maddesi kapsamında taşınmaz olarak değerlendirilmesi gerekmektedir. Ancak bu hakkın tesisi, yine Mahkeme kararında belirtildiği gibi bir satış işlemi niteliği taşımamaktadır. Zira, üst hakkında Medeni Kanunun 826 ncı maddesinde açıklandığı şekliyle, bir taşınmazın altında veya üstünde yapı yapmak veya mevcut bir yapıyı muhafaza etmek yetkisinin üçüncü kişiye verilmesi sözkonusudur. Üst hakkı tesisinde arazi malikinin mülkiyet hakkı devam eder. Arazinin maliki, arazisini satıp, devredebilir. Arazi malikinin mükellefiyeti, resmi senetteki hükümlere uygun olarak, üst hakkı sahibinin inşaat yapmasına ve yaptığı inşaatı muhafaza etmesine katlanmaktır. Diğer bir anlatımla, arazi sahibi, arazisinin altında veya üstünde bir yapı yapma veya mevcut bir yapıyı muhafaza etme yetkisini üçüncü kişiye belirli süre ve şartlar dahilinde devretmekte, arazisinin üçüncü kişi tarafından kullanılmasına rıza göstermektedir. Dolayısıyla, üst hakkı tesisiyle, arazinin mülkiyeti üçüncü kişiye geçmemekte, satış işleminde olduğu gibi "mülkiyetin nakli" sözkonusu olmamaktadır.

Öte yandan, kiralama, kiralayana ödeyeceği belli bir bedel karşılığında, belirli bir sürede, belirli bir şeyin veya hakkın kullanılması yetkisini sağlayan ve taraflarca birbirine karşı ileri sürülebilecek nitelikte olan Borçlar Kanunu'na yada Gayrimenkul Kiralamaları Hakkında Kanun hükümlerine göre tesis edilen şahsi bir haktır. Bu itibarla, üst hakkı tesisi ile kiralama işleminin kuruluşundan sona ermesine kadar tesisi, taraflara konusu üzerinde tanıdığı haklar ve yüklediği borçlar, sona erme biçim ve şartları, üçüncü kişilerle olan ilişki yönünden doğurduğu sonuçları, akde uygulanacak hükümleri, niteliği ile birbirinden tamamen farklı olması nedeniyle üst hakkı tesisinin bir kiralama olarak da değerlendirilmesi hukuken mümkün değildir.

Diğer taraftan, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun sistematiği içersinde üst hakkı; sınırlı ayni haklar kısmında, irtifak hakları ve taşınmaz yükü bölümünün intifa hakkı ve diğer irtifak hakları ayrımı altında, mülkiyet hakkı ise bir başka kısım altında ayrıca düzenlenmiştir. Kira ve satış akti ise esas olarak 818 sayılı Borçlar Kanununda düzenlenmiştir. Gerek bu sistematik içerisinde, gerek Türk Hukukunda başta 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu ve 3065 sayılı Katma Değer Vergisi Kanunu olmak üzere, özellikle Hazine taşınmazlarına ilişkin çeşitli yasa altı düzenleyici işlemlerde; kira, satış ve ayni hak tesisi işlemleri ayrı ayrı düzenlenmiştir. Bu itibarla, her üç düzenlemenin de birbirinden farklı hukuki sonuçlar doğuran işlemler olduğu anlaşılmaktadır.

Bu durumda, Anayasa'da öngörülen verginin yasallığı ilkesi de dikkate alındığında, 193 sayılı Gelir Vergisi Kanununun vergi tevkifatını düzenleyen 94 üncü maddesinde açıkça sayılmayan dava konusu üst hakkının ilk tesis bedeli üzerinden, vergi tevkifatı yapılmasına hukuken olanak bulunmamaktadır. Bu nedenle, tahakkuk eden verginin kaldırılmasına karar veren Vergi Mahkemesi kararı sonucu itibarıyla hukuka uygun bulunmuştur.

Açıklanan nedenle, temyiz isteminin reddine, İstanbul 4. Vergi Mahkemesinin 8.5.2007 günlü ve E:2006/1274, K:2007/1211 sayılı kararının yukarıda belirtilen gerekçeyle onanmasına 4.3.2009 gününde oybirliğiyle karar verildi.

KAMU ALACAKLARININ TAHSİLİ

T.C.
D A N I Ş T A Y
Dördüncü Daire
Esas No : 2008/8544
Karar No : 2009/817

Özeti : Davacının banka hesabına uygulanan hacizle ilgili olarak, davacıya herhangi bir tebligat yapılmadığından, Anayasanın 40 ncı ve 125 inci maddeleri ile 2577 sayılı Kanun'un 7 nci maddesinde yer alan hükümler karşısında, ıttıla tarihine göre açılan davanın süresinde olduğu hakkında.

Temyiz Eden : ...
Vekili : Av. ...
Karşı Taraf : Bakırköy Vergi Dairesi Müdürlüğü
İstemin Özeti : Davacının banka hesabına uygulanan haczin iptali istemiyle dava açılmıştır. İstanbul 6.Vergi Mahkemesinin 9.7.2008 günlü ve E:2008/2557, K:2008/2600 sayılı kararıyla; dava dilekçesinde dava konusu haciz işleminin 9.5.2008 tarihinde öğrenildiğinin belirtildiği, bu tarihten itibaren 2577 sayılı Kanunun 7 nci maddesinde

öngörülen 30 günlük dava açma süresinin son günü olan 9.6.2008 tarihe kadar dava açılması gerekirken 11.6.2008 tarihinde açılan davanın süresinde olmadığı gerekçesiyle davanın süreaşımı nedeniyle reddine karar verilmiştir. Davacı, haciz işleminden 9.6.2008 tarihinde haberdar olduğunu, dava dilekçesinde sehven 9.5.2008 tarihinin yazıldığını, nitekim hacze konu borçlara ait ödeme emirlerinin düzenleme tarihinde 13.5.2008 olduğunu, hacizden önce ödeme emri düzenlenmesi mümkün olmadığı, dolayısıyla 9.6.2008 tarihinde hacizden haberdar olmasının normal olduğunu ileri sürerek kararın bozulmasını istemektedir.

Savunmanın Özeti : Vergi borcu ödendiğinden haczin kaldırıldığı, temyiz isteminin reddi gerektiğini savunmuştur.

Tetkik Hakimi Mehmet Sönmez'in Düşüncesi : Uyuşmazlık konusu hacze ilişkin ödeme emrinin 13.5.2008 tarihinde düzenlendiği ve hacze ilişkin davacıya doğrudan tebligat yapılmadığı hususları dikkate alındığında, temyiz aşamasında davacının ıttıla tarihi olarak beyan ettiği tarihe göre dava süresinde açıldığından davanın esası incelenmek üzere Mahkeme kararının bozulması gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı Abdurrahman Gençbay'ın Düşüncesi : Kesinleşen ve vadesinde ödenmediği ileri sürülen vergi borcunun tahsili için davacının bankadaki mevduat hesabı üzerine uygulanan haciz işlemine karşı açılan davayı süre aşımı nedeniyle reddeden Vergi Mahkemesi kararının temyizen incelenerek bozulması istenmektedir.

Davacının elde ettiği faiz gelirini beyan etmemesi nedeniyle tahakkuk ettirilip tahsil edilememesi üzerine ödeme emirleri ile tahsili yoluna gidilen vergi borcundan kaynaklanan kamu alacağının cebren tahsili için banka mevduat hesabı üzerine haciz uygulanmıştır. 15.4.2008 tarih ve 32570 sayı işlemle tesis edilen haciz işleminin davacıya tebliğine ilişkin dosyada bir belge bulunmamaktadır. Mahkeme davacının dava dilekçesinde bildirdiği ıttıla tarihini esas alarak açılan davanın süre aşımı nedeniyle reddine karar vermiştir.

İdari davaya konu olabilecek idari işlemlerin ilgililere yazılı olarak bildirilmesi ve başvuru yollarının da ayrıca gösterilmesi Anayasal bir zorunluluktur. Böyle bir bildirimin bulunmaması durumunda ittıla tarihine göre açılan davaların süresinde olup olmadığını incelemek yerindedir. İncelenen olayda, davacı, her ne kadar dava dilekçesinde ıttıla tarihini 9.5.2008 olarak göstermiş ise de, bu tarihi sehven 9.5.2008 olarak gösterdiğini, gerçekte dava konusu ettiği haciz işleminden 9.6.2008 tarihinde haberdar olduğunu ileri sürmektedir. Davalı idarece de bu iddianın aksi yönde, davacının dava konusu işlemden daha önce haberdar olduğuna dair bir delil gösterilememektedir.

Bu nedenle, tebliğ edilmeyen haciz işlemi ile ilgili olarak davacının ıttıla tarihine göre süresinde açıldığı anlaşılan dava hakkında esası incelenerek karar verilmesi gerekirken, davacının sehven yazdığı açık olan ıttıla tarihi esas alınarak davanın süre aşımı nedeniyle reddi yolunda verilen mahkeme kararın bozulması gerektiği düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Dördüncü Dairesince gereği görüşüldü:

Davacının banka hesabına uygulanan haczin iptali istemiyle açılan davayı süre aşımı nedeniyle reddeden Vergi Mahkemesi kararı davacı tarafından temyiz edilmiştir.

2709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 40 ıncı maddesine 4709 sayılı Kanunun 16 ncı maddesiyle eklenen ikinci fıkrada, "Devlet, işlemlerinde, ilgili kişilerin hangi kanun yolları ve mercilere başvuracağını ve sürelerini belirtmek zorundadır." düzenlemesi öngörülmüş, bu ek fıkranın gerekçesinde ise," Bireylerin yargı ya da idari makamlar önünde sonuna kadar haklarını arayabilmelerine kolaylık ve imkan sağlanması amaçlanmaktadır. Son derece dağınık mevzuat karşısında kanun yolu, mercii ve sürelerin belirtilmesi hak arama, hak ve hürriyetlerin korunması açısından zorunluluk haline gelmiştir." açıklaması yapılmış, 125 inci maddesinde ise, idari işlemlere karşı açılacak davalarda sürenin, yazılı bildirim tarihinden başlayacağı hükmüne yer verilmiştir.

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun dava açma süresi başlıklı 7 inci maddesinde ise, dava açma süresinin özel kanunlarında ayrı süre gösterilmeyen hallerde Danıştayda ve İdare Mahkemelerinde altmış ve vergi mahkemelerinde otuz gün olduğu, ilanı gereken düzenleyici işlemlerde dava süresinin, ilan tarihini izleyen günden itibaren başlayacağı ifade edilmiş olup, aynı Yasanın sürelerle ilgili genel esaslar başlıklı 8 inci maddesinde, sürelerin, tebliğ, yayın ve ilan tarihini izleyen günden itibaren işlemeye başlayacağı öngörülmüştür.

Anayasanın 125 inci maddesinde ve 2577 sayılı Kanunun 7 inci maddesinde, idari işlemlere karşı açılacak davalarda sürenin hesabında başlangıç tarihi olarak yazılı bildirimin esas alınacağı kurala bağlanmış olduğundan, subjektif işlemlere karşı açılacak idari davalarda, dava açma süresinin işlemeye başlayabilmesi için İdari işlemin ilgilisine yazılı olarak bildirimi diğer bir anlatımla tebliği zorunludur.

Sözkonusu düzenlemelerin birlikte değerlendirilmesinden; bireylerin yargı ya da idari makamlar önünde anayasal bir hak olan "hak arama hürriyetlerini" son derece dağınık mevzuat nedeniyle sonuna kadar kullanabilmelerini sağlamak ve kolaylaştırmak amacıyla, Devletin kurumları vasıtasıyla tesis edilen her türlü işlemlerinde, bu işlemlere karşı başvurulacak yargı veya idari makamların gösterilmesi, ayrıca sözkonusu başvurunun süresinin de belirtilmesi gerektiğinin bir Anayasal zorunluluk olduğu ve bu zorunluluğa Anayasanın bağlayıcılığı karşısında, yasama, yürütme ve yargı organlarının, idare makamlarının ve diğer kamu kurum ve kuruluşlarının uymakla yükümlü oldukları sonucuna ulaşılmaktadır. Bu durum, Anayasa Mahkemesi'nin 18.10.2003 günlü ve E.2003/67, K.2003/88 sayılı kararında; "Hukukun üstünlüğünün egemen olduğu bir devlette hukuk güvenliğinin sağlanması hukuk devleti ilkesinin yerine getirilmesi zorunlu koşullardandır. Statü hukukuna ilişkin düzenlemelerde istikrar, belirlilik ve öngörülebilirlik göz önünde bulundurularak hukuki güvenlik sağlanır. Bireyin insan olarak varlığının korunmasını amaçlayan hukuk devletinde vatandaşların hukuk güvenliğinin sağlanması zorunludur. Devlet açık ve belirgin hukuk kurallarını yürürlüğe koyarak bunları uyguladığı zaman hukuk güvenliği sağlanır." şeklindeki yorumla somutlaşan "hukuk devleti" ve "belirlilik" ilkelerinin de bir gereğidir.

Bütün bu kurallarla, bir hukuk Devletinde, hak arama hürriyetinin gereğince kullanılabilmesi için yönetilenlere menfaatlerini ihlal eden nitelikteki işlemlerin idare tarafından açık ve anlaşılabilir bir biçimde duyurularak bir yandan onlara bu işlemlere karşı idari yollara veya dava yoluna başvurmaları konusunda inceleme ve düşünme imkanının sağlanması, diğer yandan, gereksiz, belirsiz ve mükerrer başvurulara meydan vermemenin önüne geçilmesi amaçlanmıştır. Ancak bu kural İdarenin, yazılı bildirimde bulunmadan uygulama yapması veya ilgili belgeyi dosyaya ibraz edememesi halinde uygulama, uygulamanın sonuçları, dosyada mevcut bilgi ve belgelerin, dava konusu işlemin ve bununla ilgili diğer işlemlerin özelliği değerlendirilerek bunların yazılı bildirime karine olarak alınmasına ve belli bir tarihin yazılı bildirimin yapıldığı en son tarih olarak kabul edilmesine engel değildir.

Dosyada bulunan ve davalı İdare tarafından ... Bankası Anonim Şirketine hitaben yazılan 15.4.2008 günlü ve 3257 sayılı yazıdan, yazı ekinde yer alan 2 sayfadan ibaret bilgileri yazılı 40 mükellefin muhtelif dönemlere ilişkin vadesi geçmiş vergi borçlarından dolayı bankaları nezdindeki mevduat hesapları üzerine haciz uygulanarak hesaba bloke konulmasının istenildiği, bu yazı üzerine davacının da hesabına haciz uygulandığı anlaşılmıştır. Davacı dava dilekçesinde hacizle ilgili kendisine herhangi bir tebligat yapılmadığını, sadece ödeme emri tebliğ edildiğini, sözkonusu hacizden 9.5.2008 tarihinde hebardar olduğunu belirtmiş, temyiz aşamasında ise dava konusu haciz işleminin 9.6.2008 tarihinde öğrendiğini dava dilekçesindeki tarihin sehven yazıldığını ileri sürmüştür. Davacı, hacze konu borçlara ilişkin 13.5.2008 tarihli ödeme emirlerinin tebliğ üzerine süresinde dava açıldığını belirtmekte, dosyada mevcut olan tebliğ alındısında da 13.5.2008 tarihli yedi adet

ödeme emrinin 14.5.2008 tarihinde tebliğ edildiği görülmektedir. 6183 sayılı Kanun hükümleri uyarınca ödeme emrinin hacizden önce düzenlemesi, borcun ödenmemiş olması halinde haciz işlemlerine başlanılması gerekmektedir.

Ödeme emirlerinin düzenleme ve tebliğ tarihleri, ayrıca yukarıda metni yazılı Anayasal ve yasal düzenlemelerde davalarda sürenin, yazılı bildirim tarihinden başlayacağı yolundaki hükümler ile davalı İdarece hacze ilişkin davacıya yapılmış bir tebligat bulunduğu yolunda bir belge de ibraz edilmediği dikkate alındığında, davacının haciz işleminden, 9.6.2008 tarihinde haberdar olduğu, dolayısıyla dava dilekçesinde belirtilen tarihin sehven yazıldığı sonucuna ulaşılmıştır.

Bu durumda, dava konusu işlemin niteliği esas alındığında, ıttıla tarihine göre açılan dava süresinde olduğundan uyuşmazlığın esası incelenerek haciz işleminin hukuka uygun olup olmadığının karara bağlanması gerekmektedir.

Açıklanan nedenle, davanın temyiz isteminin kabulüyle İstanbul 6.Vergi Mahkemesinin 9.7.2008 günlü ve E:2008/2557, K:2008/2600 sayılı kararının bozulmasına 19.2.2009 gününde oybirliğiyle karar verildi.

KURUMLAR VERGİSİ

T.C.
D A N I Ş T A Y
Dördüncü Daire
Esas No : 2008/2696
Karar No : 2008/4231

Özeti : İlaç pazarlama işiyle uğraşan davacı şirketin, kongre ve sempozyumlara katılan doktorlar için yaptığı ulaşım ve konaklama giderinin, kazancın tespitinde indirim konusu yapılamayacağı hakkında.

Temyiz Eden Taraflar : 1-... Limited Şirketi
Vekili **:** Av. ...
2-Hitit Vergi Dairesi Müdürlüğü

İstemin Özeti : Davacı adına 2002 yılı için ikmalen salınan kurumlar vergisi,hesaplanan fon payı ile kesilen vergi ziyaı cezasının kaldırılması istemiyle dava açılmıştır.Ankara 3.Vergi Mahkemesinin 4.3.2008 günlü ve E:2007/921,K:2008/315 sayılı kararıyla; mükellefler hakkındaki vergi inceleme raporlarında belirlenen matrah farkının daha sonra düzenlenecek olan vergi ceza ihbarnameleri için esas kabul edildiği ve tarhiyat öncesi yapılan uzlaşmalarda taraflarca anlaşılan tutarlar üzerinden de ceza ihbarnameleri düzenlendiğinden davalı idarenin tarhiyat öncesi uzlaşmanın sağlanmaması sonucu dava açılamayacağı iddiasının Danıştay'ın da bu yöndeki kararları dikkate alındığında yerinde görülmediği,193 sayılı Gelir Vergisi Kanunu'nun 40 ıncı maddesinde,ticari kazancın elde edilmesi ve idame ettirilmesi için yapılan genel giderler ile kiralama yoluyla edinilen veya işletmeye dahil olan ve işte kullanılan taşıtlara ait giderlerin kazancın tespitinde indirim konusu yapılabileceği hükmüne yer verildiği,buna göre safi kazancın tespitinde indirilebilecek giderlerin, sınırsız olmadığı,dolayısıyla yapılan giderin, sağlanan kazançla arasında dolaysız olmayan ve işin gerekliliğini aşmayan nev'iden bir harcama olması gerektiği,diğer taraftan işletmeye dahil olan taşıtlara ait giderlerin de taşıtın işte kullanılması şartıyla kazançtan indirilebileceği,dosyanın incelenmesinden kongre ve sempozyumlara davet edilen doktorlar için davacı şirket tarafından yapılan konaklama ve ulaşım giderinin "Pazarlama Satış ve

Dağıtım Giderleri" hesabında muhasebeleştirilerek kurum kazancından indirildiği,diğer taraftan işletmeye dahil olan ... plakalı otomobil için yapılan çeşitli giderlerin de kurum kazancından indirim konusu yapıldığı,ancak kongre ve sempozyumların bilimsel amaçlı olması nedeniyle firmanın faaliyet konusu olan ilaç satışıyla ilgisinin bulunmadığı,bahsedilen taşıtın ise işletmeye kayıtlı diğer taşıtlara nazaran lüks olmasından dolayı davacı kurumun %98 paylı ortağının özel ihtiyaçları için ve işle ilgili olmaksızın kullanıldığı sonucuna varılarak bulunan matrah farkı üzerinden vergi ziyaı cezalı kurumlar vergisi ve fon payı tarhiyatının önerildiği,yapılan tarhiyat öncesi uzlaşma toplantısında ise uzlaşmanın sağlanamaması üzerine dava açıldığının anlaşıldığı,yukarıda belirtilen kanun hükümlerinin birlikte değerlendirilmesinden,kongrelere katılan doktorların ulaşım ve konaklama masraflarının firmanın iş alanı olan ilaç satış-pazarlama faaliyetiyle doğrudan ilişki kurularak tanıtım giderleri içinde değerlendirilebilmesi için,söz konusu organizasyonun tamamen ilaç tanıtımı amacıyla tertiplenmiş olmasının gerektiği,oysa bahsedilen kongrelerin belirli bir tıbbi konuda meslek mensuplarının bir araya gelmesiyle gerçekleştirilen bilimsel nitelikli toplantılar olduğu,dolayısıyla işin gerekliliğini aşan nitelikte ve ilaç tanıtımıyla doğrudan ilişkilendirilmesi mümkün bulunamayan bu nev'iden giderlerin kabul edilmemesinde hukuka aykırılık görülmediği,işletme adına kayıtlı aracın işte kullanıldığından bahisle vergi,amortisman ve sigorta bedelinden hesaplanan tutarların kazançtan indirim konusu yapılmasına mani olacak,diğer bir ifadeyle taşıtın işte kullanılmadığı yönünde yapılmış bir tespitte bulunulmadığı halde,sadece aracın niteliklerinden ve iktisap bedelinden hareketle özel amaçla kullanıldığı sonucuna ulaşılarak araca ait giderler nedeniyle bulunan matrah farkının hukuka uygun bulunmadığı gerekçesiyle matrahın azaltılmasına karar verilmiştir. Davacı,söz konusu tanıtım ve pazarlama giderlerinin kazancın tespitinde matrahtan düşülebileceğini,davalı idare de tarhiyat öncesi uzlaşmanın sağlanamaması üzerine açılan davanın incelenemeyeceği, otomobil şirket işlerinde kullanılmadığından buna ilişkin giderlerin kazançtan indirilemeyeceğini ileri sürerek kararı bozulmasını istemektedirler.

Savunmanın Özeti : Taraflar karşılıklı olarak temyiz isteminin yasal dayanaktan yoksun olduğunu bu nedenle reddi gerektiğini savunmuşlardır.

Tetkik Hakimi Erkan Kunduracı'nın Düşüncesi : Taraflar temyiz dilekçelerinde öne sürülen hususlar,temyize konu mahkeme kararının bozulmasını sağlayacak nitelikte bulunmadığından taraflar temyiz isteminin reddi gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı İbrahim Erdoğdu'nun Düşüncesi : İdare ve vergi mahkemelerince verilen kararların temyizen incelenerek bozulabilmesi için,2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 49'uncu maddesinin birinci fıkrasında belirtilen nedenlerin bulunması gerekmektedir.

Taraflar 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 Dördüncü Dairesince duruşma yapılmasına gerek görülmeyerek işin esası incelendi.

Taraflarca temyiz dilekçelerinde ileri sürülen iddialar,bozulması istenilen kararın dayandığı gerekçeler karşısında,yerinde ve kararın bozulmasını sağlayacak durumda görülmemiştir.

Bu nedenle temyiz istemlerinin reddine,Ankara 3.Vergi Mahkemesinin 4.3.2008 günlü ve E:2007/922,K:2008/316 sayılı kararının onanmasına,araç giderleri yönünden oybirliğiyle,pazarlama satış dağıtım giderleri yönünden oyçokluğuyla, 6.11.2008 gününde karar verildi.

KARŞI OY

X- İlaç pazarlama faaliyetiyle uğraşan davacının kongre ve sempozyumlara davet edilen doktorların ulaşım ve konaklama giderleri ile işletme aktifinde kayıtlı otomobile ilişkin giderlerin, kazancın tespitinde matrahtan indirimi kabul edilmeyerek yapılan tarhiyata karşı açılan davada, matrahın azaltılmasına ilişkin vergi mahkemesi kararı taraflarca temyiz edilmiştir.

Davacı şirket, ilaç pazarlama faaliyetiyle uğraşmakta olup, faaliyeti kapsamında çeşitli kuruluşların düzenlediği, bilimsel içerikli kongrelere katılan doktorların ulaşım ve konaklama giderlerini karşılayarak bu giderlerini kazancın tespitinde indirim konusu yapması, ilaç sektörünün işleyişi göz önüne alındığında reklam, tanıtım ve promosyon giderleri olduğu, bu tür giderlerin şirketin ticari faaliyetinin devamı için gerekli olduğu, bu giderlerin sektör açısından ticari icaplara da aykırılık taşımadığı ve faaliyetten ayrı düşünülemeyeceğinden belirtilen giderlerden kaynaklanan tarhiyatta kanuna uyarlık görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle davacı temyiz isteminin kabulü ile kararın bozulması gerektiği görüşü ile kararın bu kısmına katılmıyoruz.

T.C.
D A N I Ş T A Y
Dördüncü Daire
Esas No : 2007/2306
Karar No : 2008/4933

Özeti : 1 Sıra nolu Kurumlar Vergisi Kanunu Genel Tebliği'nin iş ortaklığında zarar mahsubuyla ilgili 2.5.3 numaralı bölümünün son paragrafında yer alan dava konusu "Kurumlar vergisi mükelleflerinin zararlarının, bu mükelleflerin ortaklarınca indirilebilmesi mümkün olmayıp aynı durum kurumlar vergisi mükellefi iş ortaklarının zararları içinde geçerlidir." düzenlemesinde yasaya aykırılık görülmediği hakkında.

Davacı : ... Anonim Şirketi
Vekili : Av. ...
Davalı : Maliye Bakanlığı

İstemin Özeti : 3.4.2007 gün ve 26482 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 1 sıra nolu Kurumlar Vergisi Kanunu Genel Tebliğinin iş ortaklığında zarar mahsubuyla ilgili 2.5.3 numaralı bölümünün son paragrafında yer alan "Kurumlar vergisi mükelleflerinin zararlarının, bu mükelleflerin ortaklarınca indirilebilmesi mümkün olmayıp aynı durum kurumlar vergisi mükellefi iş ortaklıklarının zararları için de geçerlidir." şeklindeki düzenlemenin 5520 sayılı Kurumlar Vergisi Kanunu'na aykırı olduğu ileri sürülerek iptali istemiyle dava açılmıştır.

Savunmanın Özeti : Dava konusu düzenlemede kanuna aykırılık bulunmadığından davanın reddi gerektiği savunulmuştur.

Tetkik Hakimi Hayrettin Korucu'nun Düşüncesi : 3.4.2007 gün ve 26482 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 1 sıra nolu Kurumlar Vergisi Kanunu Genel Tebliğinin iş ortaklığında zarar mahsubuyla ilgili 2.5.3 numaralı bölümünün son paragrafında yer alan dava konusu düzenleme yasaya uygun olduğundan davanın reddi gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı A.Kemal Terlemezoğlu'nun Düşüncesi : Dava, 03.04.2007 gün ve 26482 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan 1 Seri No'lu Kurumlar Vergisi Genel Tebliğinin iş ortaklıklarına ilişkin 2.5.3 işin bitiminde ortaya çıkan zararların durumu başlıklı

bölümündeki, "..... Kurumlar vergisi mükelleflerinin zararlarının, bu mükelleflerin ortaklarınca indirilebilmesi mümkün olmayıp aynı durum kurumlar vergisi mükellefi iş ortaklıklarının zararları içinde geçerlidir." ifadesinin iptali istemiyle açılmıştır.

İdari işlemlerin hukuka uygunluğunun denetimi iptal davasının konusu oluşturmaktadır. Bir işlemin iptal davasına konu olabilmesi için ilgililerin menfaatini etkilemesi hukuki sonuçlar yaratmış olması ve kesin ve yürütülmesi zorunlu nitelik taşıması gerekmektedir. Dava konusu Tebliğde, davacının hukukunu etkileyebilecek bazı düzenlemelere yer verildiğinden idari davaya konu olabilecek kesin ve yürütülmesi zorunlu işlem olarak kabulü ile davalı idarenin usule yönelik iddialarında isabet görülmemiştir.

Kurumlar Vergisi Kanununun 1.maddesinde aşağıda sayılan kurumların kazançları kurumlar vergisine tabidir. Denilmek ve aynı maddede bu kurumların hangileri olduğu tek tek sayılmak suretiyle bu verginin konusu ve mükellefleri açıklanmıştır.

Anılan maddenin (d) bendinde mükellef gruplarından birisinin "İş Ortaklıkları" olduğu belirtilmiştir.

İş ortaklıkları; Kurumlar Vergisi Kanununun 2.maddesinde belirtilen tam ve dar mükellefiyete tabi sermaye şirketleri, kooperatifler, iktisadi kamu kuruluşları ile dernek, vakıf, sendika ve cemaatlere ait iktisadi işletmelerin kendi aralarında veya şahıs şirketleri ya da gerçek kişilerle belli bir işin birlikte yapılmasını ortaklaşa yüklenmek ve kazancını paylaşmak amacıyla kurdukları ortaklıklardan, ilgili vergi dairesinden bu şekilde mükellefiyet tesisini talep edenler "iş ortaklığı" olarak tanımlanmıştır. Bu ortaklıkların tüzel kişiliğinin olup, olmaması ise mükellefiyetlerini etkilemeyeceği ifade edilmiştir.

Adi Ortaklıkların, tüzel kişilikleri bulunmamaktadır. Adi ortaklıklar, kurumlar vergisi mükellefi olmadıklarından bunlara Kurumlar Vergisi Kanunu hükümleri uygulanamaz. .

Türk Vergi Mevzuatı'nın genel kurallarına göre adi ortaklıkta her ortak faaliyet dönemi sonunda ortaklık faaliyetinden kendi payına düşen kar-zararı kendi hesaplarında göstermek ve kendi beyanına dahil etmek zorundadır.

Kurumlar Vergisi Kanununda tanımı yapılan iş ortaklıklarında, mükellefiyet tesisi ortakların tercihlerine bırakılmış, ortaklardan en az birinin sermaye şirketi olması, belli bir işin birlikte yapılmasının yüklenilmesi,kazancın (kar-zararın) paylaşılması öngörülmüştür.

Kazanç tespitinde tam mükellefiyet esasında kurumlar vergisine tabidirler.Bilanço esasına göre defter tutmak, vergi beyannamelerini ortaklık adına vermek, vergi sistemimizde öngörülen hukuki kıymet ifade eden vesikaları almak, vermek, düzenlemek, kayıtları tutmak zorundadırlar.

Buna göre,iş ortaklıklarının ortaklardan bağımsız olarak kurumlar vergisi mükellefi olarak değerlendirilmesi ve kabulü gerekmektedir.

İş ortaklığının vergileme sonrası kalan kazancı ortaklara payları oranında dağıtılacağından ortak tüzel kişilik ise iştirak kazancı olarak değerlendirilecek aynı yılda kendi mükellefiyetine ait sonuç hesaplarına alınacak, ancak tekrar vergilendirilmeyecek, gerçek kişiler tarafından elde edilen paya isabet eden kazanç tutarı ise menkul sermaye iradı olarak beyan edilecektir.

Bu durumda, belli bir iş için kurulan iş ortaklığı tarafından tercih hakkı kurumlar vergisi mükellefiyeti tesis ettirmek yönünde kullanıldığından vergilendirme ve kar dağıtımı Kurumlar Vergisi kanununa göre yapılacağından yüklenilen işin zararla sonuçlanması durumunda kurumlar vergisi mükellefi olan iş ortaklığının bu zararı mahsup edebileceklerini söylemek Kurumlar Vergisi Kanununun zarar mahsubuna ilişkin 9 uncu maddesi uyarınca da mümkün bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle, dava konusu düzenlemenin iptali isteminin reddi gerektiği düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Dördüncü Dairesince duruşma için belirlenen günde gelen davacı vekili Av. … ile davalı İdareyi temsilen gelen Hukuk Müşaviri …'nun açıklamaları dinlendikten ve Danıştay Savcısının düşüncesi alınıp, taraflara son söz verildikten sonra gereği görüşüldü:

Dava, 1 seri nolu Kurumlar Vergisi Genel Tebliğinin, iş ortaklığında zarar mahsubuyla ilgili 2.5.3 numaralı bölümünün son paragrafında yer alan işin bitiminde ortaya çıkan zararların durumu başlıklı bölümünün, iş ortaklıklarında zarar mahsubuna ilişkin son paragrafının iptali istemiyle açılmıştır.

5520 sayılı Kurumlar Vergisi Kanunu'nun "Verginin konusu" başlıklı 1 inci maddesinin 1 inci fıkrasında, bentler halinde sayılan kurumların kazançlarının kurumlar vergisine tabi olduğu belirtilerek, (d) bendinde, iş ortaklıkları sayılmıştır. "Mükellefler" başlıklı 2 nci maddenin 7 nci fıkrasında da, iş ortaklıkları, maddede yazılı fıkralardaki kurumların kendi aralarında veya şahıs ortaklıkları ya da gerçek kişilerle, belli bir işin birlikte yapılmasını ortaklaşa yüklenmek ve kazancını paylaşmak amacıyla kurdukları ortaklıklardan bu şekilde mükellefiyet tesis edilmesini talep edenler şeklinde tanımlanmış ve bunların tüzel kişiliklerinin olmamasının mükellefiyetlerini etkilemeyeceği belirtilmiştir.

5520 sayılı Kurumlar Vergisi Kanunu'nun gerekçesinde de; İş ortaklıkları, Türkiye'nin dış dünya ile olan ekonomik ilişkilerinin artması sonucu iş ortaklığı şeklindeki kuruluşların sayılarının giderek arttığı, bu kuruluşlar kazanç paylaşımı amacıyla kurulan ortaklıklar olup, belli bir işin birlikte yapılmasını yüklendikleri bu noktada, bir işin bölümlerini ayrı ayrı taahhüt eden (yüklenen) konsorsiyumlardan farklılaştıkları, şahıs ortaklıkları veya gerçek kişilerin Kanunun 2 nci maddesinde sayılanlarla veya Kanunun 2 nci maddesinde sayılanların kendi aralarında oluşturdukları adi ortaklıkların, istenilmesi halinde iş ortaklıkları olarak da kurumlar vergisi mükellefiyeti tesis ettirilmesi imkanının getirildiği, bu durumda söz konusu ortağın tüzel kişiliğinin bulunup bulunmadığına bakılmaksızın kurumlar vergisi mükellefi sayılacağı açıklanmıştır.

Kurumlar Vergisi Kanununun 2/7 nci maddesinde iş ortaklıkları, aynı maddenin diğer fıkralarında yazılı kurumların kendi aralarında veya şahıs ortaklıkları ya da gerçek kişilerle belli bir işin birlikte yapılmasını ortaklaşa yüklenerek ve kazancı paylaşmak amacıyla kurdukları ortaklıklardan bu şekilde mükellefiyet tesis edilmesini talep edenler şeklinde tanımlanmıştır. Talep bulunması halinde tüzel kişiliğin bulunup bulunmadığına bakılmaksızın iş ortaklıkları kurumlar vergisi mükellefi olabileceklerdir.

Yukarıda belirtilen düzenleme ve Kanunun gerekçesi dikkate alındığında, iş ortaklıklarının mükellefiyet tesisi ortaklarının tercihine bırakılmıştır. İş ortaklıklarının mükellefiyet tesis ettirmeleri halinde "iş ortaklığı", mükellefiyet tesis ettirmemeleri halinde ise "adi ortaklık" olarak yükümlülüklerini yerine getirmeleri gerekmektedir. İş ortaklığı olarak mükellefiyet tesisi halinde, şahıs ortaklıkları veya gerçek kişilerin Kanunun 2 nci maddesinde sayılanlarla veya 2 nci maddede sayılanların kendi aralarında oluşturdukları iş ortaklıklarının ortaklarından bağımsız olarak kurumlar vergisi mükellefi olarak değerlendirilmesi gerekecektir. Dolayısıyla, iş ortaklığı adına bilanço usulüne göre defter tasdik ettirilecek, ortaklığa ait tüm işlemler bu defterlere işlenecek, alınan mal ve hizmetlere ilişkin belgeler ortaklık adına alınacak, fatura ve benzeri diğer belgeler iş ortaklığı adına bastırılıp, tasdik ettirilecek, tüm vergi beyannameleri ortaklık adına verilecektir. Ortakların payına düşen kazanç, ortak tüzel kişilik ise iştirak kazancı olarak aynı yılda kendi mükellefiyetlerine ait netice hesaplarına alınacak, ancak tekrar vergilendirilmeyecek, ortak gerçek kişi ise, payına düşen kazanç menkul sermaye iradı olarak beyan edilecektir.

Bu durumda, belli bir iş için kurulan iş ortaklığı tarafından tercih hakkı kurumlar vergisi mükellefiyeti tesis ettirmek yönünde kullanıldığında vergilendirme ve kar dağıtımı Kurumlar Vergisi Kanununa göre yapılacağından yüklenilen işin zararla sonuçlanması durumunda kurumlar vergisi mükellefi olan iş ortaklığının ortaklarının bu zararı mahsup

edebileceklerini söylemek Kurumlar Vergisi Kanununun zarar mahsubuna ilişkin 9 uncu maddesi uyarınca da mümkün olmadığından 1 sıra nolu Kurumlar Vergisi Kanunu Genel Tebliğinin iş ortaklığında zarar mahsubuyla ilgili 2.5.3 numaralı bölümünün son paragrafında yer alan dava konusu "Kurumlar vergisi mükelleflerinin zararlarının, bu mükelleflerin ortaklarınca indirilebilmesi mümkün olmayıp aynı durum kurumlar vergisi mükellefi iş ortaklıklarının zararları için de geçerlidir."düzenlemesinde yasaya aykırılık görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle, davanın reddine, yargılama giderlerinin davacı üzerinde bırakılmasına, artan posta ücretinin istemi halinde davacıya iadesine, kararın tebliğini izleyen günden itibaren 30 gün içinde Danıştay Vergi Dava Daireleri Kurulu nezdinde temyiz yolu açık olmak üzere 3.12.2008 gününde oyçokluğuyla karar verildi.

KARŞI OY

X- 5520 sayılı Kurumlar Vergisi Kanununun 2/7 nci maddesinde belirtildiği üzere iş ortaklıkları belli bir işin belli sürede yapılması için kazanç paylaşımı amacıyla kurulan ortaklıklardır. İş ortaklıkları kurumlar vergisi mükellefi olabilecekleri gibi adi ortaklık şeklinde de faaliyet gösterebileceklerdir. Aynı Kanunun 9 uncu maddesinde ise kurumların geçmiş yıl zararlarının mahsubu düzenlenmiş olup maddede iş ortaklığından doğan zararların ortaklarca mahsubunu engelleyen bir hüküm bulunmamaktadır. Dava konusu Genel Tebliğ'de ise, mükelleflerin adi ortaklık şeklinde faaliyet göstermeleri halinde zararın ortaklarca mahsup edilebileceği belirtildikten sonra iş ortaklığı şeklinde yapılan faaliyet sonucu meydana gelen zararların ortaklarca mahsubu yasaklanmıştır.

Kanuna göre, iş ortaklığından elde edilen kazançların iş ortaklığı bünyesinde vergilendirilmesi kazanç bulunmasına bağlı olup, iş ortaklığının faaliyeti sonucu meydana gelen zararın ortaklık bünyesinde kalacağına ilişkin bir sınırlama bulunmamaktadır.

İş ortaklığının kazancı elde etmesi ve kazancın tam mükellef ortaklara dağıtılması halinde ortaklar açısından oluşan iştirak kazancının vergiden istisna edilmiş olması özel bir statüsü olan iş ortaklığında faaliyet sonucu meydana gelen ve mahsup olanağı bulunmayan zararın ortaklarca mahsubuna engel teşkil etmez. Bu nedenle zararını mahsup etme imkanı bulunmayan iş ortaklığının zararının ortaklarca indirilmesi gerekir.

Kanunda yer almayan bir sınırlamanın tebliğle getirilmesi, vergilerin kanuniliği ilkesine aykırı olduğu gibi meydana gelen zararlar açısından mükelleflerin iş ortaklığı veya adi ortaklık olarak faaliyet göstermeleri halinde farklı sonuçlarca yol açacak şekilde düzenleme yapılması eşitlik ilkesine de aykırıdır.

Bu nedenle, 1 sıra nolu Kurumlar Vergisi Kanunu Genel Tebliğinin iş ortaklığında zarar mahsubuyla ilgili 2.5.3 numaralı bölümünün son paragrafında yer alan "Kurumlar vergisi mükelleflerinin zararlarının, bu mükelleflerin ortaklarınca indirilebilmesi mümkün olmayıp aynı durum kurumlar vergisi mükellefi iş ortaklıklarının zararları için de geçerlidir." şeklindeki düzenlemenin iptali gerektiği görüşüyle karara karşıyım.

T.C.
D A N I Ş T A Y
Dördüncü Daire
Esas No : 2006/4329
Karar No : 2008/6236

Özeti : Parasal olmayan bir kıymet olan geçmiş yıllar zararınını bir bütün olarak enflasyon düzeltmesine tabi tutulması gerektiği, zararı oluşturan unsurların ayrıştırılmasına olanak bulunmadığı hakkında.

Temyiz Eden **:** Çerkezköy Vergi Dairesi Müdürlüğü
Karşı Taraf **:** ... Anonim Şirketi
Vekili **:** Av. ...

İ**stemin Özeti** **:** Davacı, geçmiş yıl zararları içerisinde yer alan kıdem tazminatı karşılıklarının da enflasyon düzeltmesine tabi tutulması nedeniyle kurum kazancının haksız olarak yükseldiği iddiasıyla 2004 yılı kurumlar vergisi beyannamesini ihtirazi kayıtla vererek tahakkukun ve damga vergilerinin kaldırılması istemiyle dava açmıştır. Tekirdağ Vergi Mahkemesi 19.4.2006 günlü ve E:2005/249, K:2006/115 sayılı kararıyla; 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun geçici 25 ve mükerrer 298 inci maddelerinde enflasyon düzeltmesine ilişkin hükümlerin yer aldığı, davacının 31.12.2003 tarihli bilançosunun enflasyon düzeltmesine tabi tutulması sonucu oluşan geçmiş yıl zararının içerisinde kıdem tazminatı karşılıklarının da yer aldığı, gider olarak matrahtan indirilemeyen kıdem tazminatı karşılıklarının 2004 yılında endekslenmesi sonucu haksız yere kazancın arttığı gerekçesiyle tahakkukun kurumlar vergisi yönünden iptaline, damga vergilerine ilişkin davanın reddine karar vermiştir. Davalı İdare, yapılan işlemde hukuka aykırılık bulunmadığını ileri sürerek kararın kabule ilişkin kısmının bozulmasını istemektedir.

Savunmanın Özeti : Cevap verilmemiştir.

Tetkik Hakimi Mustafa Bahtiyar'ın Düşüncesi : Vergi Usul Kanununun mükerrer 298 inci maddesinde geçmiş yıl zararları endekslemeye tabi tutulurken içerisindeki unsurlar açısından bir ayrıma yer verilmediğinden, geçmiş yıl zararları içerisinde yer alan kıdem tazminatı karşılıklarının da diğer unsurlar gibi ayrıştırılmasına olanak bulunmadığından, Mahkeme kararının bozulması 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 görüşüldü:

Enflasyon düzeltmesi nedeniyle ihtirazi kayıtla verilen 2004 yılı kurumlar vergisi beyannamesi üzerinden yapılan tahakkuku kaldıran, damga vergilerine ilişkin davanın reddine karar veren Vergi Mahkemesi kararının kabule ilişkin kısmının temyizen incelenerek bozulması istenilmektedir.

5024 sayılı Kanunla, 1.1.2004 tarihinde yürürlüğe girmek üzere mali tabloların enflasyona göre düzeltilmesine ilişkin hükümler getirilmiştir. Kanunun genel gerekçesinde de belirtildiği üzere, genel anlamda enflasyon düzeltmesi, paranın satın alma gücündeki değişmeler nedeniyle gerçek durumu ifade etmeyen mali tabloların, enflasyonun etkisinden arındırılması ve böylece vergileme üzerindeki enflasyondan kaynaklanan olumsuzlukların giderilmesi amacıyla gerçek durumu ifade eder hale gelmelerini sağlamak üzere düzeltme işlemine tabi tutulmasıdır.

Enflasyon düzeltmesi işlemi ile ilgili olarak süreklilik arz eden ve düzeltme işlemine ilişkin ana esasların belirlendiği hükümler Vergi Usul Kanunu'nun mükerrer 298 inci maddesinde; ilk uygulama döneminin 2004 yılı olması nedeniyle bu döneme temel teşkil edecek olan 31.12.2003 tarihli mali tabloların düzeltilmesine ilişkin hükümler ise Kanun'un geçici 25 inci maddesinde yer almaktadır.

Vergi Usul Kanunu'nun mükerrer 298 inci maddesinin (A-5) inci bölümünde, enflasyon düzeltmelerinin, ilgili kıymetlere ait fark hesaplarına ve enflasyon düzeltme hesabına kaydedileceği, düzeltme sonucu bulunan tutarların, izleyen dönemde enflasyon

düzeltmesi yapılıp yapılmadığına bakılmaksızın, izleyen dönemin başlangıç değeri olarak dikkate alınacağı, matrahın tespitinde kanunen kabul edilmeyen giderler, istisnalar ve geçmiş yıl mali zararlarının enflasyon düzeltmesine tabi tutulmuş tutarları ile dikkate alınacağı belirtilmiştir. Maddenin A/2-m bendinde, enflasyon düzeltme hesabının parasal olmayan kıymetlerin düzeltilmesi sonucu oluşan farkların kaydedildiği hesabı ifade edeceği belirtilmiş, bendin parantez içi hükmünde ise,bu hesabın enflasyon fark hesapları ile karşılıklı olarak çalışacağı, parasal olmayan aktif kıymetlerin enflasyon düzeltmesine tabi tutulması sonucu oluşan farkların bu hesabın alacağına, parasal olmayan pasif kıymetlerin enflasyon düzeltmesine tabi tutulması sonucu oluşan farkların ise bu hesabın borcuna kaydedileceği,enflasyon düzeltme hesabının bakiyesinin gelir tablosuna aktarılmak suretiyle kapatılması öngörülmüştür. Maddenin (A-7) bölümünde ise, "Enflasyon düzeltmesi uygulanmayan bir hesap döneminden sonra enflasyon düzeltme şartlarının yeniden oluşması halinde; enflasyon düzeltmesi yapılan en son dönemden başlamak üzere enflasyon düzeltmesi yapılır. Bu şekilde belirlenen geçmiş yıl karı vergiye tabi tutulmaz,geçmiş yıl zararı zarar olarak kabul edilmez. Ancak, matrahın tespitinde geçmiş yıl mali zararları mukayyet değerleri ile dikkate alınır. Birikmiş amortismanlar, ait oldukları kıymetin bilanço tarihindeki değerinde düzeltme sonrasında ortaya çıkan artış oranı dikkate alınarak düzeltilir." hükmü yer almaktadır.Maddenin A/2 bölümünde, "Taşıma; mali tablolardaki parasal ve parasal olmayan tutarların, taşıma katsayısı kullanılarak ilgili dönemin sonundaki yeni değerlerinin hesaplanması işlemini", "Taşıma katsayısı; mali tabloların ait olduğu aya ilişkin fiyat endeksinin, bir önceki dönemin sonundaki (yıl içinde işe başlayanlarda, işe başlanılan aya ilişkin) fiyat endeksine bölünmesiyle elde edilen katsayıyı" ifade eder denilmektedir.

213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun geçici 25 inci maddesinin (f) fıkrasında "2003 yılı hesap dönemine ait beyannamede yer alan indirilemeyen geçmiş yıl mali zararları ile cari dönem mali zararları matrahın tespitinde mukayyet değerleri ile dikkate alınır." hükmü mevcut olup, maddenin 5228 sayılı Kanunla değişik (g) fıkrasında ise "31.12.2003 tarihli bilançonun düzeltilmiş aktif toplamından düzeltilmiş sermaye, düzeltilmiş hisse senedi ihraç primleri ve düzeltilmiş hisse senedi iptal karları ile borç toplamının çıkarılması sonucu bulunan fark, geçmiş yıllar kar/zararı hesabında gösterilir. Bu şekilde tespit edilen geçmiş yıl karı vergiye tabi tutulmaz, geçmiş yıl zararı ise zarar olarak kabul edilmez. Pasif kalemlere ait enflasyon fark hesapları, herhangi bir suretle başka bir hesaba nakledildiği veya işletmeden çekildiği takdirde, bu işlemlerin yapıldığı dönemlerin kazancı ile ilişkilendirilmeksizin, bu dönemde vergiye tabi tutulur. Ancak öz sermaye kalemlerine ait enflasyon farkları düzeltme sonucu oluşan geçmiş yıl zararlarına mahsup edilebilir veya kurumlar vergisi mükelleflerince sermayeye ilave edilebilir; bu işlemler kar dağıtımı sayılmaz." hükmüne yer verilmiştir.

Anılan Yasa hükümlerinin uygulanmasına esas olacak ayrıntılar 328 Seri Nolu Vergi Usul Kanunu Genel Tebliği ile düzenlenmiş olup, Tebliğin "XI-Geçmiş Yıl Kar ve Zararları" başlıklı bölümünde geçmiş yıl kar ve zararları ile ilgili açıklamalara yer verilmiş , enflasyon düzeltmesi yapıldıktan sonra bu bölümde sayılan öz sermaye kalemlerinden aşağıda sayılan kalemlerin bilançoda düzeltilmiş değerleriyle yer alacağı, diğer kalemlerin ise sıfırlanacağı, bir başka ifade ile düzeltilmiş bilançoda gösterilmeyeceği belirtilerek, bilançoda gösterilecek öz sermaye kalemleri sayılmış ve "Geçmiş yıl kar veya zararı da düzeltilmiş bilanço tekniğini sağlayacak şekilde öz kaynaklar içinde yer alacaktır." denilmiştir.

Aynı konuya ilişkin olarak çıkarılan 11 Numaralı Vergi Usul Kanunu Sirkülerinin 3 üncü bölümünde ise, Vergi Usul Kanunu'nun geçici 25 inci maddesinin (f) bendine göre, bilanço esasına göre defter tutan gelir veya kurumlar vergisi mükelleflerinin, 1.1.2004 tarihinden sonra verilecek yıllık gelir vergisi ve kurumlar vergisi beyannameleri ile geçici vergi beyannamelerinde beyan edecekleri vergi matrahlarını tespit ederken, (düzeltme öncesi bilançolara dayanan) 2003 ve önceki yıllara ait indirilemeyen geçmiş yıl mali zararlarını mukayyet değerleri ile dikkate alacakları, Vergi Usul Kanununu mükerrer 298 inci maddesinin (A) fıkrasının (5) numaralı bendine göre; bilanço esasına göre defter tutan gelir

veya kurumlar vergisi mükelleflerinin, 1.1.2005 tarihinden sonra verilecek yıllık gelir vergisi ve kurumlar vergisi beyannameleri ile geçici vergi beyannamelerinde beyan edecekleri vergi matrahlarını tespit ederken, (düzeltilmiş 31.12.2003 tarihli bilançoya dayanan) 2004 ve sonraki yıllara ait geçmiş yıl mali zararlarını enflasyon düzeltmesine tabi tutulmuş tutarları ile dikkate alacakları, açıklamasına yer verilmiştir.

338 Sıra No'lu Vergi Usul Kanunu Genel Tebliği'nin (3.2.) bölümünde taşıma katsayısı kullanılarak parasal olmayan kıymetlerle ilgili olarak yapılacak düzeltme işlemi açıklanmış, bu bölümde yer alan 6 numaralı dipnotta ise "30.6.2004 tarihli bilançoda görünen ve 31.12.2003 tarihli bilançonun düzeltilmesi neticesinde oluşan geçmiş yıllar kar/zararı da taşıma katsayısı kullanılarak düzeltilecektir." denilmiştir.

Yukarıda belirtilen Yasa, Tebliğ ve Sirküler hükümleri dikkate alındığında, geçmiş yıllar kar veya zararının enflasyon düzeltmesi uygulamasında "parasal olmayan bir kıymet" olduğu ve Vergi Usul Kanunu'nun mükerrer 298 inci maddesi uyarınca enflasyon düzeltmesine tabi tutulması gerektiğinde kuşku yoktur. Bu düzeltme sonucu ortaya çıkan farkların ise anılan madde hükmü gereği sonuç hesaplarına intikal ettirilmesi gerekmektedir. Geçmiş yıllar kar veya zararının enflasyon düzeltmesine tabi tutulması sırasında, bu kar veya zararı oluşturan unsurlar açısından mevzuatta hiçbir ayrıma yer verilmemiştir. Dolayısıyla, geçmiş yıllar zararının enflasyon düzeltmesine tabi tutulması sırasında, bu zararı oluşturan unsurlardan biri olan kıdem tazminatı karşılıklarının da hiçbir ayrıma tabi tutulmadan endekslemeye tabi tutulması ve çıkan farkın sonuç hesaplarına intikal ettirilmesinde hukuka aykırılık bulunmamaktadır.

Bu durumda, geçmiş yıl zararları içerisinde yer alan kıdem tazminatı karşılıklarının da enflasyon düzeltmesine tabi tutulması nedeniyle kurum kazancının haksız olarak yükseldiği iddiasıyla takakkukun kaldılması istemiyle açılan davanın reddi gerekirken, takakkukun kaldılmasına ilişkin Mahkeme kararında hukuka uyarlık görülmemiştir.

Bu nedenle, temyiz isteminin kabulüne, Tekirdağ Vergi Mahkemesinin 19.4.2006 günlü ve E:2005/249, K:2006/115 sayılı kararının kabule ilişkin kısmının bozulmasına 25.12.2008 gününde oybirliğiyle karar verildi.

T.C.
D A N I Ş T A Y
Dördüncü Daire
Esas No : 2006/2595
Karar No : 2008/6239

Özeti : Amortismana tabi olmayan kıymetlerin, enflasyon düzeltmesi uygulanmış değerinin altında bir bedelle satılması halinde, 31.12.2003 tarihli düzeltilmiş maliyetin altında kalan kısmın zarar olarak kabul edilemeyeceği hakkında.

Temyiz Eden **:** ... Havacılık ve Uzay Sanayii Anonim Şirketi
Vekili **:** Av. ...
Karşı Taraf **:** Kazan Malmüdürlüğü

İstemin Özeti **:** Davacı kurum 2004 yılı kurumlar vergisi beyannamesini enflasyon düzeltmesine tabi tutulmuş olan yatırım fonu katılma belgelerinin satılması sonucu ortaya çıkan ve 31.12.2003 tarihli düzeltilmiş değerle, düzeltme öncesi değer arasındaki farka isabet eden kısmın zarar olarak kabul edilmemesi sonucu gelecek döneme devreden cari yıl zararının azaltıldığı ihtirazi kaydıyla vererek dava açmıştır. Ankara 4.Vergi Mahkemesi 30.11.2005 günlü ve E:2005/714, K:2005/1637 sayılı kararıyla; uyuşmazlığın, 31.12.2003

tarihli bilançoda Vergi Usul Kanunu'nun geçici 25 inci maddesi uyarınca yapılan enflasyon düzeltmesi sonucu oluşan düzeltilmiş değerle, düzeltmeye konu menkul kıymetlerin 31.7.2004 tarihinden önce düzeltilmiş değerinin altında bir bedelle satılması sonucu oluşan fark tutarın, 2004 yılında zarar olarak dikkate alınıp, alınmayacağına ilişkin olduğu, Vergi Usul Kanunu'nun geçici 25 inci maddesine 5228 sayılı Kanun'un 11 inci maddesi ile eklenen (l) bendinde "Bu madde uyarınca düzeltilen kalemlerin elden çıkarılması halinde, bunlara ilişkin enflasyon düzeltme farkları maliyet bedeli addolunur.Şu kadar ki, amortismana tabi olmayan kıymetlerin düzeltilmiş değerinin altında bir bedelle satılması halinde, düzeltilmiş değerle düzeltme öncesi değer arasındaki farka isabet eden zarar, gelir veya kurumlar vergisi matrahının tespitinde dikkate alınmaz" hükmünün mevcut olduğu, buna göre 31.12.2003 tarihli bilançoların enflasyonun olumsuz etkilerinden arındırılması için enflasyon düzeltme işlemine tabi tutulacağı, düzeltme işlemine tabi tutulan kıymetlerin düzeltilmiş değerinin altında bir bedelle satılması halinde ise oluşan zararın, gelir veya kurumlar vergisi matrahının tespitinde dikkate alınmayacağının açık olduğu, davacı kurumun 2000 yılında temin ettiği ve 31.12.2003 tarihli bilançoda düzeltmeye tabi tuttuğu yatırım fonu katılma bedellerini 2004 yılında düzeltilmiş değerinin altında bir bedelle sattığı, bu nedenle düzeltilmiş değerle düzeltme öncesi değer arasındaki farka isabet eden zararın matrahın tespitinde dikkate alınmasına olanak bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar vermiştir. Davacı, söz konusu zararın kazancın tespitinde dikkate alınması gerektiğini ileri sürerek kararın bozulmasını istemektedir.

Savunmanın Özeti : Temyiz isteminin reddi gerektiği yolundadır.

Tetkik Hakimi Mustafa Bahtiyar'ın Düşüncesi : Amortismana tabi olmayan kıymetlerin düzeltilmiş değerinin altında bir bedelle satılması halinde, düzeltilmiş değerle düzeltme öncesi değer arasındaki farka isabet eden kısmın zarar olarak kabul edilemeyeceğine ilişkin kanun hükmü, 31.12.2003 tarihli bilançoların düzeltilmesine ilişkin hükümlerin yer aldığı Vergi Usul Kanunu'nun geçici 25 inci madesinde yer almakta olup, bu maddenin 1.1.2004 tarihinden sonra yapılan düzeltme işlemlerine şümulü yoktur. 1.1.2004 tarihinden itibaren enflasyon düzeltmesi uygulamasında geçerli olan madde ise kanunun mükerrer 298 inci maddesidir ve bu maddenin A/5 inci fıkrasında ise böyle bir kısıtlama mevcut olmayıp, enflasyon düzeltmesine tabi tutulan değerlerin elden çıkarılması halinde, bunlara ilişkin enflasyon düzeltme farklarının maliyet addolunacağı belirtilmiştir. Dolayısıyla, davacının sattığı amortismana tabi kıymetinin maliyet bedeli olarak hangi tarihli düzeltilmiş değerin esas alındığının belirlenmesi gerekmekte olup, bu husus araştırılarak yeniden bir karar verilmek üzere Mahkeme kararının bozulması 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 görüşüldü:

Amortismana tabi olmayan kıymet satışı nedeniyle doğan zarar için ihtirazi kayıtla verilen 2004 yılı kurumlar vergisi beyannamesinde yer alan zararın artırılması istemiyle açılan davayı reddeden Mahkeme kararının temyizen incelenerek bozulması istenilmektedir.

5024 sayılı Kanunla, 1.1.2004 tarihinde yürürlüğe girmek üzere mali tabloların enflasyona göre düzeltilmesine ilişkin hükümler getirilmiştir. Kanunun genel gerekçesinde de belirtildiği üzere, Genel anlamda enflasyon düzeltmesi, paranın satın alma gücündeki değişmeler nedeniyle gerçek durumu ifade edemeyen mali tabloların, enflasyonun etkisinden

arındırılması ve böylece vergileme üzerindeki enflasyondan kaynaklanan olumsuzlukların giderilmesi amacıyla gerçek durumu ifade eder hale gelmelerini sağlamak üzere düzeltme işlemine tabi tutulmasıdır.

Enflasyon düzeltmesi işlemi ile ilgili olarak süreklilik arz eden ve düzeltme işlemine ilişkin ana esasların belirlendiği hükümler Vergi Usul Kanunu'nun mükerrer 298 inci maddesinde; ilk uygulama döneminin 2004 yılı olması nedeniyle bu döneme temel teşkil edecek olan 31.12.2003 tarihli mali tabloların düzeltilmesine ilişkin hükümler ise Kanun'un geçici 25 inci maddesinde yer almaktadır.

213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun geçici 25 inci maddesine 5228 sayılı kanunla eklenen (l) bendinde, "Bu madde uyarınca düzeltilen kalemlerin elden çıkarılması halinde, bunlara ilişkin enflasyon düzeltme farkları maliyet bedeli addolunur. Şu kadar ki, amortismana tabi olmayan kıymetlerin düzeltilmiş değerinin altında bir bedelle satılması halinde, düzeltilmiş değerle düzeltme öncesi değer arasındaki farka isabet eden zarar, gelir veya kurumlar vergisi matrahının tespitinde dikkate alınmaz" hükmü yer almaktadır. Geçici 25 inci maddenin 31.12.2003 tarihli bilançoda yer alan parasal kıymetlerin düzeltilmesine ilişkin hükümler içerdiği ve 1.1.2004 tarihinden itibaren mükerrer 298 inci maddeye göre uygulamaya geçecek enflasyon düzeltmesine esas alınacak mali tabloları belirlediği dikkate alındığında, uyuşmazlığın çözümü için yukarıdaki (l) bendi hükmünün 1.1.2004 tarihinden sonraki işlemlerde uygulama alanının tespiti gerekmektedir.

213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun geçici 25 inci maddesinin (g) bendinde "31.12.2003 tarihli bilançonun düzeltilmiş aktif toplamından düzeltilmiş sermaye, düzeltilmiş hisse senedi ihraç primleri ve düzeltilmiş hisse senedi iptal karları ile borç toplamının çıkarılması sonucu bulunan fark, geçmiş yıllar kar/zararı hesabında gösterilir. Bu şekilde tespit edilen geçmiş yıl karı vergiye tabi tutulmaz, geçmiş yıl zararı ise zarar olarak kabul edilmez" hükmü mevcuttur. Maddenin (l) bendinde amortismana tabi olmayan kıymetlerin satışı düzenlenmiştir. Amortismana tabi iktisadi kıymetler hakkında birikmiş amortismanlar da düzeltilerek işlem yapılacağı için bu kıymetlere ilişkin olarak bentte bir sınırlama getirilmemiştir. 31.12.2003 tarihi itibariyle yapılan düzeltmede ortaya çıkan olumlu farkların vergiye tabi karın tespitinde dikkate alınmayacak olması nedeniyle, bu kıymetlerin düzeltilmiş değerinin altında bir bedelle satılması halinde ise düzeltmeden kaynaklanan maliyet artışına ilişkin kısmın, diğer bir anlatımla, satış işlemi sırasında oluşan zararın 31.12.2003 tarihi itibariyle belirlenen düzeltme farkı kadarına isabet eden kısmının kazancın tespitinde dikkate alınmaması, geçici 25 inci maddenin yapısı gereği doğru bir uygulamadır. Ancak, bu kısıtlamanın 31.12.2003 tarihindeki bedel ile sınırlı kalacağı tabiidir. Dolayısıyla, söz konusu sınırlamanın 1.1.2004 tarihinden itibaren yapılacak düzeltme sonucu oluşan maliyet artışlarına uygulama olanağı bulunmamaktadır.

1.1.2004 tarihinden itibaren yapılacak enflasyon düzeltmesi işlemleri ve bunun doğuracağı vergisel sonuçlar 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun mükerrer 298 inci maddesinde düzenlenmiştir. Maddenin A fıkrasının 5 numaralı bendinde, "Enflasyon düzeltmesine tabi tutulan değerlerin elden çıkarılması halinde, bunlara ilişkin enflasyon farkları maliyet addolunur." denilmektedir. Bu nedenle, 1.1.2004 tarihinden itibaren yapılacak işlemlerde anılan maddenin uygulanması ve kazancın tespitinde en son düzeltilmiş değerlerin maliyet olarak kabul edilmesi, amortismana tabi olmayan kıymetlerin düzeltilmiş değerinin altında bir bedelle satılması halinde ise, 31.12.2003 tarihli düzeltilmiş maliyetin altında kalan kısmın kanun maddesi gereği zarar olarak kabul edilmemesi, 1.1.2004 tarihinden itibaren yapılan enflasyon düzeltmesi işlemleri çerçevesinde oluşan maliyet artışı nedeniyle bir satış zararı doğması halinde ise bu zararının tamamının mali zarar olarak kabul edilmesi gerekmektedir. İncelenen dosyada ise satışın ne zaman yapıldığı ve zararın hangi tarihli düzeltilmiş maliyet esas alınarak belirlendiği konusunda herhangi bir bilgi bulunmamaktadır.

Bu durumda, davacının ihtilafa konu amortismana tabi olmayan kıymetlerini hangi tarihte sattığı ve hangi tarihli düzeltilmiş maliyet esas alınarak zarar tespit edildiğinin saptanması ve buna göre bir karar verilmesi gerekirken, bu husus araştırılmadan karar verilmesinde hukuka uyarlık görülmemiştir.

Bu nedenle, davacının temyiz isteminin kabulüyle Ankara 4.Vergi Mahkemesinin 30.11.2005 günlü ve E:2005/714, K:2005/1637 sayılı kararının belirtilen hususlar araştırılarak yeniden bir karar verilmek üzere bozulmasına, 25.12.2008 gününde oybirliğiyle karar verildi.

T.C.
D A N I Ş T A Y
Dördüncü Daire
Esas No : 2007/894
Karar No : 2009/747

Özeti : Münhasıran finansman hizmeti vermeyen yabancı kurumdan temin edilen krediler nedeniyle, ödenen faiz üzerinden 93/5147 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı'nın 8/a maddesi uyarınca, tevkifat oranının sıfır olduğu hakkında.

Temyiz Eden **:** Beşiktaş Vergi Dairesi Müdürlüğü
Karşı Taraf **:** ... Factoring Finansman Hizmetleri Anonim Şirketi
Vekili **:** Av. ..., Av. ...

İstemin Özeti **:** Davacının yabancı kurumdan temin ettiği kredi için ödediği faiz üzerinden 5422 sayılı Kurumlar Vergisi Kanunu'nun 24 üncü maddesi uyarınca tevkifat yapmadığı ileri sürülerek düzenlenen rapor uyarınca 2001/2 ve 4 üncü aylar için kurum (stopaj) vergisi salınmış, fon payı hesaplanıp, vergi ziyaı cezası kesilmiştir. İstanbul 9. Vergi Mahkemesinin 30.10.2006 günlü ve E:2005/1949, K:2006/1952 sayılı kararıyla; davacının İngiltere'nin Channel Adalarında yerleşik olan ... Limited'den kullandığı krediler nedeniyle ödediği faiz üzerinden 5422 sayılı Kanunun 24 üncü maddesi ile bu maddenin verdiği yetki uyarınca alınan 93/5147 sayılı Bakanlar Kurulu Kararının 8 inci maddesinin (b) bendine göre tevkifat yapılmadığı ileri sürülerek tarhiyat yapıldığının anlaşıldığı, anılan Bakanlar Kurulu Kararının 8 inci maddesinin (a) bendine göre, yabancı devletler, uluslararası kurumlar veya yabancı banka ve kurumlardan alınan her türlü krediler için ödenecek faizlerden sıfır oranında, aynı maddenin (b) bendinde ise diğerlerinden %10 oranında tevkifat yapılacağının belirtildiği, 5422 sayılı Kanunun 24 üncü maddesinde ve anılan Bakanlar Kurulu Kararında, sıfır oranda tevkifat için kredinin münhasıran finansman hizmeti veren kurumlardan alınması, diğer bir ifadeyle, münhasıran finansman hizmeti vermeyen kurumlardan alınan krediler nedeniyle ödenen faizler üzerinden %10 oranında tevkifat yapılması gerektiğine dair bir ibare bulunmadığı, bu nedenle sözü edilen yabancı kurumun münhasıran finansman hizmeti vermediğinden sözedilerek %10 oranında tevkifat yapılması gerektiği iddiasıyla yapılan tarhiyatta hukuki isabet görülmediği gerekçesiyle vergi, fon payı ve cezanın kaldırılmasına karar verilmiştir. Davalı İdare, inceleme raporu uyarınca yapılan tarhiyatın yasaya uygun olduğunu ileri sürerek kararın bozulmasını istemektedir.

Savunmanın Özeti : Temyiz isteminin reddi gerektiği savunulmuştur.

Tetkik Hakimi Mehmet Sönmez'in Düşüncesi : Temyiz dilekçesinde öne sürülen hususlar, temyize konu mahkeme kararının bozulmasını sağlayacak nitelikte bulunmadığından temyiz isteminin reddi gerektiği düşünülmektedir.

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

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

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Dördüncü Dairesince gereği görüşüldü:

Temyiz dilekçesinde ileri sürülen iddialar, bozulması istenilen kararın dayandığı gerekçeler karşısında, yerinde ve kararın bozulmasını sağlayacak durumda görülmemiştir.

Bu nedenle, temyiz isteminin reddine, İstanbul 9. Vergi Mahkemesinin 30.10.2006 günlü ve E:2005/1949, K:2006/1952 sayılı kararının onanmasına 12.2.2009 gününde oybirliğiyle karar verildi.

T.C.
D A N I Ş T A Y
Dördüncü Daire
Esas No : 2009/100
Karar No : 2009/1156

Özeti : Enflasyon düzeltmesi sonucu oluşan ve kar dağıtımı yoluyla işletmeden çekilen karın, kurumlar vergisine tabi olacağı hakkında.

Temyiz Eden : Kavaklıdere Vergi Dairesi Müdürlüğü
Karşı Taraf : ... Enerji Yatırımları Anonim Şirketi
İstemin Özeti : Davacı, 31.12.2003 tarihli bilançosunun enflasyon düzeltmesine tabi tutulmasından doğan ve ilgili dönemde dağıtılan karın kurumlar vergisine tabi olmaması gerektiği yolundaki ihtirazi kayıtla verdiği 2006/10-12 nci dönemi geçici vergi beyannamesi üzerinden tahakkuk ettirilip ödenen geçici verginin iadesi istemiyle dava açmıştır. Ankara 3.Vergi Mahkemesi 8.5.2008 günlü ve E:2008/708, K:2008/672 sayılı kararıyla; 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun geçici 25 inci maddesinin (g) bendine göre, 31.12.2003 tarihli bilançoların enflasyon düzeltmesine tabi tutulması sonucunda enflasyon karı doğması halinde kurumlar vergisine tabi tutulmayacağı, zarar doğarsa mahsuba konu edilemeyeceği, davacı şirketin 31.12.2003 tarihli düzeltme öncesi bilançosunda 160.311.807.893.048.-TL net dönem karı bulunduğu görüldüğünden, dağıtımı yapılan kar payına isabet eden tutarın sadece elde edenler açısından vergiye tabi gelir olarak dikkate alınması gerekirken, şirketin vergilendirilmesinde mevzuata uygunluk bulunmadığı gerekçesiyle tahakkukun kaldırılmasına ve ödenen kısmın iadesine karar vermiştir. Davalı İdare, enflasyon düzeltmesi sonrası oluşan karın dağıtılması halinde şirket açısından kurumlar vergisi ve geçici vergiye tabi olması gerektiğini ileri sürerek kararın bozulmasını istemektedir.

Savunmanın Özeti : Temyiz isteminin reddi gerektiği yolundadır.

Tetkik Hakimi Mustafa Bahtiyar'ın Düşüncesi : Enflasyon düzeltmesi sonucu doğan karın herhangi bir sebeple işletmeden çekilmesi halinde vergilendirilmesi Vergi Usul Kanunu'nun geçici 25/g maddesi hükmü gereği olup, düzeltme öncesine ait olmayıp, 31.12.2003 tarihli bilançonun düzeltilmesi sonucu doğan ve dağıtılmasına karar verilen karın kurumlar vergisine tabi olması gerektiğinden, Mahkeme kararının bozulması gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı Abdurrahman Gençbay'ın Düşüncesi : 213 sayılı Vergi Usul Kanununun geçici 25'inci maddesinin 1'inci fıkrasının (g) bendinde, 31.12.2003 tarihli bilançonun düzeltilmiş aktif toplamından düzeltilmiş sermaye, düzeltilmiş hisse senetleri ihraç primleri ve düzeltilmiş hisse senedi iptal karları ile borç toplamının çıkarılması sonucu bulunan farkın, geçmiş yıllar kar/zarar hesasbında gösterileceği, bu şekilde tespit edilen geçmiş yıl karının vergiye tabi tutulmayacağı, geçmiş yıl zararının ise zarar olarak kabul edilmeyeceği hükmüne yer verilmiş, pasif kalemlere ait enflasyon fark hesaplarının, herhangi bir suretle başka bir hesaba nakledilmesi veya işletmeden çekilmesi durumunda, bu işlemlerin yapıldığı dönemlerin kazancı ile ilişkilendirilmeksizin, bu dönemde vergiye tabi tutulacağı kurala bağlanmıştır.

Davacı, 31.12.2003 tarihli bilançosunun düzeltilmesi sonucu oluşan karını ortaklarına dağıtmış ve bu dağıtım nedeniyle vergiye tabi tutulmaması gerektiğini belirterek ihtirazi kayıtla vediği 2006/10-12 dönemine ait geçici vergi beyannamesi üzerinden yapılan tahakkukun kaldırılması ve ödenen kısmın iadesi istemiyle dava açmıştır.

Yukarıda belirtilen 213 sayılı Kanunun geçici 25'inci maddesinin 1/g bendi gereği, pasif kalemlere ait enflasyon fark hesaplarının herhangi bir suretle başka bir hesaba nakledilmesi veya işletmeden çekilmesi halinde, ilgili dönem kazancı ile ilişkilendirilmeksizin bu dönemde vergiye tabi tutulacağı açıktır. Davacı enflasyon düzeltmesinden kaynaklanan karını ortaklarına dağıtmak suretiyle işletme dışına çıkarmıştır. Kar dağıtımı, işletmenin bir kısım kaynaklarının ortaklara dağıtılması şeklinde gerçekleştirildiğinden bu anlamda işletmeden bir çekiş, işletme dışına çıkarmadır. Dolayısıyla enflasyon düzeltmesinden kaynaklanan karını, ortaklarına dağıtmak suretiyle işletme dışına çıkaran davacının, bu tutar üzerinden vergilendirilmesinde hukuka aykırılık görülmemiştir. Bu nedenle, ihtilafa konu vergilendirmeye esas dağıtılan karın, davacının enflasyon düzeltmesi öncesi karı olduğu değerlendirmesine yer verilerek yapılan tahakkuku iptal eden Vergi Mahkemesi kararının bozulması gerektiği düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Dördüncü Dairesince, duruşma yapılmasına ve dava dosyası tekemmül ettiği için davalının yürütmenin durdurulması isteminin incelenmesine gerek görülmeyerek işin esası incelenip gereği görüşüldü:

Davacının 31.12.2003 tarihli bilançosunun enflasyon düzeltmesine tabi tutulması sonucu oluşan karın dağıtılması halinde vergiye tabi tutulmaması gerektiği ihtirazi kaydıyla verdiği 2006/10-12 nci dönem geçici vergi beyannamesi üzerinden yapılan tahakkukun kaldırılmasına ve ödenen kısmın iadesine karar veren Mahkeme kararının temyizen incelenerek bozulması istenilmektedir.

5024 sayılı Kanun ile enflasyon düzeltmesi uygulamasına geçilmiş olup, süreklilik arz eden ve düzeltme işlemine ilişkin ana esasların belirlendiği hükümler Vergi Usul Kanunu'nun mükerrer 298 inci maddesinde; 31.12.2003 tarihli mali tabloların düzeltilmesine ilişkin hükümler ise geçici 25 inci maddesinde düzenlenmiştir. Anılan düzenleme ile mali tabloların enflasyonun etkisinden arındırılması ve böylece vergileme üzerinde enflasyondan kaynaklanan olumsuzlukların giderilmesi amaçlanmıştır.

213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun geçici 25 inci maddesinin birinci fıkrasında, "31.12.2003 tarihli bilançoda yer alan parasal olmayan kıymetler aşağıdaki hükümlere göre, bu maddede hüküm bulunmayan hallerde ise Vergi Usul Kanunu'nun bu Kanunla değişik mükerrer 298 inci maddesinde yer alan hükümlere göre düzeltilir." denilmiş, maddede düzeltmeye ilişkin esaslar belirlenmiştir. Maddenin (g) bendinde, "31.12.2003 tarihli bilançonun düzeltilmiş aktif toplamından düzeltilmiş sermaye, düzeltilmiş hisse senetleri ihraç primleri ve düzeltilmiş hisse senedi iptal karları ile borç toplamının çıkarılması sonucu bulunan fark, geçmiş yıllar kar/zararı hesabında gösterilir. Bu şekilde tespit edilen geçmiş yıl karı vergiye tabi tutulmaz, geçmiş yıl zararı ise zarar olarak kabul edilmez. Pasif kalemlere ait

enflasyon fark hesapları, herhangi bir suretle başka bir hesaba nakledildiği veya işletmeden çekildiği taktirde, bu işlemlerin yapıldığı dönemlerin kazancı ile ilişkilendirilmeksizin, bu dönemde vergiye tabi tutulur.Ancak öz sermaye kalemlerine ait enflasyon farkları düzeltme sonucu oluşan geçmiş yıl zararlarına mahsup edilebilir veya kurumlar vergisi mükelleflerince sermayeye ilave edilebilir; bu işlemler kar dağıtımı sayılmaz" hükmü yer almaktadır.

Yukarıda açıklanan düzenlemelere göre, 2003 yılı hesap dönemine ait düzeltme öncesi geçmiş yıllar karı veya cari dönem karının bulunması ve bu kardan 1.1.2004 tarihinden sonra kar dağıtımı yapılması halinde, bu ödemelerin işletmeden çekilen değer olarak ayrıca vergiye tabi olmayacağı, ancak elde edenler açısından vergiye tabi gelir olarak değerlendirileceği ve gerekli vergilemenin yapılacağı tabiidir.

213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun geçici 25 inci maddesi uyarınca 31.12.2003 bilançonun enflasyon düzeltmesine tabi tutulması sonucunda geçmiş yıl karı oluşması halinde, bu karın vergiye tabi olmayacağı, ancak herhangi bir suretle başka bir hesaba nakledildiği veya işletmeden çekildiği takdirde ise bu işlemlerin yapıldığı dönemlerin kazancı ile ilişkilendirilmeksizin bu dönemde vergiye tabi olacağı açıktır. Bu vergileme ise kurumlar için kurumlar vergisi ve kar dağıtımı halinde ayrıca gelir (stopaj) vergisi olup, bu işlemlerin yapıldığı dönemin kazancı ile ilişkilendirilmeden ayrıca vergiye tabi olması gerekmektedir.

İncelenen dosyada, davacı Kurum, 31.12.2003 tarihli bilançosunun enflasyon düzeltmesine tabi tutulması sonucunda oluşan karın bir kısmının ortaklara dağıtılmasına karar vermiş ve dağıtılan tutar üzerinden gelir vergisi tevkifatı yaparak muhtasar beyanname ile beyan edip, ödemiştir. Ancak, dağıtılan kısmın ayrıca kurumlar vergisine tabi olmayacağı görüşüyle, ilgili dönem geçici vergi beyannamesini ihtirazi kayıtla vererek dava açmıştır. Vergi Mahkemesince, davacı şirketin 31.12.2003 tarihli düzeltme öncesi bilançosunda 160.311.807.893.048.-TL net dönem karı bulunduğu ve bu kısmın dağıtıldığı gerekçesine yer verilmiş ise de, davacının böyle bir iddiası bulunmadığı gibi, dosyada mevcut belgelerden söz konusu karın daha önce dağıtıldığı, ihtilaf konusu karın ise enflasyon düzeltmesi sonucu oluşan ve kar dağıtımı yoluyla işletmeden çekilen kar olduğu anlaşılmaktadır.

Yukarıda açıklanan düzenlemeler dikkate alındığında, enflasyon düzeltmesi sonucu oluşan ve kar dağıtımı yoluyla işletmeden çekilen karın işletme açısından vergilendirilmesinde hukuka aykırılık bulunmayıp, bu karın düzeltme öncesi kar olduğu ve sadece elde edenler açısından vergilendirileceği gerekçesiyle tahakkukun kaldırılmasına ilişkin Mahkeme kararında hukuka uyarlık görülmemiştir.

Bu nedenle, davalı idarenin temyiz isteminin kabulüyle Ankara 3.Vergi Mahkemesinin 8.5.2008 günlü ve E:2008/708, K:2008/672 sayılı kararının bozulmasına, 10.3.2009 gününde oybirliğiyle karar verildi.

VERGİ USULÜ

T.C.
D A N I Ş T A Y
Dördüncü Daire
Esas No : 2006/4523
Karar No : 2008/6227

Özeti : 1- 338 Sıra Nolu Vergi Usul Kanunu Genel Tebliğinin "3.2.Taşıma Katsayısı" başlıklı bölümünde yer alan ve "30.6.2004 tarihli bilançoda görünen ve 31.12.2003 tarihli bilançonun düzeltilmesi neticesinde olan geçmiş yıllar kar/zararı da taşıma katsayısı kullanılarak

düzeltilecektir." açıklamasını içeren 6 nolu dipnotta hukuka aykırılık bulunmadığı,

2- 31.12.2003 tarihli enflasyon düzeltmesi sonucu doğan geçmiş yıllar zararının sonraki dönemde taşıma katsayısı ile düzeltilmesinden kaynaklanan karın kazanca ilavesi gerekirken, enflasyon düzeltmesinden kaynaklanan zararın düzeltilmesi sonucu doğan farkın da geçmiş yıllar zararı olarak indirilebileceği hakkında.

Davacı **:** ... Anonim Şirketi
Vekili **:** Av. ...
Davalılar **:** 1-Maliye Bakanlığı
2-Zincirlikuyu Vergi Dairesi Müdürlüğü

İstemin Özeti **:** 13.8.2004 tarih ve 25552 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 338 Sıra Nolu Vergi Usul Kanunu Genel Tebliği'nin "3.2.Taşıma Katsayısı" başlıklı bölümünde yer alan ve "30.6.2004 tarihli bilançoda görünen ve 31.12.2003 tarihli bilançonun düzeltilmesi neticesinde oluşan geçmiş yıllar kar/zararı da taşıma katsayısı kullanılarak düzeltilecektir." açıklamasını içeren 6 no.lu dipnotun hukuka aykırı olduğu, bu nedenle geçmişe dönük olarak gelir yaratıldığı ileri sürülerek söz konusu 6 nolu dipnotun iptali ve bu dipnot açıklaması esas alınarak 2004/2 nci dönemi için ihtirazi kayıtla verilen beyanname üzerinden tahakkuk ettirilen geçici verginin kaldırılması istenilmektedir.

Davalı Maliye Bakanlığı'nın Savunmasının Özeti : Dava konusu dipnotta yer alan açıklamanın Vergi Usul Kanunu'nun mükerrer 298 inci maddesinin A/5 inci fıkrasına uygun olduğu belirtilerek davanın reddi gerektiği savunulmuştur.

Davalı Zincirlikuyu Vergi Dairesi Müdürlüğü Savunmasının Özeti : Mevzuata uygun olarak yapılan tahakkuk işleminde hukuka aykırılık bulunmadığı belirtilerek davanın reddi gerektiği savunulmuştur.

Tetkik Hakimi Mustafa Bahtiyar'ın Düşüncesi : Geçmiş yıllar kar veya zararının enflasyon düzeltmesi uygulamasında "parasal olmayan bir kıymet" olduğu ve düzeltmeye tabi tutulması gerektiğinde kuşku yoktur. Vergi Usul Kanunu'nun mükerrer 298 inci maddesinin (A/5) inci fıkrasındaki " matrahın tespitinde (....) geçmiş yıl zararları enflasyon düzeltmesine tabi tutulmuş tutarları ile dikkate alınır." hükmü de dikkate alındığında, geçmiş yıllar kar veya zararının taşıma katsayısı kullanılarak düzeltilmesine ilişkin 338 nolu Vergi Usul Kanunu Genel Tebliğinin dava konusu (6) numaralı dipnotunda yer alan belirlemede hukuka aykırı bir yön bulunmamaktadır.

Davanın tahakkuk işlemine ilişkin kısmına gelince; davacı kurum 31.12.2003 tarihli bilançosunun düzeltilmesi sonucu oluşan ve geçmiş yıllar kar/zararı hesabında gösterilen zararın ilgili dönemde düzeltmeye tabi tutulması sonucu oluşan farkın enflasyon düzeltme hesaplarına, oradan da gelir tablosuna intikal ettirilmesi sonucu haksız olarak vergi yükünün arttırıldığını iddia etmektedir. Ancak, yukarıdaki açıklamalar dikkate alındığında, geçmiş yıllar kar/zararı hesabında gösterilen tutarın düzeltmeye tabi tutulmasında ve doğan farkın sonuç hesaplarına intikal ettirilmesinde hukuka aykırılık bulunmamaktadır.

213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun geçici 25 inci maddesi, mükerrer 298 inci maddenin uygulanabilmesi için 1.1.2004 tarihi esas alınacağından, bu tarihe taşınacak olan mali tabloların belirlenebilmesine yönelik düzenlemeler içermektedir. 1.1.2004 tarihinden itibaren ise enflasyon düzeltmesi uygulamasında mükerrer 298 inci madde hükümlerinin esas alınması gerekmektedir. Dolayısıyla, geçici 25 inci maddenin (f) bendinde yer alan "2003 yılı hesap dönemine ait beyannamede yer alan indirilemeyen geçmiş yıl mali zararları ile cari dönem mali zararları matrahın tespitinde mukayyet değerleri ile dikkate alınır." hükmünde, geçmiş yıllar gerçek zararının 31.12.2003 tarihi itibariyle ayrıca tespit edilmiş olması sebebiyle hukuka aykırılık bulunmamaktadır. Anılan maddenin (g) bendi hükmü dikkate

alındığında ise, bu şekilde tespit edilen zararın zarar olarak kabul edilmeyeceği ve bu tutarın aslının matrahtan indirilemeyeceği tabiidir. Yukarıda açıklanan kanun hükümleri dikkate alındığında, 1.1.2004 tarihinden itibaren yapılacak düzeltme işlemlerinde 31.12.2003 tarihli düzeltilmiş bilançoda yer alan geçmiş yıllar kar veya zararının düzeltmeye tabi tutulması, düzeltme sonucu oluşan farkın gelir tablosuna intikal ettirilmesi, bunun yanında varsa 31.12.2003 tarihli düzeltilmiş bilançoda yer alan geçmiş yıllar zararının aslının değil, ancak, taşıma katsayısı ile düzeltilmesi sonucu bulunan farka isabet eden kısmının, ayrıca mukayyet değerle dikkate alınan geçmiş yıllar mali zararı bulunup bulunmadığına bakılmaksızın, ilgili dönemde geçmiş yıl zararı olarak dikkate alınması gerekmektedir.

Davacının ilgili dönem beyannamesi incelendiğinde, 31.12.2003 tarihli düzeltme sonucu doğan geçmiş yıllar zararının ilgili dönemde taşıma katsayısı ile düzeltilmesinden kaynaklanan kısmının indirim imkanı olmasına rağmen geçmiş yıllar zararı olarak indirilmediği ve indirim olarak dikkate alınması halinde ise fazladan vergilendirilecek bir matrahın kalmadığı görülmektedir.

Bu durumda, ihtirazi kayıt dikkate alınmayarak yapılan tahakkuk işlemi hukuka aykırı olup, fazladan yapılan tahakkukun kaldırılması gerekmektedir.

Açıklanan nedenlerle, davanın 338 Sıra Nolu Vergi Usul Kanunu Genel Tebliği'nin "3.2.Taşıma Katsayısı" başlıklı bölümünde yer alan ve "30.6.2004 tarihli bilançoda görünen ve 31.12.2003 tarihli bilançonun düzeltilmesi neticesinde oluşan geçmiş yıllar kar/zararı da taşıma katsayısı kullanılarak düzeltilecektir." açıklamasını içeren 6 no.lu dipnotun iptaline ilişkin kısmının reddine, 2004/2 nci dönem için tahakkuk ettirilen geçici verginin kaldırılmasına karar verilmesi gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı Eren Sonbay'ın Düşüncesi : 5024 sayılı Yasa ile Türk Vergi sistemine giren enflasyon düzeltmesi uygulaması, özkaynak finansmanını tercih eden işletmelerinin reel olmayan enflasyonist karlar üzerinden vergi ödeme sorunlarına çözüm getirmiştir.

Bilanço esasına göre defter tutan yükümlülerin ticari kazançlarının saptanması herşeyden önce öz sermayenin tespitine bağlıdır, Vergi Usul Kanununun 191. maddesine göre öz sermayenin tanımı yapılmış olup, tek düzen hesap planı gözönüne alındığında geçmiş yıl zararlarının öz sermayelerin yapısında yer aldığı, tartışmasızdır. Fiyatların sürekli artması anlamını taşıyan enflasyonun işletmelerin yapısını ve işleyişlerini olumsuz etkilediği tartışmasızdır.

Enflasyonun işletmenin ekonomik yapısındaki etkilerindeki parasal değerlerin enflasyon ortamında nominal olarak durağan oldukları için değer kaybına uğradıkları, Diğer değerlerin ise gerçek değerlerini korudukları ortadadır. Bu durumda parasal olmayan değerlerin, enflasyon düzeltilmesine tabi olduğu ve bilançodaki yer alan değerlerin o günkü değerinin düzeltilmiş değerleri ile değiştirileceği sonucuna da varılmaktadır.

5024 sayılı Kanunla Vergi Usul Kanununa eklenen geçici 25 inci madde 2003 yılı hesap dönemi sonunda düzenlenen mali tablolardan sadece bilançonun düzeltilmesi öngörülmüş olup, düzeltilecek mali tablo yani bilanço 31.12.2003 tarihli dönem bilançosudur.

31.12.2003 tarihindeki bilanço üzerinden enflasyon düzeltmesi, kararlarını bilanço oranına göre saptayan mükelleflere yapılacaktır. 1.1.2004 tarihinde sonra düzenlenecek mali tabloların düzeltilmesine ilişkin esaslar ise 338 sıra nolu Vergi Usul Konusu Genel Tebliğinde belirlenmiştir.

5024 sayılı Yasa ile Türk Vergi sistemine giren enflasyon düzeltmesi uygulaması, özkaynak finansmanını tercih eden işletmelerinin reel olmayan enflasyonist karlar üzerinden vergi ödeme sorunlarına çözüm getirmiştir.

31.12.2003 tarihli bilançonun düzeltilmesi işlemi, Vergi Usul Kanunun geçici 25. maddesi ile bu maddenin uygulama esaslarını düzenleyen 328 sıra numaralı Vergi Usul Kanunu Genel Tebliğinde yer alan hükümler doğrultusunda yapılacaktır. Bu düzenlemeye göre; yükümlüler 31.12.2003 tarihli bilançolarının Parasal olmayan kalemlerini 1970 yılından

itibaren düzeltmişlerdir. 31.12.2003 tarihli bilançonun düzeltilmiş aktif toplamından düzeltilmiş sermaye, düzeltilmiş hisse senetlerini ihraç primleri ve düzeltilmiş hisse senetlerini iptal karları ile borç toplamından çıkarılması sonucu bulunan fark, geçmiş yıl kar veya zararı hesabına atılmıştır.

Bu şekilde tesbit edilen geçmiş yıl karı yasa maddesinin (g) alt bendi uyarınca vergiye tabi tutulmamış, geçmiş yıl zararı ise zarar olarak kabul edilmemiştir.

Kanun Koyucu bu yasal düzenleme ile geçmiş dönem kar ve zararını vergiyle ilişkilendirmenin yasal olarak olanaksızlığından hareket etmiştir. Geçmişte yürürlükte olan yasalara göre alınmayan vergilerin bu günkü yasa ile istenilmesi mümkün olmadığı gibi zararının da tek taraflı olarak gelecekteki vergilerle ilişkilendirilerek matrahtan düşülmeside olanaksızdır.

Bu durumda, davacının uyuşmazlık döneminde; enflasyon düzeltmesinden doğan geçmiş yıl zararının vergi matrahından, düşülmesi gerektiğinden söz edilerek tarhiyatın dayanağı Vergi Usul Kanunu 338 nolu Genel Tebliği ile 6 nolu dip notun iptali isteminde hukuka uygunluk görülmediğinden davacı isteminin, reddi gerektiği düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Dördüncü Dairesince gereği görüşüldü:

Dava,13.8.2004 tarih ve 25552 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 338 Sıra Nolu Vergi Usul Kanunu Genel Tebliği'nin "3.2.Taşıma Katsayısı" başlıklı bölümünde yer alan ve "30.6.2004 tarihli bilançoda görünen ve 31.12.2003 tarihli bilançonun düzeltilmesi neticesinde oluşan geçmiş yıllar kar/zararı da taşıma katsayısı kullanılarak düzeltilecektir." açıklamasını içeren 6 no.lu dipnotun hukuka aykırı olduğu, bu nedenle geçmişe dönük olarak gelir yaratıldığı ileri sürülerek iptali ve bu dipnot açıklaması esas alınarak 2004/2 nci dönemi için ihtirazi kayıtla verilen beyannamede bildirilen matrah üzerinden tahakkuk ettirilen geçici verginin kaldırılması istemiyle açılmıştır.

5024 sayılı Kanunla, 1.1.2004 tarihinde yürürlüğe girmek üzere mali tabloların enflasyona göre düzeltilmesine ilişkin hükümler getirilmiştir. Kanunun genel gerekçesinde de belirtildiği üzere, genel anlamda enflasyon düzeltmesi, paranın satın alma gücündeki değişmeler nedeniyle gerçek durumu ifade etmeyen mali tabloların, enflasyonun etkisinden arındırılması ve böylece vergileme üzerindeki enflasyondan kaynaklanan olumsuzlukların giderilmesi amacıyla gerçek durumu ifade eder hale gelmelerini sağlamak üzere düzeltme işlemine tabi tutulmasıdır.

Enflasyon düzeltmesi işlemi ile ilgili olarak süreklilik arz eden ve düzeltme işlemine ilişkin ana esasların belirlendiği hükümler Vergi Usul Kanunu'nun mükerrer 298 inci maddesinde; ilk uygulama döneminin 2004 yılı olması nedeniyle bu döneme temel teşkil edecek olan 31.12.2003 tarihli mali tabloların düzeltilmesine ilişkin hükümler ise Kanun'un geçici 25 inci maddesinde yer almaktadır.

Vergi Usul Kanunu'nun mükerrer 298 inci maddesinin (A-5) inci bölümünde, enflasyon düzeltmelerinin, ilgili kıymetlere ait fark hesaplarına ve enflasyon düzeltme hesabına kaydedileceği, düzeltme sonucu bulunan tutarların, izleyen dönemde enflasyon düzeltmesi yapılıp yapılmadığına bakılmaksızın, izleyen dönemin başlangıç değeri olarak dikkate alınacağı, matrahın tespitinde kanunen kabul edilmeyen giderler, istisnalar ve geçmiş yıl mali zararlarının enflasyon düzeltmesine tabi tutulmuş tutarları ile dikkate alınacağı belirtilmiştir. Maddenin A/2-m bendinde, enflasyon düzeltme hesabının parasal olmayan kıymetlerin düzeltilmesi sonucu oluşan farkların kaydedildiği hesabı ifade edeceği belirtilmiş, bendin parantez içi hükmünde ise,bu hesabın enflasyon fark hesapları ile karşılıklı olarak çalışacağı, parasal olmayan aktif kıymetlerin enflasyon düzeltmesine tabi tutulması sonucu oluşan farkların bu hesabın alacağına, parasal olmayan pasif kıymetlerin enflasyon düzeltmesine tabi tutulması sonucu oluşan farkların ise bu hesabın borcuna kaydedileceği,enflasyon düzeltme hesabının bakiyesinin gelir tablosuna aktarılmak suretiyle

kapatılması öngörülmüştür. Maddenin (A-7) bölümünde ise, "Enflasyon düzeltmesi uygulanmayan bir hesap döneminden sonra enflasyon düzeltme şartlarının yeniden oluşması halinde; enflasyon düzeltmesi yapılan en son dönemden başlamak üzere enflasyon düzeltmesi yapılır. Bu şekilde belirlenen geçmiş yıl karı vergiye tabi tutulmaz,geçmiş yıl zararı zarar olarak kabul edilmez. Ancak, matrahın tespitinde geçmiş yıl mali zararları mukayyet değerleri ile dikkate alınır. Birikmiş amortismanlar, ait oldukları kıymetin bilanço tarihindeki değerinde düzeltme sonrasında ortaya çıkan artış oranı dikkate alınarak düzeltilir." hükmü yer almaktadır.Maddenin A/2 bölümünde, "Taşıma; mali tablolardaki parasal ve parasal olmayan tutarların, taşıma katsayısı kullanılarak ilgili dönemin sonundaki yeni değerlerinin hesaplanması işlemini", "Taşıma katsayısı; mali tabloların ait olduğu aya ilişkin fiyat endeksinin, bir önceki dönemin sonundaki (yıl içinde işe başlayanlarda, işe başlanılan aya ilişkin) fiyat endeksine bölünmesiyle elde edilen katsayıyı" ifade eder denilmektedir.

213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun geçici 25 inci maddesinin (f) fıkrasında "2003 yılı hesap dönemine ait beyannamede yer alan indirilemeyen geçmiş yıl mali zararları ile cari dönem mali zararları matrahın tespitinde mukayyet değerleri ile dikkate alınır." hükmü mevcut olup, maddenin 5228 sayılı Kanunla değişik (g) fıkrasında ise "31.12.2003 tarihli bilançonun düzeltilmiş aktif toplamından düzeltilmiş sermaye, düzeltilmiş hisse senedi ihraç primleri ve düzeltilmiş hisse senedi iptal karları ile borç toplamının çıkarılması sonucu bulunan fark, geçmiş yıllar kar/zararı hesabında gösterilir. Bu şekilde tespit edilen geçmiş yıl karı vergiye tabi tutulmaz, geçmiş yıl zararı ise zarar olarak kabul edilmez. Pasif kalemlere ait enflasyon fark hesapları, herhangi bir suretle başka bir hesaba nakledildiği veya işletmeden çekildiği takdirde, bu işlemlerin yapıldığı dönemlerin kazancı ile ilişkilendirilmeksizin, bu dönemde vergiye tabi tutulur. Ancak öz sermaye kalemlerine ait enflasyon farkları düzeltme sonucu oluşan geçmiş yıl zararlarına mahsup edilebilir veya kurumlar vergisi mükelleflerince sermayeye ilave edilebilir; bu işlemler kar dağıtımı sayılmaz." hükmüne yer verilmiştir.

Anılan Yasa hükümlerinin uygulanmasına esas olacak ayrıntılar 328 Seri Nolu Vergi Usul Kanunu Genel Tebliği ile düzenlenmiş olup, Tebliğin "XI-Geçmiş Yıl Kar ve Zararları" başlıklı bölümünde geçmiş yıl kar ve zararları ile ilgili açıklamalara yer verilmiş , enflasyon düzeltmesi yapıldıktan sonra bu bölümde sayılan öz sermaye kalemlerinden aşağıda sayılan kalemlerin bilançoda düzeltilmiş değerleriyle yer alacağı, diğer kalemlerin ise sıfırlanacağı, bir başka ifade ile düzeltilmiş bilançoda gösterilmeyeceği belirtilerek, bilançoda gösterilecek öz sermaye kalemleri sayılmış ve "Geçmiş yıl kar veya zararı da düzeltilmiş bilanço tekniğini sağlayacak şekilde öz kaynaklar içinde yer alacaktır." denilmiştir.

Aynı konuya ilişkin olarak çıkarılan 11 Numaralı Vergi Usul Kanunu Sirkülerinin 3 üncü bölümünde ise, Vergi Usul Kanunu'nun geçici 25 inci maddesinin (f) bendine göre, bilanço esasına göre defter tutan gelir veya kurumlar vergisi mükelleflerinin, 1.1.2004 tarihinden sonra verilecek yıllık gelir vergisi ve kurumlar vergisi beyannameleri ile geçici vergi beyannamelerinde beyan edecekleri vergi matrahlarını tespit ederken, (düzeltme öncesi bilançolara dayanan) 2003 ve önceki yıllara ait indirilemeyen geçmiş yıl mali zararlarını mukayyet değerleri ile dikkate alacakları, Vergi Usul Kanununun mükerrer 298 inci maddesinin (A) fıkrasının (5) numaralı bendine göre; bilanço esasına göre defter tutan gelir veya kurumlar vergisi mükelleflerinin, 1.1.2005 tarihinden sonra verilecek yıllık gelir vergisi ve kurumlar vergisi beyannameleri ile geçici vergi beyannamelerinde beyan edecekleri vergi matrahlarını tespit ederken, (düzeltilmiş 31.12.2003 tarihli bilançoya dayanan) 2004 ve sonraki yıllara ait geçmiş yıl mali zararlarını enflasyon düzeltmesine tabi tutulmuş tutarları ile dikkate alacakları, açıklamasına yer verilmiştir.

338 Sıra No'lu Vergi Usul Kanunu Genel Tebliği'nin (3.2.) bölümünde taşıma katsayısı kullanılarak parasal olmayan kıymetlerle ilgili olarak yapılacak düzeltme işlemi açıklanmış, bu bölümde yer alan dava konusu 6 numaralı dipnotta ise "30.6.2004 tarihli bilançoda görünen ve 31.12.2003 tarihli bilançonun düzeltilmesi neticesinde oluşan geçmiş yıllar kar/zararı da taşıma katsayısı kullanılarak düzeltilecektir." denilmiştir.

Yukarıda belirtilen Yasa, Tebliğ ve Sirküler hükümleri dikkate alındığında, geçmiş yıllar kar veya zararının enflasyon düzeltmesi uygulamasında "parasal olmayan bir kıymet" olduğu ve Vergi Usul Kanunu'nun mükerrer 298 inci maddesi uyarınca enflasyon düzeltmesine tabi tutulması gerektiğinde kuşku yoktur. Bu düzeltme sonucu ortaya çıkan farkların ise anılan madde hükmü gereği sonuç hesaplarına intikal ettirilmesi gerekmektedir. Bu durumda, geçmiş yıllar kar veya zararının taşıma katsayısı kullanılarak düzeltilmesine ilişkin 338 nolu Vergi Usul Kanunu Genel Tebliğinin dava konusu (6) numaralı dipnotunda yer alan "30.6.2004 tarihli bilançoda görünen ve 31.12.2003 tarihli bilançonun düzeltilmesi neticesinde oluşan geçmiş yıllar kar/zararı da taşıma katsayısı kullanılarak düzeltilecektir." şeklindeki belirlemede, Vergi Usul Kanunu'nun mükerrer 298 inci maddesinin (A/5) inci fıkrasında yer alan " matrahın tespitinde (....) geçmiş yıl zararları enflasyon düzeltmesine tabi tutulmuş tutarları ile dikkate alınır." hükmüne ve yukarıda belirtilen maddede yer alan diğer düzenlemelere aykırılık görülmemiştir.

Davanın tahakkuk işlemine ilşkin kısmına gelince;

Davacı Kurum, 31.12.2003 tarihli bilançosunun düzeltilmesi sonucu oluşan ve geçmiş yıllar kar/zararı hesabında gösterilen zararın ilgili dönemde düzeltmeye tabi tutulması sonucu oluşan farkın enflasyon düzeltme hesaplarına, oradan da gelir tablosuna intikal ettirilmesi sonucu haksız olarak vergi yükünün artırıldığını iddia etmektedir. Ancak, yukarıdaki açıklamalar dikkate alındığında, geçmiş yıllar kar/zararı hesabında gösterilen tutarın enflasyon düzeltmesine tabi tutulmasında ve doğan farkın sonuç hesaplarına intikal ettirilmesinde hukuka aykırılık bulunmamaktadır. Uyuşmazlık doğmasına sebep olan husus, 31.12.2003 tarihli düzeltilmiş bilançoda yer alan geçmiş yıllar zararının ilgili dönemde düzeltmeye tabi tutulması ve bu nedenle oluşan karın gelir tablosuna intikal ettirilmesine karşın, ilgili dönemde indirilebilecek zararların geçici 25 inci maddede belirtildiği şekilde mukayyet değerleri ile indirilebilecek olmasından ve 31.12.2003 tarihli düzeltme sonucu tespit edilen zararın ise indirime tabi tutulmamasından kaynaklanmaktadır. Uyuşmazlığın çözümü için 2004 yılı ve sonrasında indirilebilecek olan geçmiş yıl zararlarının mahiyetinin belirlenmesi gerekmektedir.

193 sayılı Gelir Vergisi Kanunu ile 5422 ve 5520 sayılı Kurumlar Vergisi Kanunları uygulamasında, beş yıldan fazla nakledilmemek kaydıyla geçmiş yıllar zararlarının matrahın tespitinde indirilmesine olanak sağlanmıştır. Bu uygulama ile vergide dönemsellik ilkesine bir istisna getirilerek, zarar nedeniyle işletme sermayesinin erimesinin önüne geçilmesi amaçlanmıştır.

213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun mükerrer 298 inci maddesinin uygulanması için başlangıç olarak 1.1.2004 tarihi esas alınacağından, bu tarihe taşınacak olan mali tabloların belirlenebilmesine yönelik düzenlemeler Kanunun geçici 25 inci maddesinde yapılmış, maddenin (f) bendinde yer alan "2003 yılı hesap dönemine ait beyannamede yer alan indirilemeyen geçmiş yıl mali zararları ile cari dönem mali zararları matrahın tespitinde mukayyet değerleri ile dikkate alınır." hükmü ile geçiş dönemi koşullarının, süreklilik arzeden ilk uygulama dönemine uyumu sağlanmıştır. Anılan maddenin (g) bendi hükmü dikkate alındığında ise, bu şekilde tespit edilen zararın, zarar olarak kabul edilmeyeceği ve bu tutarın aslının hiçbir zaman matrahtan indirilemeyeceği tabiidir.

Yukarıda belirtilen Kanun hükümleri uyarınca, 1.1.2004 tarihinden itibaren yapılacak düzeltme işlemlerinde, 31.12.2003 tarihli düzeltilmiş bilançoda yer alan geçmiş yıllar kar veya zararı da diğer parasal olmayan kıymetler gibi düzeltmeye tabi tutulacak, düzeltme sonucu oluşan fark ise gelir tablosuna intikal ettirilecektir. 31.12.2003 tarihli bilançonun düzeltilmesi sonucu ortaya çıkan geçmiş yıllar zararının aslı değil, ancak, beyan döneminde taşıma katsayısı uygulanarak düzeltilmesi sonucu bulunan fark ise, mukayyet değerle dikkate alınacak olan düzeltme öncesi geçmiş yıllar mali zararı bulunup bulunmadığına bakılmaksızın, ilgili dönemde indirilecek geçmiş yıl zararı olarak gösterilip, matrahın tespitinde ayrıca dikkate alınacaktır. Bu durum, enflasyon düzeltmesi uygulamasının amacının ve geçici 25 inci

maddenin (g) bendi ile mükerrer 298 inci maddenin A/5 inci fıkrasında yer alan "matrahın tespitinde (....) geçmiş yıl mali zararlarının enflasyon düzeltmesine tabi tutulmuş tutarları ile dikkate alınacağı" yolundaki hükmün doğal bir sonucudur.

Aksinin düşünülmesi halinde , bir yandan 31.12.2003 tarihli bilançoda yapılan düzeltme sonucu ortaya çıkan geçmiş yıllar zararının taşıma katsayısı uygulanıp düzeltmeye tabi tutularak önce enflasyon fark hesaplarına, oradan da gelir tablosuna kar olarak ilave edilmesi suretiyle matrahın artması sonucu doğarken, diğer yandan bu zararlardan doğan farkın hiçbir şekilde indirilemeyeceğini kabul etmek, enflasyon düzeltmesi ile ulaşılmak istenilen amaca tamamıyla aykırı bir durum oluşturarak, 31.12.2003 tarihli bilançoda tespit edilen ve esasen geçmiş yıllarda enflasyon nedeniyle haksız yere vergi ödendiğini gösteren ve düzeltme sonucu oluşan zarar üzerinden ilerleyen dönemlerde yeniden vergi alınması sonucu doğacaktır. Bu durumun da hukuka uygunluğundan söz edilemez.

Anayasa'nın 73 üncü maddesi, "Herkes, kamu giderlerini karşılamak üzere, mali gücüne göre, vergi ödemekle yükümlüdür." hükmünü taşımaktadır. Vergileme ile bir yandan vatandaşların mamelekinde bir azalış meydana gelirken, diğer taraftan, toplanan vergilerle toplum için gerekli olan kamu giderlerinin finansmanı sağlanmaktadır. Mükelleflerle vergi idaresi arasında vergileme konusunda çeşitli şekillerde uyuşmazlıklar doğmaktadır.Vergi idaresi tarafından, vergileme alanında, idari davaya konu edilebilecek şekilde doğrudan bir idari işlem tesis edilebileceği gibi, ileride doğabilecek bir cezaya ve faize muhatap kalmak istemeyen mükellefler tarafından, beyannamenin, vergi ödenmemesi veya daha az ödenmesi gerektiği yolundaki ihtirazi kayıtla verilmesi ve İdarece ihtirazi kayıt kabul edilmeyerek tahakkuk işlemi yapılması halinde de tahakkukun kaldırılması istemiyle dava açılabilmesi mümkündür. Vergi davası yoluyla amaçlanan husus, bir yandan bireyin mamelekinin kendisinden çok güçlü olan Devlete karşı yargı yoluyla korunmasını sağlarken, İdarenin vergi kanunlarını yanlış uygulamasını engelleyerek, kamu düzenini ve kamu yararını sağlamaktır. 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 20 nci maddesinin 1 numaralı fıkrasında yer alan "Danıştay ile idare ve vergi mahkemeleri, bakmakta oldukları davalara ait her çeşit incelemeleri kendiliklerinden yaparlar." hükmü ile idari yargıda "re'sen araştırma ilkesi" benimsenmiş olup, verginin birey ve toplum açısından sonuçları dikkate alındığında, vergi davalarında "re'sen araştırma ilkesi" ayrı bir önem taşımaktadır. Bu ilke gereğince, Mahkemeler, sadece dava dilekçesinde ve savunmalarda gösterilen sebep ve delillerle bağlı kalmayıp, kamu düzenini ve kamu yararını sağlamak amacıyla, Kanunla verilen yetki uyarınca, mali güce göre vergilendirme ve gerçek gelirin vergilendirilmesi ilkeleri çerçevesinde her türlü inceleme ve araştırmayı yapmakla yükümlüdürler.

İncelenen dosyada, davacının, ihtirazi kayıt ve dava dilekçelerindeki nihai talebi ve bu dava ile elde etmek istediği hukuki sonuç, geçmiş yıllar zararının düzeltilmesi sonucu fazladan tahakkuk ettirilen verginin kaldırılmasıdır. Yukarıda yapılan açıklamalar ve enflasyon düzeltmesiyle ulaşılmak istenilen amaç ve sonuç da dikkate alındığında, davacının ileri sürdüğü hukuki sebeplerle bağlı kalmadan, geçmiş yıllar zararının düzeltilmesinden kaynaklanan farkın, geçmiş yıllar zararı olarak ayrıca matrahtan indirimine olanak sağlanması halinde, ihtilafı doğuran tutarda vergilemeye tabi bir matrah oluşup oluşmadığının, yargısal denetimde re'sen belirlenmesi gerekmektedir.

Davacının ilgili dönem beyannamesi incelendiğinde, 31.12.2003 tarihli enflasyon düzeltmesi sonucu oluşan geçmiş yıllar zararının ilgili dönemde taşıma katsayısı uygulanarak düzeltilmesinden kaynaklanan kısmının matrahtan indirimi mümkün iken, bu tutarın geçmiş yıllar zararı olarak indirilmediği, bu sebeple de dava konusu matrah farkı tutarında fazladan vergilendirildiği görülmektedir.

Bu durumda, ihtirazi kayıt dikkate alınmayarak yapılan tahakkuk işlemi hukuka aykırıdır.

Açıklanan nedenlerle, davanın 338 Sıra Nolu Vergi Usul Kanunu Genel Tebliği'nin "3.2.Taşıma Katsayısı" başlıklı bölümünde yer alan ve "30.6.2004 tarihli bilançoda görünen

ve 31.12.2003 tarihli bilançonun düzeltilmesi neticesinde oluşan geçmiş yıllar kar/zararı da taşıma katsayısı kullanılarak düzeltilecektir." açıklamasını içeren 6 no.lu dipnotun iptaline ilişkin kısmının reddine , 2004/2 nci dönem için tahakkuk ettirilen geçici verginin kaldırılmasına, Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi uyarınca davacı vekili için takdir edilen 500.- YTL nin davalı idarelerden alınıp davacıya verilmesine, 28.90YTL. karar harcının davacıdan alınmasına ve dava kısmen kabul kısmen retle sonuçlandığından, aşağıda dökümü yapılan yargılama giderlerinden 26,30 YTL sinin davalılardan alınıp davacıya verilmesine, kalan kısmın ise davacı üzerinde bırakılmasına, artan posta ücretinin isteği halinde davacıya iadesine, düzenleyici işlem yönünden oybirliğiyle, tahakkuk işlemi yönünden oyçokluğuyla,kararın tebliğini izleyen günden itibaren 30 gün içinde Danıştay Vergi Dava Daireleri Kurulu nezdinde temyiz yolu açık olmak üzere 25.12.2008 gününde karar verildi.

KARŞI OY

X- 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun 377 nci maddesinde mükellefler ve kendilerine vergi cezası kesilenlerin, tarh edilen vergilere ve kesilen cezalara karşı vergi mahkemesinde dava açabilecekleri belirtilmiş olup, Kanunun 378 inci maddesinde ise "Vergi Mahkemesinde dava açabilmek için verginin tarh edilmesi, cezanın kesilmesi, tadilat ve takdir komisyonları kararlarının tebliğ edilmiş olması; tevkif yoluyla alınan vergilerde istihkak sahiplerine ödemenin yapılmış ve ödemeyi yapan tarafından verginin kesilmiş olması lazımdır. Mükellefler beyan ettikleri matrahlara ve bu matrahlar üzerinden tarh edilen vergilere karşı dava açamazlar. Bu kanunun vergi hatalarına ait hükümleri mahfuzdur" hükmü yer almaktadır.Anılan maddelere göre, vergi hataları hariç olmak üzere genel kural mükelleflerin beyan ettikleri matrahlara ve bu matrahlar üzerinden tarh edilen vergilere karşı dava açamayacak olmalarıdır. Bu ilkenin istisnası ihtirazi kayıtla beyan olup, mükellefler beyan ettikleri matrah veya matrah kısmının vergilendirilmemesi konusunda çekince konulması suretiyle dava açabilmektedirler. İhtirazi kayıtla yapılan beyanlarda ihtirazi kayıt(çekince) sebebinin açık olarak belirtilmesi gerekmektedir. Zira, bu durumda İdare tarafından doğrudan tesis edilmiş bir işlem mevcut olmayıp, ihtilaf davacı tarafından yaratılmaktadır.

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 3 üncü maddesinin 1 inci fıkrasında, idari davaların, Danıştay idare mahkemesi ve vergi mahkemesi başkanlıklarına hitaben yazılmış imzalı dilekçelerle açılacağı belirtilmiş, maddenin 2/b bendinde " Davanın konusu ve sebepleri ile dayandığı deliller" in dilekçelerde gösterilmesi öngörülmüştür. Davanın konusu ve sebepleri ile dayandığı delillerin dilekçede gösterilmesi, özellikle İdare tarafından doğrudan tesis edilmiş bir işlem bulunmayan ihtirazi kayıtla yapılan beyan üzerine açılan davalarda uyuşmazlığın sebebi dikkate alınarak davalı idarece savunma hakkının daha iyi kullanılabilmesi ve uyuşmazlığın doğru olarak çözümlenebilmesi açısından bir zorunluluktur. Kanunun 20 nci maddesinde öngörülen re'sen araştırma ilkesi uyuşmazlığın çabuk ve doğru olarak çözümlenebilmesi için öngörülmüş olup, bu ilkenin davanın konusunu ve sebebini değiştirme imkanı sağladığından ve İdarenin savunma hakkını sınırlayacak şekilde uygulanabileceğinden söz edilemez.

İncelenen dosyada, davacı beyanına karşı ihtirazi kaydını ve dava sebebini 338 Sıra Nolu Vergi Usul Kanunu Genel Tebliği'nin 6 nolu dipnotu gereğince geçmiş yıllar kar/zararının taşıma katsayısı kullanılarak düzeltilmesinin hukuka aykırı oluşuna bağlamış ve bu nedenle kar oluşmasını eleştirerek dava açmıştır. Dairemizce, dava konusu 6 nolu dipnot içeriği açıklamada hukuka aykırılık bulunmadığı tespit edilerek davanın bu kısmı reddedildiğine göre, bu düzenlemeye göre yapılan tahakkuka karşı açılan davanın da aynı sebeple reddedilmesi gerekmektedir. Davanın konusu ve sebebi değiştirilerek, geçmiş yıllar zararının taşıma katsayısı uygulanması suretiyle düzeltilmesinden kaynaklanan farkın indirilmesi halinde fazladan tahakkuk ettirilen bir miktarın kalmadığı gerekçesiyle tahakkukun kaldırılması hukuka uygun değildir.

Bu nedenle, dava konusu Genel Tebliğ dipnotunda öngörülen uygulamanın hukuka uygun olduğu belirlendikten sonra, bu dipnot nedeniyle konulan ihtirazi kayıt dikkate alınmayarak yapılan tahakkuka karşı açılan davanın da aynı gerekçeyle reddi gerektiği görüşüyle, kararın tahakkukun kaldırılmasına ilişkin kısmına katılmıyoruz.

YARGILAMA USULÜ

T.C.
D A N I Ş T A Y
Dördüncü Daire
Esas No : 2007/4177
Karar No : 2009/751

Özeti : Vergi ziyaı cezası, Vergi Usul Kanunu'nun 344 üncü maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca kesildiğinden, bu konuda uzlaşma yolunun kapalı olduğu, ancak tarhiyata ilişkin vergi ceza ihbarnamelerinde yetkili uzlaşma komisyonunun hangisi olduğu yazılarak, davalı idare tarafından davacının yanıltılması ve dava açma süresi geçtikten sonra davacıya tebliğ edilen bir işlemle anılan tarhiyatların uzlaşma kapsamına girmediğinin bildirilmesi karşısında, bu bildirim üzerine aynı gün, yani bildirimden itibaren 15 günlük ek süre geçmeden açılan davanın, süresinde olduğunun kabulü gerektiği hakkında.

Temyiz Eden : ...
Karşı Taraf : Site Vergi Dairesi Müdürlüğü
İstemin Özeti : 2002 yılı işlemleri incelenen davacı adına 2002/8,9,10,11,12 dönemleri için salınan katma değer vergisi ile kesilen vergi ziyaı cezasının kaldırılması istemiyle dava açılmıştır. Sivas Vergi Mahkemesi 17.7.2007 günlü E:2006/269, K:2007/319 sayılı kararıyla; 213 sayılı Kanunun 344 üncü maddesinin üçüncü fıkrasına göre kesilen vergi ziyaı cezalarını da kapsayan vergi ceza ihbarnamelerinin 4.3.2006 tarihinde davacıya tebliğ edildiği, dava açma süresinin son günü olan 3.4.2006 tarihinde davacının uzlaşma başvurusunda bulunduğunun, uzlaşma talebinin, uzlaşma komisyonunca 213 sayılı Kanunun 344 üncü maddesinin üçüncü fıkrasına göre vergi ziyaı cezası kesilen tarhiyatların uzlaşma kapsamında bulunmadığı belirtilerek reddedildiğinin, söz konusu kararın davacıya 27.4.2006 tarihinde tebliğ edildiğinin ve aynı tarihte kayda giren dilekçe ile dava açıldığının görüldüğü, 213 sayılı Kanunun ek 7 nci maddesinde, dava açma süresi içerisinde uzlaşmaya başvurmakla uzlaşmaya varılamaması halinde dava açma süresinin 15 gün uzayacağının belirtildiği, söz konusu hükmün, uzlaşma komisyonunun yetkisine girmeyen konularda da dava açma süresinin uzayabileceği şeklinde yorumlanamayacağı, bu nedenle davacının uzlaşma kapsamına girmeyen tarhiyatın kaldırılması istemiyle dava açma süresinin son günü olan 3.4.2006 tarihine kadar dava açması gerekirken 27.4.2006 tarihinde açılan davanın süresinde olmadığı gerekçesiyle süre aşımı nedeniyle reddine karar vermiştir. Davacı, ihbarnamede belirtilen uzlaşma komisyonuna dava açma süresi içerisinde başvuruda bulunduğunu, tarhiyatın uzlaşma kapsamına girmediğini bilemeyeceğini, yargılanma hakkının

elinden alınmaması gerektiğini, tarhiyata karşı açtığı davanın esastan incelenmesi gerektiğini ileri sürerek kararın bozulmasını istemektedir.

Savunmanın Özeti : Yasal dayanaktan yoksun istemin reddi gerektiği düşünülmüştür.

Tetkik Hakimi Zübeyde Çelebi' nin Düşüncesi : Dava konusu tarhiyata Vergi Usul Kanunu'nun 344 üncü maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca ceza uygulandığı için bu tarhiyata karşı uzlaşma yolunun kapalı olduğu tabiidir. Ancak tarhiyata ilişkin vergi ceza ihbarnamelerinde yetkili uzlaşma komisyonu belirtilerek davalı İdare tarafından davacının yanıltılması ve dava açma süresi geçtikten sonra tesis edilen ve davacıya ayrıca tebliğ edilen bir işlemle anılan tarhiyatların uzlaşma kapsamına girmediğinin bildirilmesi üzerine, aynı gün yani Vergi Usul Kanunu'nun Ek 7 nci maddesinde öngörülen 15 günlük ek süre geçmeden açılan davanın süresinde olduğunun kabulü hakkaniyete uygun olacağından temyiz isteminin kabulüyle kararın bozulması gerektiği düşünülmektedir.

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

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

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Dördüncü Dairesince gereği görüşüldü:

2002 yılı işlemleri incelenen davacı adına 2002/8,9,10,11,12 dönemleri için salınan katma değer vergisi ile kesilen vergi ziyaı cezasının kaldırılması istemiyle açılan davanın süre aşımı nedeniyle reddine karar veren Vergi Mahkemesi kararı davacı tarafından temyiz edilmiştir.

213 sayılı Kanunun ek 7 nci maddesinde, müddeti içinde uzlaşma talebinde bulunan mükellefin veya ceza muhatabının uzlaşma talep ettiği vergi veya ceza için, ancak uzlaşma vaki olmadığı takdirde dava açma yoluna gidebileceği, uzlaşmanın vaki olmaması halinde mükellef veya ceza muhatabının; tarhedilen vergiye veya kesilen cezaya, uzlaşmanın vaki olmadığına dair tutanağın kendisine tebliğinden itibaren genel hükümler dairesinde ve yetkili vergi mahkemesi nezdinde dava açabileceği, bu takdirde, dava açma müddeti bitmiş veya 15 günden az kalmış ise bu müddetin tutanağın tebliği tarihinden itibaren 15 gün olarak uzayacağı hükmüne yer verilmiştir.

Uzlaşmanın amacının vergi tarh eden idare ile vergiyi ödeyecek olan yükümlünün uyuşmazlık çıkarmadan anlaşabilmelerini sağlamak olduğu gözönünde bulundurulduğunda, kanun koyucunun uzlaşma davetine katılan ancak uzlaşamayan yükümlü ile uzlaşma başvurusunda bulunmakla beraber yasal engellerden dolayı uzlaşmayı temin edemeyen yükümlü arasında, dava yoluna başvurma bakımından bir farklılık yaratmak istediği söylenemez.

Dosyanın incelenmesinden, dava konusu tarhiyata ilişkin vergi ceza ihbarnamelerinin 4.3.2006 tarihinde davacıya tebliğ edildiği, dava açma süresinin son günü olan 3.4.2006 tarihinde davacının uzlaşma başvurusunda bulunduğu, uzlaşma komisyonunca yükümlünün talebinin uzlaşma kapsamında bulunup bulunmadığının öncelikle incelenerek bu konuda bir karar verilmesi gerekirken, bu zorunluluğa uyulmaksızın, tarhiyatın kaldırılması talebiyle açılacak dava için Yasada öngörülen bir aylık süreden sonraya rastlayan 27.4.2006 tarihinde 213 sayılı Kanunun 344 üncü maddesinin üçüncü fıkrasına göre vergi ziyaı cezası kesilen tarhiyatların uzlaşma kapsamında bulunmadığı belirtilerek uzlaşma talebinin reddedildiği, söz konusu kararın davacıya 27.4.2006 tarihinde tebliğ edildiği ve aynı tarihte kayda giren dilekçe ile dava açıldığı anlaşılmıştır.

Vergi ziyaı cezası, Vergi Usul Kanunu'nun 344 üncü maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca kesildiğinden bu konuda uzlaşma yolunun kapalı olduğu açıktır. Ancak tarhiyata ilişkin vergi ceza ihbarnamelerinde yetkili uzlaşma komisyonunun hangisi olduğu yazılarak davalı İdare tarafından davacının yanıltılması ve dava açma süresi geçtikten sonra tesis edilen ve davacıya ayrıca tebliğ edilen bir işlemle anılan tarhiyatların uzlaşma kapsamına girmediğinin bildirilmesi karşısında, bu bildirim üzerine aynı gün, yani bildirimden itibaren 15 günlük ek süre geçmeden açılan davanın süresinde olduğu sonucuna varılmıştır.

Açıklanan nedenlerle, temyiz isteminin kabulüyle, Sivas Vergi Mahkemesinin 17.7.2007 günlü ve E:2006/269, K:2007/319 sayılı kararının bozulmasına 12.2.2009 gününde oyçokluğuyla karar verildi.

KARŞI OY

X-Temyiz dilekçesinde öne sürülen hususlar, temyize konu mahkeme kararının bozulmasını sağlayacak nitelikte bulunmadığından temyiz isteminin reddi ile Mahkeme kararının onanması gerektiği görüşüyle karara karşıyız.

T.C.
D A N I Ş T A Y
Dördüncü Daire
Esas No : 2007/3301
Karar No : 2008/3554

Özeti : Davacının 24.11.2006 tarihinde tebliğ edilen işlemin kaldırılarak, hakkında tesis edilen mükellefiyetin terkini istemiyle, 8.12.2006 tarihli ve 102282 sayılı dilekçe ile 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 11 nci maddesi uyarınca, dava açma süresi içerisinde davalı idareye başvuruda bulunduğu ve idareye yasal olarak tanınan cevap süresinin bitimini beklemeden, kanunda öngörülen süreden önce 25.1.2007 tarihinde dava açtığı anlaşılmış olup; temyiz dilekçesinin verildiği 21.5.2007 tarihi itibarıyla dahi davacının başvurusuna idarece bir cevap verilmemiş olması karşısında, anayasal bir hak olan dava açma hakkının, süre aşımı nedeniyle kullanılamayacağının kabulüne hukuken olanak bulunmadığından, aksi yönde verilen mahkeme kararında yasal isabet görülmediği hakkında.

Temyiz Eden **:** Kastamonu İli Araç İlçesi Susuz Köyü Ahlatcuk Mahallesi Yardımlaşma ve Dayanışma Derneği
Karşı Taraf **:** Ümraniye Vergi Dairesi Müdürlüğü
İstemin Özeti **:** Davalı İdarece 25.11.2005 günlü denetim tutanağına istinaden davacı adına mükellefiyet tesis edilmesine ilişkin 20.2.2006 günlü ve 5741 sayılı işlemin iptali istemiyle dava açılmıştır. İstanbul 4.Vergi Mahkemesinin 26.1.2007 günlü ve E:2007/231, K:2007/160 sayılı kararıyla; davacıya hakkında mükellefiyet tesis edildiğini ve bazı belgelerin istenildiği bildiren 20.2.2006 günlü ve 5741 sayılı yazının tebliği üzerine dava açma süresi içerisinde dava açılması veya 2577 sayılı Kanunun 11 nci maddesi uyarınca dava açma süresi içerisinde işlemin kaldırılması veya değiştirilmesinin istenilmesi gerekirken, davacı tarafından davalı idareye dava açma süresi geçtikten sonra 8.12.2006 tarihinde başvurulduğu ve

20.2.2006 günlü işlemin süresi içerisinde de dava konusu edilmediği görüldüğünden 25.1.2007 tarihinde kayda giren dilekçe ile açılan davanın süresinde olmadığı gerekçesiyle davanın süreaşımı nedeniyle reddine karar verilmiştir. Davacı, 20.2.2006 tarihli dava konusu işlemin tarafına 24.11.2006 tarihinde tebliğ edildiğini, bu nedenle dava açma süresinin geçmediğini ileri sürerek kararın bozulmasını istemektedir.

Savunmanın Özeti : Savunma verilmemiştir.

Tetkik Hakimi Zübeyde Çelebi'nin Düşüncesi : 2577 sayılı Kanunun 7 nci maddesinde, dava açma süresinin, özel kanunlarında ayrı süre gösterilmeyen hallerde Danıştayda ve idare mahkemelerinde altmış ve vergi mahkemelerinde otuz gün olduğu, bu sürelerin; idari uyuşmazlıklarda; yazılı bildirimin yapıldığı,vergi, resim ve harçlar ile benzeri mali yükümler ve bunların zam ve cezalarından doğan uyuşmazlıklarda: 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 alınmış, aynı Kanunun 11 inci maddesinde ise, ilgililer tarafından idari dava açılmadan önce, idari işlemin kaldırılması, geri alınması, değiştirilmesi veya yeni bir işlem yapılmasının üst makamdan, üst makam yoksa işlemi yapmış olan makamdan, idari dava açma süresi içinde istenebileceği,bu başvurunun, işlemeye başlamış olan idari dava açma süresini durduracağı, altmış gün içinde bir cevap verilmezse isteğin reddedilmiş sayılacağı,isteğin reddedilmesi veya reddedilmiş sayılması halinde dava açma süresinin yeniden işlemeye başlayacağı ve başvurma tarihine kadar geçmiş sürenin de hesaba katılacağı belirtilmiştir.

Vergi Mahkemesince dava konusu işlemin tebliğ tarihi 20.2.2006 olarak kabul edilerek 25.1.2007 tarihinde açılan davanın süreaşımı nedeniyle reddine karar verilmişse de; hakkında mükellefiyet tesis edilmesine ilişkin işlemin davacıya 24.11.2006 tarihinde tebliğ edildiği, davacı tarafından işlemin kaldırılması istemiyle 8.12.2006 tarihinde, İdareye 2577 sayılı Kanunun 11 inci maddesi uyarınca başvuruda bulunulduğu ve 25.1.2007 tarihinde mükellefiyet tesis edilmesine ilişkin işlemin iptali istemiyle dava açıldığı görülmüştür.

Davanın süresinde açıldığının kabulü için; davacının 2577 sayılı Kanunun 11 inci maddesi uyarınca dava açma süresi içerisinde yaptığı başvurunun reddi yönünde İdarece bir cevap verilmesi veya altmış gün içerisnde cevap verilmemesi üzerine başvuruyla birlikte durup tekrar işlemeye başlayan kalan süre içerisinde dava açılmış olması gerekmektedir. İncelenen olayda, davacının 24.11.2006 tarihinde tebliğ edilen işleme karşı dava açma süresi içerisinde 8.12.2006 tarihinde İdareye başvuruda bulunduğu, ancak İdarece herhangi bir cevap verilmeden ve altmış günlük zımni ret süresi geçmeden 25.1.2007 tarihinde dava açıldığı anlaşılmıştır. Bu durumda kesin ve kanuni olan dava açma süresi içerisinde dava açmayan ve usulüne uygun olarak idari başvuru yollarına gitmeyen davacının açtığı davanın süre aşımı nedeniyle reddine karar veren Vergi Mahkemesi kararının sonucu itibarıyla yerinde olduğu, kararın bu gerekçeyle onanması gerektiği düşünülmektedir.

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

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

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Dördüncü Dairesince gereği görüşüldü:

Davalı İdarece 25.11.2005 günlü denetim tutanağına istinaden davacı adına mükellefiyet tesis edilmesine ilişkin 20.2.2006 günlü ve 5741 sayılı işlemin iptali istemiyle

açılan davayı süreaşımı nedeniyle reddeden Vergi Mahkemesi kararı davacı tarafından temyiz edilmiştir.

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun "Dava Açma Süresi" başlıklı 7'inci maddesinde, dava açma süresinin, özel kanunlarında ayrı süre gösterilmeyen hallerde Danıştay'da ve idare mahkemelerinde altmış, vergi mahkemelerinde otuz gün olduğu, belirtilmiş, "Üst Makamlara Başvurma" başlıklı 11 inci maddesinde ise, ilgililer tarafından, idari dava açılmadan önce, idari işlemin kaldırılması, geri alınması, değiştirilmesi veya yeni bir işlem yapılmasının üst makamdan, üst makam yoksa işlemi yapmış olan makamdan, idari dava açma süresi içinde istenebileceği, bu başvurmanın işlemeye başlamış olan idari dava açma süresini durduracağı, altmış, gün içinde bir cevap verilmezse isteğin reddedilmiş sayılacağı, isteğin reddedilmesi veya reddedilmiş sayılması halinde dava açma süresinin yeniden işlemeye başlayacağı ve başvurma tarihine kadar geçmiş sürenin de hesaba katılacağı, hükme bağlanmıştır.

Vergi Mahkemesince, davacıya hakkında mükellefiyet tesis edildiğini ve bazı belgelerin istenildiğini bildiren 20.2.2006 günlü 5741 sayılı yazının tebliği üzerine davacı tarafından dava açma süresi geçtikten sonra 8.12.2006 gününde davalı İdareye başvurulduğu ve 20.2.2006 günlü işlemin süresi içerisinde dava konusu edilmediği, 25.1.2007 tarihinde kayda giren dilekçe ile açılan davanın süresinde olmadığı gerekçesiyle davanın süreaşımı nedeniyle reddine karar verilmiştir.

Dosyanın incelenmesinden, dava konusu 20.2.2006 günlü işlemin davacıya tebliğ tarihinin, 20.2.2006 tarihi olmayıp 24.11.2006 tarihi olduğu anlaşılmıştır. Buna göre, davacının 24.11.2006 tarihinde tebliğ edilen bu işlemin kaldırılarak hakkında tesis edilen mükellefiyetin terkini istemiyle 8.12.2006 tarihli ve 102282 sayılı dilekçe ile 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun yukarıda belirtilen 11 nci maddesi uyarınca dava açma süresi içerisinde davalı İdareye başvuruda bulunduğu ve İdareye yasal olarak tanınan cevap süresinin bitimini beklemeden, Kanunda öngörülen süreden önce 25.1.2007 tarihinde dava açtığı anlaşılmış olup, temyiz dilekçesinin verildiği 21.5.2007 tarihi itibarıyla dahi davacının başvurusuna İdarece bir cevap verilmemiş olması karşısında, Anayasal bir hak olan dava açma hakkının süreaşımı nedeniyle kullanılamayacağının kabulüne hukuken olanak bulunmadığından aksi yönde verilen Mahkeme kararında yasal isabet görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle, davacının temyiz isteminin kabulüyle İstanbul 4.Vergi Mahkemesinin 26.1.2007 günlü ve E:2007/231, K:2007/160 sayılı kararının bozulmasına, 13.10.2008 gününde oybirliğiyle karar verildi.

T.C.
D A N I Ş T A Y
Beşinci Daire
Esas No : 2006/532
Karar No : 2008/5466

Özeti : Başbakanlığın kamu hizmetlerinin görülmesinde verim ve uyum sağlamak adına, sahip olduğu genel gözetim yetkisini kullanarak çıkardığı tasarruf önlemleri ile ilgili genelgelerin, idarenin bütünlüğü ilkesinin uygulanmasını sağlamaya yönelik kullandığı araçlardan biri olması karşısında, 2003/39 sayılı Başbakanlık Genelgesi'nin kapsamındaki kurum ve kuruluşların sayıldığı 1. madde hükmüne, idari teşkilat içinde yer alan ve kamu kaynaklarını kullanan "kurul/üst kurulların" dahil edilmesinde, hukuka aykırılık bulunmadığı hakkında.

Davacı : Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu
Vekili : Av. ...
Davalı : Başbakanlık

Davanın Özeti : Davacı, Başbakanlık Teftiş Kurulu Başkanlığı'nın 30.5.2005 günlü, EPDK.3 sayılı denetim raporu ve ekleri ile Başbakanlığın 1.7.2005 günlü olurunun ve rapora yapılan itiraz üzerine Başbakanlık Teftiş Kurulu Başkanlığının 19.10.2005 günlü yazısı ekinde gönderilen 3.10.2005 günlü, 31/05-36 sayılı işlemin ve anılan işlemlerin dayanağı olan 2003/39 sayılı Başbakanlık Genelgesinin 1. maddesinde yer alan "kurul/üst kurullar" ibaresi ile 5. ve 9. maddelerinin iptalini istemektedir.

Savunmanın Özeti : Davanın yasal süresinde açılmadığı; dava konusu denetim raporunun bazı bölümlerine ilişkin olarak Maliye Bakanlığı'ndan görüş istenildiği; anılan Bakanlıktan gelecek görüşe göre işlem tesis edileceğinden, bu aşamada ortada idari davaya konu olabilecek nitelikte kesin ve yürütülmesi gerekli bir işlem bulunmadığı; davacı kuruma 4628 sayılı Yasa ile sağlanan idari ve mali özerkliğin sistem dışılık, sorumsuzluk ve sınırsızlık anlamına gelmediği; davaya konu edilen denetim raporunda belirtilen hususların "hesap denetimi" çerçevesinde kaldığı, Kurul'un düzenleme ve denetleme işlevine ilişkin hususların denetim konusu yapılmadığı, Devletin ekonomi politikasının sonucu olarak, ekonomik hedeflerin tutturulması amacıyla çıkarılmış bulunan 2003/39 sayılı Tasarruf Genelgesi'nin davacı Kurumun idari ve mali özerkliğini zedeleyici bir yönü bulunmadığı, belirtilen nedenlerle davanın usul ve esas bakımından reddi gerektiği savunulmaktadır.

Danıştay Tetkik Hakimi : Süleyman Aydın
Düşüncesi : Davanın reddi gerektiği düşünülmektedir.
Danıştay Savcısı : İsa Yeğenoğlu
Düşüncesi : Dava, Başbakanlık Teftiş Kurulu Başkanlığı'nın 30.5.2005 günlü, EPDK.3 sayılı denetim raporu ve ekleri ile Başbakanlığın 1.7.2005 günlü olurunun ve rapora yapılan itiraz üzerine Başbakanlık Teftiş Kurulu Başkanlığının 19.10.2005 günlü yazısı ekinde gönderilen 3.10.2005 gün ve 31/05-36 sayılı işlemin ve bunların

dayanağı olan 2003/39 sayılı Başbakanlık Genelgesi'nin 1. maddesinde yer alan "kurul/üst kurullar" ibaresi ile 5. ve 9. maddelerinin iptalleri istemiyle açılmıştır.

4628 sayılı Elektrik Piyasası Kanunu'nun 8. maddesinin 4646 sayılı Yasa'nın 17. maddesi ile değişik son fıkrasına göre Başbakanlık Yüksek Denetleme Kurulu tarafından denetlenmekte iken, 31.1.2002 tarihinde yürürlüğe giren 4743 sayılı Yasa'nın 7. maddesi uyarınca Başbakanlık müfettişi, Başbakanlık Yüksek Denetleme Kurulu denetçisi ve Maliye müfettişinden oluşan bir komisyon tarafından denetlenen ve dış denetimi yönünden ise 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu'nun 68. maddesi uyarınca 1.1.2005 tarihinden itibaren (24.12.2003 tarihinde yürürlüğe giren Geçici 10. maddesi uyarınca da 31.12.2005 tarihine kadar) Sayıştay denetimine tabi kılınan Enerji Piyasası Düzenleme Kurumunun, 4743 sayılı Yasa'nın 7. maddesinin iptali yolundaki 25.6.2002 gün ve E:2002/31, K:2002/58 sayılı Anayasa Mahkemesi kararının Resmi Gazete'de yayımlanmasından önce 31.12.2005 tarihine kadar olan dönemde anılan 4743 sayılı Yasa'nın 7. maddesinde öngörülen komisyon tarafından dış denetiminin yapılmasında ve bu kapsamda Kurumun 2004 yılı dış denetiminin bu komisyon tarafından gerçekleştirilmiş olmasında yetki yönünden hukuka aykırılıktan söz etmek olanaksızdır.

Tasarruf tedbirleri ile ilgili düzenleme yapan 2003/39 sayılı Başbakanlık Genelgesinin 1. maddesinde yer alan "kurul/üst kurullar" ibaresi ile 5. ve 9. maddeleri ile ilgili kısmına gelince;

3056 sayılı Başbakanlık Teşkilatının Kuruluşu Hakkında Kanunun 1. maddesinde, Başbakanlık teşkilatının kuruluş amaçları arasında, hükümetin genel siyasetinin yürütülmesini gözetmek ve Devlet teşkilatının düzenli bir biçimde işlemesini sağlamak olduğu, 2. maddesinde Başbakanlığın görevlerinin, genel siyasetin yürütülmesini gözetmek, Anayasa ve kanunlarla verilen hizmetleri yerine getirmek amacıyla gerekli tedbirleri almak ve Devlet teşkilatının etkili bir biçimde işlemesini temin edecek ilkeleri tespit etmek, hükümet programı ve kalkınma planları ile yıllık programların uygulanmasını takip etmek olduğu belirtilmiş, 4.maddesinde de, Başbakanın, ekonomik, sosyal ve kültürel kalkınmayı sağlamak, refahı yaygınlaştırmak, hükümetin genel siyasetini yürütmek ve diğer maksatlarla bakanlıklar arasında uyumu ve işbirliğini temin etmek, Bakanların görevlerinin anayasaya ve kanunlara uygun olarak yerine getirilmesini gözetmek ve düzeltici önlemler almak yetkisinin bulunduğu hükme bağlanmıştır.

Anılan hükümlere göre, Başbakanlığın, Devlet teşkilatının düzenli bir biçimde işlemesini ve kamu hizmetlerinin görülmesinde verimlilik ve uyumu sağlamak amacıyla sahip bulunduğu genel gözetim yetkisine dayanarak çıkardığı tasarruf tedbirleri ile ilgili genelgelerin, Anayasa'da öngörülen idarenin bütünlüğü ilkesi kapsamında kullandığı araçlardan biri olduğu kuşkusuzdur.

Bu itibarla, tasarruf tedbirleri ile ilgili düzenleme yapan 2003/39 sayılı Başbakanlık Genelgesinin kapsamındaki kurum ve kuruluşların sayıldığı 1. maddesine Devlet teşkilatı içinde yer alan ve kamu kaynaklarını kullanan "kurul/üst kurulların" dahil edilmesinde hukuka aykırılık bulunmamaktadır.

2003/39 sayılı Başbakanlık Genelgesi'nin dava konusu 5. maddesinde; sağlık harcamalarında ilgili mevzuata ve yılı bütçe uygulama talimatlarına uyulacağı, Devlet Memurlarının Tedavi Yardımı ve Cenaze Giderleri Yönetmeliğinde belirtilen esaslara göre hareket edileceği şeklinde yer alan düzenlemede; Enerji Piyasası Düzenleme Kurulu Başkan ve üyelerinin 4628 sayılı Kanun hükümleri yanında 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu uyarınca Devlet memuru olmak için gerekli olan şartları taşımalarından dolayı kamu görevlisi statüsünde bulunmaları, Kurum personelinin 4628 sayılı Yasa'nın 9. maddesinde öngörüldüğü üzere ücret ve mali haklar dışında 657 sayılı Yasa'ya tabi bulunması ve sağlık harcamaları ile tedavi yardımının ise anılan Yasa kapsamında bir sosyal hak kapsamında olması karşısında, hukuka aykırılık görülmemiştir.

2003/39 sayılı Genelge'nin 9. maddesinin üçüncü fıkrasında yer alan "uluslararası toplantılar ile milli bayramlar, milli anma ve kurtuluş günleri hariç, kamu kurum ve kuruluşları tarafından hiçbir toplantıya çiçek gönderilemeyecektir" yolundaki dava konusu düzenlemede de, merkezi idarenin genel gözetim yetkisi sınırlarının aşılmamış olması nedeniyle hukuka aykırılık bulunmamaktadır.

Esasen, merkezi idarenin kural olarak üst kurulların karar organları (organik) ile işlemleri üzerinde (işlevsel) denetim yetkisi bulunmamakta; diğer bir anlatımla, üst kurulların "regülasyona ilişkin kararları"nın merkezi idarenin müdahale alanının dışında kalması, bu kurulların özerklik ve bağımsızlıklarının doğal bir sonucu olmaktadır.

Belirtilen açıklamalar ışığında, üst kurulların organik bağımsızlıklarını ortadan kaldırmayan ve "regülasyon" faaliyetlerini ilgilendirmeyen 2003//39 sayılı Başbakanlık Genelgesi'nin dava konusu edilen maddeleri, bu kurulların özerk ve bağımsız yapılarına aykırılık taşımamaktadır. bir yön bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle, davanın reddi gerektiği düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Beşinci Dairesi'nce işin gereği düşünüldü:

Davalı idarenin usule ilişkin iddiaları yerinde görülmeyerek işin esasına geçildi.

Davacı, Başbakanlık Teftiş Kurulu Başkanlığı'nın 30.5.2005 günlü, EPDK.3 sayılı denetim raporu ve ekleri ile Başbakanlığın 1.7.2005 günlü olurunun ve rapora yapılan itiraz üzerine Başbakanlık Teftiş Kurulu Başkanlığının 19.10.2005 günlü yazısı ekinde gönderilen 3.10.2005 günlü, 31/05-36 sayılı işlemin ve anılan işlemlerin dayanağı olan 2003/39 sayılı Başbakanlık Genelgesinin 1. maddesinde yer alan "kurul/üst kurullar" ibaresi ile 5. ve 9. maddelerinin; Kurumun 2004 yılı hesaplarının Anayasa Mahkemesince Anayasa'ya aykırı bulunarak iptal edilen 4743 sayılı Yasanın 7. madde hükmüne göre oluşturulan komisyon eliyle denetlenmesinde ve bu denetim sonucu düzenlenen denetim raporu ile diğer sıralı işlemlerde yetki unsuru yönünden hukuka uyarlık bulunmadığı; dava konusu Genelgenin Kurumun idari ve mali özerkliğini zedeleyici nitelikte olduğu savıyla iptalini istemektedir.

4743 sayılı Malî Sektöre Olan Borçların Yeniden Yapılandırılması ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un 7. maddesinin birinci fıkrasında, özel kanunlarla kurulmuş kamu tüzelkişiliğini ve idarî ve malî özerkliği haiz kurul, üst kurul ve bunlara bağlı kurumların yıllık hesaplarının denetiminin Başbakanlık tarafından belirlenen Başbakanlık Müfettişi, Başbakanlık Yüksek Denetleme Kurulu Denetçisi ve Maliye Müfettişinden oluşan bir komisyon tarafından yapılacağı, ikinci fıkrasında, madde kapsamındaki kurul, üst kurul ve bunlara bağlı kurumların faaliyetleriyle ilgili yıllık raporun, her yılın Mayıs ayı sonuna kadar Bakanlar Kurulu'na sunulacağı, bu kurul ve kuruluşların yılda bir defa çalışmaları hakkında Türkiye Büyük Millet Meclisi Plan Bütçe Komisyonu'nu bilgilendireceği, üçüncü ve dördüncü fıkralarında ise, madde kapsamındaki kurul, üst kurul ve bağlı kurumların 6245 sayılı Harcırah Kanunu, 1050 sayılı Muhasebe-i Umumiye Kanunu ve 832 sayılı Sayıştay Kanunu'na tâbi olmayacağı, bunların kendi kanunları ile diğer kanunlardaki bu maddeye aykırı hükümlerin uygulanmayacağı kurala bağlanmıştır.

Anılan Kanunun kimi maddelerinin Anayasaya aykırı olduğu savıyla Anamuhalefet Partisince açılan davada, Anayasa Mahkemesinin 25.6.2002 günlü, E:2002/31, K:2002/58 sayılı kararıyla; "...özel yasalarla kurulmuş kamu tüzelkişiliğini ve idari ve mali özerkliği haiz kurul, üst kurul ve bunlara bağlı kurumların yıllık hesaplarının denetiminin Başbakanlık tarafından belirlenen Başbakanlık müfettişi, Başbakanlık Yüksek Denetleme Kurulu denetçisi ve Maliye müfettişinden oluşan bir komisyona verilmesi ve böylece bunların TBMM denetimi dışına çıkarılması..." Anayasa'ya aykırı bulunarak, 4743 sayılı Kanunun 7. maddesinin birinci, üçüncü ve dördüncü fıkralarının Anayasa'ya aykırı olduğuna ve iptaline, uygulanma olanağı kalmayan ikinci fıkrasının da iptaline, iptal edilen 7. maddenin doğuracağı hukuksal boşluk kamu yararını ihlal edici nitelikte görüldüğünden iptal hükmünün, kararın Resmi Gazete'de

yayımlanmasından başlayarak altı ay sonra yürürlüğe girmesine karar verilmiş ise de, gerekçeli karar 14.3.2006 günlü, 26108 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmış olup; gerekçeli kararın yayımlanmasından önce 24.12.2003 günlü, 25326 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanununun 68 ve geçici 10. maddeleriyle düzenleyici ve denetleyici kurumların dış denetimi ile ilgili yeni düzenleme yapılmış ve hukuksal boşluk doğması önlenmiştir.

5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanununun 3. maddesinde, düzenleyici ve denetleyici kurumların, bu Kanuna ekli III sayılı cetvelde yer alan kurumları ifade ettiği belirtilmiş, Kanuna ekli III sayılı Cetvelde ise düzenleyici ve denetleyici kurumlar; Radyo ve Televizyon Üst Kurulu, Telekomünikasyon Kurumu, Sermaye Piyasası Kurulu, Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu, Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu, Kamu İhale Kurumu, Rekabet Kurumu, Tütün, Tütün Mamulleri ve Alkollü İçkiler Piyasası Düzenleme Kurumu olarak sayılmıştır. Ayrıca anılan Kanunun "Kapsam" başlıklı 2. maddesinde, düzenleyici ve denetleyici kurumların, Kanunun hangi maddelerine tabi olduğu tek tek sayılmış ve sayılan maddeler arasında dış denetim konusunu düzenleyen 68. maddeye de yer verilmiştir.

5018 sayılı Kanunun "Dış denetim" başlıklı 68. maddesinde ise; Sayıştay tarafından yapılacak harcama sonrası dış denetimin amacının, genel yönetim kapsamındaki kamu idarelerinin hesap verme sorumluluğu çerçevesinde, yönetimin mali faaliyet, karar ve işlemlerinin, kanunlara, kurumsal amaç, hedef ve planlara uygunluk yönünden incelenmesi ve sonuçlarının Türkiye Büyük Millet Meclisine raporlanması olduğu belirtilerek, düzenleyici ve denetleyici kurumlar Sayıştay denetimine tabi kılınmış olup, anılan madde, Kanunun 82. maddesi uyarınca 1.1.2005 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

Öte yandan, 5018 sayılı Kanunun 24.12.2003 tarihinde yürürlüğe giren geçici 10. maddesinde; ilk kez bu Kanunla Sayıştay denetimine tabi tutulan düzenleyici ve denetleyici kurumlar ile özel bütçeli idarelerin 31/12/2005 tarihine kadar olan işlemlerinin dış denetiminin ilgili kanunlarındaki hükümlere göre yapılmaya devam edileceği hükmüne yer verilmiş, böylece Anayasa Mahkemesinin gerekçeli kararının Resmi Gazete'de yayımlanmasından önce, 24.12.2003 tarihinden 31.12.2005 tarihine kadar olan dönem için düzenleyici kurumların dış denetimine dair yasal düzenleme yapılmış bulunmaktadır.

Bu durumda, Enerji Piyasası Düzenleme Kurumunun, Anayasa Mahkemesinin iptal kararının Resmi Gazete'de yayımlanmasından önce 31.12.2005 tarihine kadar kadar olan dönemde, 4743 sayılı Kanunun 7. maddesinde öngörülen komisyon tarafından dış denetiminin yapılmasında ve bu kapsamda Kurumun 2004 yılı dış denetiminin bu komisyon tarafından gerçekleştirilmesi sonucu düzenlenen dava konusu denetim raporu ile diğer sıralı işlemlerde yetki unsuru yönünden hukuka aykırılık bulunmamaktadır.

Davanın 2003/39 sayılı Başbakanlık Genelgesinin 1. maddesinde yer alan "kurul/üst kurullar" ibaresi ile 5. ve 9. maddelerine ilişkin kısmına gelince;

Davacı, Enerji Piyasası Düzenleme Kurumuna 4628 sayılı Kanunun 4. maddesi ile sağlanan idari ve mali özerklik nedeniyle Kurumun tasarruf tedbirlerine ilişkin düzenleme içeren Başbakanlık Genelgesi kapsamında yer almaması gerektiğini ileri sürmektedir.

Bu nedenle, öncelikle bağımsız idari otorite olarak da isimlendirilen üst kurulların Anayasal konumunun belirlenmesi gerekmektedir.

T.C. Anayasasının 123. maddesinde idarenin kuruluş ve görevleriyle bir bütün olduğu ve kanunla düzenleneceği belirtildikten sonra ikinci fıkrasında idarenin kuruluş ve görevlerinin merkezden yönetim ve yerinden yönetim esaslarına dayanacağı hükmüne yer verilmiş, son fıkrasında da kamu tüzel kişiliğinin ancak kanunla veya kanunun açıkça verdiği yetkiye dayanılarak kurulacağı öngörülmüştür. Anayasanın 126. maddesinde merkezi idare, 127. maddesinde ise mahalli idareler düzenlenmiştir. Dolayısıyla Anayasada merkezi idare dışında yerel yönetim idaresi olarak il, belediye ve köyden oluşan mahalli idareler düzenlenmiştir. Ancak kanunla pek çok hizmet yerinden yönetim kuruluşlarının da (kamu kurumları) kurulduğu, bunların bir kısmının da ayrıca Anayasada düzenlendiği bilinmektedir.

Ülkemizde son yıllarda merkezi idare yapılanmasının dışında üst kurullar kurulmaya başlanmıştır. Öncelikle bu kuruluşlar özerk olup Devlet tüzel kişiliğinin dışında ayrı birer kamu tüzel kişisi olarak kurulmuşlardır. Ayrıca, bağımsız kuruluş olduklarından tesis ettikleri idari işlemler merkezi idare makamlarının hiyerarşik ve vesayet denetimine tabi tutulmamıştır. Üst kurulların bağımsız yapılarına uygun olarak kuruluş yasalarında bunların Başbakanlık yada diğer bakanlıklarla "ilişkilendirildikleri" görülmektedir. Yasa koyucu tarafından yapılan bu nitelendirme idari vesayeti içinde barındırmaması nedeniyle üst kurulların özerk ve bağımsız yapılarına da uygun düşmektedir.

Üst kurulların "ilişkili kuruluş" olarak nitelendirilmeleri, Anayasada yerini bulan idarenin bütünlüğü ilkesini zedelememelidir. Diğer taraftan idarenin bütünlüğü ilkesini gerçekleştirmek adına merkezi idarenin sahip olduğu ve kullandığı yetkiler de, üst kurulların özerk ve bağımsız yapılarına ters düşmemelidir. Bu noktada belirtilmek gerekir ki merkezi idarenin üst kurulların kural olarak karar organları (organik) ile işlemleri üzerinde (işlevsel) denetim yetkisi bulunmamalıdır. Diğer bir anlatımla, üst kurulların "regülasyona" ilişkin kararlarının merkezi idarenin müdahale alanının dışında kalması bu kurulların özerklik ve bağımsızlıklarının doğal bir sonucudur. Bunun dışındaki konularda ise merkezi idarenin yapacak olduğu denetimin her somut olayda yargı organınca ayrıca değerlendirilmesi gerekmektedir.

3056 sayılı Başbakanlık Teşkilatının Kuruluşu Hakkında Kanunun 1. maddesinde, Başbakanlık teşkilatının kuruluş amaçları arasında, hükümetin genel siyasetinin yürütülmesini gözetmek ve Devlet teşkilatının düzenli bir biçimde işlemesini sağlamak olduğu, 2. maddesinde Başbakanlığın görevlerinin, genel siyasetin yürütülmesini gözetmek, Anayasa ve kanunlarla verilen hizmetleri yerine getirmek amacıyla gerekli tedbirleri almak ve Devlet teşkilatının etkili bir biçimde işlemesini temin edecek ilkeleri tespit etmek, hükümet programı ve kalkınma planları ile yıllık programların uygulanmasını takip etmek olduğu belirtilmiş, 4.maddesinde de, Başbakanın, ekonomik, sosyal ve kültürel kalkınmayı sağlamak, refahı yaygınlaştırmak, hükümetin genel siyasetini yürütmek ve diğer maksatlarla bakanlıklar arasında uyumu ve işbirliğini temin etmek, Bakanların görevlerinin anayasaya ve kanunlara uygun olarak yerine getirilmesini gözetmek ve düzeltici önlemler almak yetkisinin bulunduğu hükme bağlanmıştır. Bu hükümler, Başbakanlığa ve Başbakana Anayasamızda öngörülen idarenin bütünlüğü ilkesinin uygulanmasını sağlamaya yönelik yetkiler vermiştir.

Başbakanlığın kamu hizmetlerinin görülmesinde verim ve uyum sağlamak adına, sahip olduğu genel gözetim yetkisini kullanarak çıkardığı tasarruf tedbirleri ile ilgili genelgelerin, idarenin bütünlüğü ilkesinin uygulanmasını sağlamaya yönelik kullandığı araçlardan biri olması karşısında 2003/39 sayılı Başbakanlık Genelgesinin kapsamındaki kurum ve kuruluşların sayıldığı 1. madde hükmüne idari teşkilat içinde yer alan ve kamu kaynaklarını kullanan "kurul/üst kurulların" dahil edilmesinde hukuka aykırılık bulunmamaktadır.

Diğer yandan, Başbakanlığın idarenin bütünlüğü ilkesini uygulamaya geçirmek üzere çıkardığı tasarruf tedbirleri ile ilgili genelgelerin içerikleri itibariyle, Anayasanın ve yasaların merkezi idareye tanıdığı yetki sınırları içinde çıkarılıp çıkarılmadığının, "kurul ve üst kurullar" yönünden de bunların özerk ve bağımsız yapılarına aykırı olup olmadığının saptanması açısından yargısal denetime tabi bulunduğu kuşkusuzdur.

2003/39 sayılı Başbakanlık Genelgesinin dava konusu 5. maddesinde; sağlık harcamalarında ilgili mevzuata ve yılı bütçe uygulama talimatlarına uyulacağı, Devlet Memurlarının Tedavi Yardımı ve Cenaze Giderleri Yönetmeliğinde belirtilen esaslara göre hareket edileceği şeklinde yer alan düzenlemede; Enerji Piyasası Düzenleme Kurulu Başkan ve üyelerinin 4628 sayılı Kanun hükümleri yanında 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu uyarınca Devlet memuru olmak için gerekli olan şartları taşımalarından dolayı kamu görevlisi statüsünde bulunmaları, Kurum personelinin 4628 sayılı Kanunun 9. maddesinde öngörüldüğü üzere ücret ve mali haklar dışında 657 sayılı Devlet Memurları Kanununa tabi

olup, sağlık harcamaları ve tedavi yardımının sosyal bir hak kapsamında bulunuyor olması karşısında hukuka aykırılık görülmemiştir.

Ayrıca, Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu tarafından, Kurumun 2004 yılı faaliyet ve işlemleriyle ilgili olarak düzenlenen 30.5.2005 tarihli denetim raporunda, Kurumu temsile yetkili kişilerin 2003/39 sayılı Başbakanlık Genelgesinin 9. maddesine aykırı olarak çiçek gönderdiğinin ve çiçek bedellerinin ilgililerden tahsil edilmesi gerektiğinin belirtilmesi nedeniyle, 2003/39 sayılı Genelgenin 9. maddesinin üçüncü fıkrasında yer alan "uluslararası toplantılar ile milli bayramlar, milli anma ve kurtuluş günleri hariç, kamu kurum ve kuruluşları tarafından hiçbir toplantıya çiçek gönderilemeyecektir." hükmü dava konusu yapılmış olup, dava konusu bu düzenlemede de, merkezi idarenin genel gözetim yetkisinin sınırlarının aşılmamış olması nedeniyle hukuka aykırılık görülmemiştir.

Yukarıdaki anlatımdan da anlaşılacağı üzere üst kurulların organik bağımsızlıklarını ortadan kaldırmayan ve "regülasyon" dışındaki faaliyetlerini ilgilendirmeyen 2003/39 sayılı Başbakanlık Genelgesinin dava konusu edilen maddelerinde bu kurulların özerk ve bağımsız yapılarına aykırı bir yön bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle, yasal dayanağı bulunmayan davanın reddine, yargılama giderlerinin davacı üzerinde bırakılmasına, artan 10.50.-YTL posta pulunun isteği halinde davacıya iadesine, 7.11.2008 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

HAKİM VE SAVCILAR

T.C.
D A N I Ş T A Y
Beşinci Daire
Esas No : 2006/3585
Karar No : 2008/6379

Özeti : Hakim ve Cumhuriyet Savcısı olarak görev yapan davacılar tarafından, yasal sınırları aşan fazla çalışmanın ve yasal sınırlar içinde kalmakla birlikte olumsuz koşullarda yapılan çalışmanın karşılığı olarak, kendilerine maddi ve manevi tazminat ödenmesine hükmedilmesi istenilmekte ise de; Anayasa'nın 140/3. maddesinde yer alan hüküm nedeniyle, fazla çalışma karşılığında verilecek ücretin yasa ile düzenlenebileceği, bu konunun T.B.M.M.'nin takdirinde olduğu; yasama organının düzenlemediği bir konuda mahkemenin karar vermesinin yerindelik denetimine gireceği hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan (Davacılar) : 1- ..., 2- ...,
Karşı Taraf : Adalet Bakanlığı
İsteğin Özeti : ... eski, halen ... Hakimi ve ... Cumhuriyet Savcısı olarak görev yapan davacıların, bir hakim ve savcının bakabileceği işin çok üstünde işe bakmak zorunda kaldıklarını, yargıya verilen imkanların çok kötü olduğunu, haftalık çalışma saatlerinin üzerinde fazla çalışan diğer kamu görevlilerine aylıklarının dışında ek ödeme yapıldığı halde hakim ve savcılara fazla çalışma karşılığı herhangi bir ücret ödenmediğini, Anayasa'nın 18. maddesinde düzenlenen angarya yasağına ve insan hakları ile ilgili uluslararası sözleşmelere aykırı hareket edildiğini öne sürerek, yasal sınırlar içinde kalan ancak olumsuz koşullarda

yapılan çalışma ile yasal sınırları aşan fazla çalışma karşılığı olarak 2.000 YTL maddi tazminatın, haksız çalışma koşulları ve yasal sınırları aşan sürelerde yaptırılan fazla çalışma nedeniyle uğranılan manevi zararlara karşılık olarak 20.000 YTL manevi tazminatın dava tarihinden başlayarak hesaplanacak yasal faiziyle birlikte ödenmesine karar verilmesi istemiyle açtıkları davanın; Anayasa'nın 140/3. maddesinde, hakim ve savcıların özlük işlerinin kanunla düzenleneceği amir hükmü karşısında, davacıların fazla çalışmalarının karşılığında verilecek ücretin kanunla düzenleneceği, dolayısıyla, bu konunun yasama organınca belirleneceği, Mahkeme tarafından bu konunun irdelenmesinin ise yargı mensuplarına verilecek ücretin Anayasa'nın amir hükmüne rağmen yargı organınca belirlenmesi sonucunu doğuracağı, bunun ise fonksiyon gaspı sonucunu doğuracağı, zira bu konunun T.B.M.M.'nin takdirinde olduğu ve mahkemelerin yerindelik denetimi yapamayacağı ancak, hukukilik denetimi yapabileceği, yasama organının düzenlemediği bir konuda mahkemenin karar vermesinin yerindelik denetimine gireceği, bu nedenle, açılan davanın hukuki dayanaklarının bulunmadığı gerekçesiyle reddi yolunda Gaziantep 1. İdare Mahkemesi'nce verilen 9.11.2005 günlü, E:2004/1014, K:2005/1635 sayılı kararın, dilekçede yazılı nedenlerle 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 49. maddesi uyarınca temyizen incelenerek bozulması isteminden ibarettir.

Cevabın Özeti : Temyiz isteminin reddi gerektiği yolundadır.

Danıştay Tetkik Hakimi : Bülent Küfüdür

Düşüncesi : İdare Mahkemesi kararının onanması gerektiği düşünülmüştür.

Danıştay Savcısı : Filiz Z. Gürmeriç

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, Üye …'un; "2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 5. maddesinde "Aynı dilekçe ile dava açılabilecek haller" düzenlenmiş, maddenin 1. fıkrasında birden fazla idari işleme karşı aynı dilekçe ile dava açılması koşulları kurala bağlandıktan sonra, 2. fıkrasında birden fazla davacının müşterek dilekçe ile dava açma esasları belirlenmiştir. Madde hükmü çerçevesinde, birden fazla kişinin müşterek dilekçe ile dava açabilmeleri için, davacıların hak ve menfaatlerinde iştirak bulunması, davaya yol açan maddi olay veya hukuki sebeplerin aynı olması gerekmektedir. … Hakimi ve … Cumhuriyet Savcısı olan davacılar tarafından, olumsuz koşullarda mesai yaptıklarından bahisle yasal sınırları aşan fazla mesai karşılığı olarak 2.000.-YTL. maddi, haksız çalışma koşulları ve yasal sınırları aşan sürelerde yaptırılan fazla mesai nedeniyle uğranılan manevi zarara karşılık olarak 20.000.-YTL. manevi tazminatın dava tarihinden itibaren hesaplanacak yasal faiziyle birlikte ödenmesi istemiyle açılan bu davada; davacıların hak ve menfaatlerinde iştirak bulunduğundan söz etmek mümkün değildir. Zira, farklı görevleri yürüten davacılar, farklı sayıda hukuki uyuşmazlıkları çözümlemek ve farklı sürelerde mesai yapmak durumundadırlar. Davacıların, sadece evli olmaları hak ve menfaatlerinde iştirak bulunduğu sonucunu doğurmaz. Açıklanan nedenle, 2577 sayılı Yasa'nın 5. maddesinde uygun olarak düzenlenecek dilekçelerle yeniden dava açılmak üzere dava dilekçesinin reddi gerekirken, esasa girilerek hüküm kurulmasında hukuki isabet bulunmadığı" yolundaki görüşüne karşılık; oyçokluğuyla; davacıların hak ve menfaatlerinde iştirak bulunması ve davaya yol açan maddi olay veya hukuki sebeplerin aynı olması koşulunun bakılan davada gerçekleştiği, bu nedenle,

davacıların tek dilekçe ile birlikte dava açabilecekleri sonucuna varılarak, temyiz istemi incelenip, 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. Gaziantep 1. İdare Mahkemesi'nce verilen 9.11.2005 günlü, E:2004/1014, K:2005/1635 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 davacılar üzerinde bırakılmasına, 22.12.2008 tarihinde oyçokluğuyla karar verildi.

KARŞI OY

X- Dava; Hakim ve Cumhuriyet Savcısı olarak görev yapan davacıların, bir hakim ve savcının bakabileceği işin çok üzerinden işe bakmak zorunda bırakıldıklarını, yargıya verilen imkanların çok kötü ve yetersiz olduğunu, haftalık mesai saatlarinin çok üstünde çalıştıklarını, çoğu zaman eve iş götürdüklerini, Cumartesi-Pazar ve tatil günlerinde çalıştıklarını, bu durumun Anayasa'ya ve insan haklarına aykırı olduğunu ileri sürerek, maddi ve manevi yönden zarara uğradıklarından bahisle tazminat ödenmesine karar verilmesi istemiyle açılmıştır.

Manevi zarar, kişinin fizik yapısını zedeleyen, yaşam gücünü azaltan olaylar nedeniyle duyulan acıyı, ızdırabı veya kişilik haklarının zedelenmesi nedeniyle şeref ve haysiyetini rencide edilmesini ifade ettiği gibi, günlük yaşamı zorlaştıran belli ağırlıktaki her türlü üzüntü ve sıkıntıyı da kapsamaktadır.

Anayasa'nın 18. maddesinde; hiç kimsenin zorla çalıştırılamayacağı, angaryanın yasak olduğu, 49. maddesinde; Devletin çalışanların hayat seviyesini yükseltmek, çalışma hayatını geliştirmek için gerekli tedbirleri alacağı, 50. maddesinde de, dinlenmenin, çalışanların hakkı olduğu hükme bağlanmıştır.

Diğer taraftan, İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nin 24. maddesinde; herkesin, dinlenmeye, eğlenmeye, özellikle çalışma süresinin makul ölçüde sınırlandırılmasına ve belirli dönemlerde ücretli izine çıkmaya hakkı olduğu, İnsan Hakları ve Temel Özgürlükleri Korumaya Dair Avrupa Sözleşmesi'nin 4. maddesinin 2. bendinde de, hiç kimsenin zorla çalışmaya tabi tutulamayacağı belirtilmiştir.

2992 sayılı, Adalet Bakanlığı'nın Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin Değiştirilerek Kabulü Hakkında Kanun'un 2. maddesinin (a) bendinde; kanunlarda öngörülen mahkemeleri açmak ve teşkilatlandırmak, ceza infaz ve ıslah kurumları, icra ve iflas daireleri gibi her derece ve türdeki adalet kurumlarını planlamak, kurmak ve idari görevleri yönünden gözetim ve denetimini yapmak ve geliştirmek, (b) bendinde de; adalet hizmetleriyle ilgili konularda, gerekli araştırmalar ve hukuki düzenlemeleri yapmak, görüş bildirmek, Adalet Bakanlığı'nın görevleri arasında sayılmıştır.

Yine, Anayasa'nın 125. maddesinin son fıkrasında, idarenin kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlü olduğu hükme bağlanmıştır. 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 2/1-b maddesinde ise, idari eylem ve işlemlerden dolayı kişisel hakları doğrudan muhtel olanlar tarafından açılan tam yargı davaları, idari dava türleri arasında sayılmıştır.

İdarenin hukuki sorumluluğu, kamusal faaliyetler sonucunda, idare ile yönetilenler arasında yönetilenler zararına bozulan ekonomik dengenin yeniden kurulmasını, idari etkinliklerden dolayı bireylerin uğradığı zararın idarece tazmin edilmesini sağlayan bir hukuksal kurumdur. Bu sorumluluk türü, kişilere lütuf ve atıfet duygularıyla belli miktarda para ödenmesini öngören bir prensip olmayıp, demokratik toplum düzeninde biçimlenen idare-birey ilişkisinin doğurduğu hukuki bir sonuçtur. İdari yargı da, bu anlayış doğrultusunda, idare hukukunun ilke ve kurallarını uygulamak suretiyle, idarenin hukuki sorumluluk alanını ve sebeplerini içtihatlarıyla saptamak zorundadır.

Genel anlamı ile tam yargı davaları, idarenin faaliyetlerinden ötürü, hakları zarara uğrayanlar tarafından idare aleyhine açılan tazminat davalarıdır. Bu tür davalarda mahkeme, hem olayın maddi yönünü, yani zararı doğuran işlem ve eylemleri, hem de bundan çıkabilecek hukuki sonuçları tespit edecektir.

İdari faaliyetten zarar gören kişi, faaliyetin ilişkili olduğu kamu hizmetinden yararlanan durumunda veya faaliyetin içinde, kamu hizmetinin görülmesine katılan bir kişi olabileceği gibi, idari faaliyette, kamu hizmeti ile hiçbir yönden ilişkisi olmayan üçüncü bir kişi de olabilir.

İdare kural olarak, yürüttüğü kamu hizmetiyle nedensellik bağı kurulabilen zararları tazminle yükümlü olup; idari eylem veya işlemlerden doğan zararlar, idare hukuki kuralları çerçevesinde, hizmet kusuru veya kusursuz sorumluluk ilkeleri gereği tazmin edilmektedir.

İdarenin hizmet kusuru nedeniyle sorumluluğu, idarece yürütülen hizmetin kuruluşunda, düzenlenmesinde ve işleyişinde ortaya çıkan her türlü bozukluk, aksaklık ve eksikliktir.

Bu bağlamda, hizmet kusuru, özel hukuktaki anlamından uzaklaşarak nesnelleşen, anonim bir niteliğe sahip, bağımsız karakteri olan bir kusurdur. Hizmet kusurundan dolayı sorumluluk, idarenin sorumluluğunun doğrudan ve asli nedenini oluşturur.

İncelenen olayda, davacıların manevi tazminat istemi, Hakim ve Cumhuriyet Savcısı olarak bakabilecekleri işin çok üzerinde işe bakmak, hafta sonu ve tatillerde ve mesai saatleri dışında çalışmak ve çoğu zaman eve iş götürmek zorunda kaldıkları, bu durumun sağlıklarını, sosyal yaşamlarını ve özel hayatlarını olumsuz etkilediği ve yargı mensuplarının belirtilen olumsuz koşullar içinde hizmet vermesinde davalı idarenin sorumluluğunun bulunduğu savına dayanmaktadır.

Buna karşılık davalı idare, yargının iş yükü fazlalığını, hakim-savcı sayısının yetersizliğini genel olarak kabul etmekle beraber, yargının kadro ve fiziki imkanlarının arttırıldığını, davacıların çalışma koşullarını ve iş yükünü bilerek kendi istekleri ile mesleğe girdiklerini, idarenin üzerine düşeni imkanlar dahilinde yerine getirdiğini savunmuştur.

Ülkemizde, uyuşmazlıkların sayısının, niteliklerinin ve suç işleme oranının her geçen gün arttığı, buna karşın Hakim ve Cumhuriyet Savcısı ve yardımcı adliye personeli sayısının ise aynı oranda artmadığı, bu nedenle, hakim ve savcıların bakabilecekleri işin çok üzerinde işe bakmak zorunda kaldıkları, dolayısıyla, davaların makul sürede sonuçlandırılamadığı, etkin soruşturma yapılamadığı, adil yargılanma ilkelerinin tam anlamıyla uygulanamadığı; ayrıca, yargının sahip olduğu olanakların çağdaş normlara uygun olmadığı, bilinen ve davalı idare tarafından da kısmen kabul edilen bir olgudur. Nitekim, ülkemizde yargının sorunları ile ilgili hazırlanan ulusal ve uluslararası çalışma raporlarında da, yukarıda belirtilen tespitlere her zaman yer verilmektedir.

Görevi adalet dağıtmak olan Hakim ve Cumhuriyet Savcılarının, adaletin sağlıklı işlememesi nedeniyle üzüntü duymamaları düşünülemez. Bir toplumda yargıya sağlanan imkanların yetersizliği nedeniyle adil yargılanma ilkelerinin tam olarak uygulanmaması, adalet dağıtmakla görevli yargı mensuplarının manevi şahsiyetinin olumsuz etkilenmesi için yeterli bir nedendir.

Bununla beraber, uygulanan terfi ve denetim sistemi ile, davasının karara bağlanması geciken vatandaşların haklı şikayetlerinin getirdiği baskı sonucu, iş yükü ne olursa olsun, verilen işin büyük bir kısmını belli zaman dilimi içinde incelemek (çıkarmak), bu nedenle mesai saatlerinin dışında, hafta sonu tatillerinde ve çoğu zaman evde çalışmak zorunda bırakılan hakim ve savcıların aile ve sosyal yaşantılarında meydana gelen sıkıntıların manevi bir zarar oluşturduğu kuşkusuzdur.

Bu şekilde ortaya çıkan bir manevi zararda, adalet hizmetlerini geliştirmekle ve iyileştirmekle görevli davalı Bakanlığın hukuki sorumluluğunun bulunduğu açıktır.

Bu durumda; toplumda uyuşmazlıkların ve suçun artmasını önleyecek tedbirlerin zamanında alınmamasının; yargı mercilerinin iş yükünün sürekli ve önemli ölçüde artmasına

karşın, hakim-savcı ve yardımcı personel sayısının, yargı mercilerinin donanım ve olanaklarının aynı ölçüde yeterli düzeye getirilmemesinin, adalet hizmetinin işletilmesine ilişkin hizmet kusuru oluşturduğu; davacıların maddi tazminat istemlerinin reddedilmesinde hukuka aykırılık bulunmamakta ise de; adı geçenlerin, oluşan bu durum sonucu meydana gelen manevi zararlarına karşılık, Mahkeme'ce takdir edilecek miktarda manevi tazminatın yasal faiziyle birlikte davalı idarece ödenmesi gerektiğinden, davanın, manevi tazminat istemine ilişkin kısmının da reddine karar verilmesinde hukuksal isabet bulunmadığı; bu nedenle, Mahkeme kararının manevi tazminata ilişkin kısmının bozulması gerektiği görüşüyle, Dairemiz kararının "manevi tazminat yönünden de onama" kısmına katılmıyorum.

MEMURLAR VE DİĞER KAMU GÖREVLİLERİ

T.C.
D A N I Ş T A Y
Beşinci Daire
Esas No : 2008/1987
Karar No : 2009/54

Özeti : Bir kurumun açtığı unvan değişikliği sınavına, diğer kurumların personelinin katılamayacağı hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan (Davacı) : ...
Karşı Taraf : TCDD Genel Müdürlüğü
Vekili : Av. ...
İsteğin Özeti : Malatya Adliyesi'nde zabıt katibi olarak görev yapan ve kimya mühendisliği bölümü mezunu olan davacının, TCDD Genel Müdürlüğü'nün ilan etmiş olduğu 16.6.2007 tarihinde yapılacak olan unvan değişikliği sınavına katılma istemiyle yaptığı başvurunun reddine ilişkin 6.6.2007 günlü, 29235 sayılı işlemin iptali istemiyle açtığı davanın; TCDD İşletmesi Genel Müdürlüğü ve Bağlı Ortaklıkları Personeli Görevde Yükselme ve Unvan Değişikliği Yönetmeliği'nin amacına ilişkin 1. maddesi ve kapsamına ilişkin 2. maddesi dikkate alındığında, sözkonusu Yönetmeliğin anılan idarenin memur kadroları ile sözleşmeli personel pozisyonlarında istihdam edilen personeli kapsadığı, davacının ise bu kapsamda yer almadığı, öte yandan her ne kadar Kamu Kurum ve Kuruluşları'nda Görevde Yükselme ve Unvan Değişikliği Esaslarına Dair Genel Yönetmeliğin Ek-3. maddesinde ve davalı idare Personeli Görevde Yükselme ve Unvan Değişikliği Yönetmeliğinin 16. maddesinde unvan değişikliği sınavına katılacaklarda kuruluşta veya öğrenim durumu ile ilgisi olmayan görevlerde çalışma şartı aranmayacağı kurala bağlanmış ise de, bu hükmün belirli bir süre çalışma şartı aranmayacağı şeklinde anlaşılması gerektiği, aksine yorumun niteliği gereği her kurum ve kuruluşun kendi bünyesindeki personelinin yükselmesi ve unvan değişikliğine yönelik olarak yapılacak görevde yükselme ve unvan değişikliği sınavının amacıyla bağdaşmayacağı dolayısıyla kurulan işlemde hukuka aykırılık bulunmadığı gerekçesiyle reddi yolunda Malatya İdare Mahkemesi'nce verilen 29.11.2007 günlü, E:2007/1008, K:2007/2998 sayılı kararın, dilekçede yazılı nedenlerle 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 49. maddesi uyarınca temyizen incelenerek bozulması isteminden ibarettir.
Cevabın Özeti : Temyiz isteminin reddi gerektiği yolundadır.
Danıştay Tetkik Hakimi : Işın Aka Delice
Düşüncesi : Kamu Kurum ve Kuruluşlarında Görevde Yükselme ve Unvan Değişikliği Esaslarına Dair Genel Yönetmeliğin "Amaç" başlıklı 1. maddesinde; bu

Yönetmeliğin amacının liyakat ve kariyer ilkeleri çerçevesinde hizmet gerekleri ve personel planlaması esas alınarak Devlet Memurları ile 399 sayılı KHK'ye tabi sözleşmeli personelin görevde yükselme ve unvan değişikliklerine ilişkin usul ve esasları belirlemek olduğu hüküm altına alınarak, kamu kurum ve kuruluşlarına unvan değişikliği sınavı sonucunda liyakat ve kariyer ilkeleri çerçevesinde en iyi personeli istihdam etme olanağı tanınırken, bu hükme paralel olarak aynı Yönetmeliğin Ek-3 maddesinde unvan değişikliği sınavlarına katılacaklarda, kurumda veya öğrenim durumları ile ilgili bulunmayan görevlerde belirli süre hizmet yapmış olma şartının aranmayacağı hüküm altına alınmış olup, kurumların açtığı unvan değişikliği sınavlarına diğer kurumların personelinin de katılmasına imkan tanınmıştır. Bu nedenle, Malatya Adliyesi'nde zabıt katibi olarak görev yapan davacının, TCDD Genel Müdürlüğü'nün ilan etmiş olduğu unvan değişikliği sınavına katılma istemini TCDD Genel Müdürlüğü ve bağlı Ortaklıkları Personeli olmadığından bahisle reddine ilişkin işlemde hukuka uyarlık bulunmadığından, davanın reddi yolundaki Mahkeme kararının bozulması gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı **:** Mehmet Akkaya

Düşüncesi **:** İdare ve vergi mahkemelerince verilen kararların temyizen incelenerek bozulabilmesi için, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 49 uncu maddesinin birinci fıkrasında belirtilen nedenlerin bulunması gerekmektedir.

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

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Beşinci Dairesi'nce işin gereği düşünüldü:

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. Malatya İdare Mahkemesi'nce verilen 29.11.2007 günlü, E:2007/1008, K:2007/2998 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, 15.1.2009 tarihinde oyçokluğuyla karar verildi.

KARŞI OY

X- 18.4.1999 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren "Kamu Kurum ve Kuruluşlarında Görevde Yükselme ve Unvan Değişikliği Esaslarına Dair Genel Yönetmelik" de, görevde yükselme ve unvan değişikliğiyle ilgili olarak, nesnel ölçütler getirilmiş ve hak edenlerin bir üst göreve yükselmeleri konusunda, kariyer ve liyakat ilkeleri esas alınmıştır.

Uygulamada, unvan değişikliği bakımından da görevde yükselme değerlendirmelerinin yapılması ve bu konuda uyuşmazlıkların doğması üzerine, Yönetmelikte düzenlenmeyen bu konu, Dairemiz kararlarıyla giderilmeye çalışılmıştır.

Bu bağlamda, gördükleri mesleki veya teknik eğitim sonucu belirli unvanları kazanan, ama kurumda memur olarak çalışanların bu kadrolara atanmalarının, yalnızca sınıf ve unvan değişikliği olup görevde yükselme niteliği taşımadığı, bu unvanları kazanmış olan memurların sınıf ve unvan değişikliği için yapılacak sınavı kazanmalarının zorunlu olmakla birlikte, yapılacak bu sınavın görevde yükselme sınavı dışında, o unvanla ilgili ve dışarıdan o unvan alımları için yapılacak sınavla aynı nitelikte olması gerektiği yolundaki Dairemiz içtihadı, İdari Dava Daireleri Kurulu'nca da benimsenmiştir.

Anılan Yönetmelikte, 21.9.2004 tarihi itibariyle yapılan değişiklik, yargı kararları doğrultusunda yapılmış ve Ek Madde 3 ile konu düzenlenmiştir. Madde, yargı kararları ışığında hazırlandığına ve maddede, görevde yükselme sınavında olduğu gibi, kurum personeline hasren bir düzenleme yapılmadığına göre, maddeyi kurum personeline

uygulanacak şekilnde, daraltıcı bir yorumla anlayış, kamu hizmetinin en ehil kişilerce yürütülmesini benimseyen, 657 sayılı Yasa'nın olmazsa olmaz ilkelerinden kariyer ve liyakat ilkeleriyle de bağdaşmaz.

Kaldı ki, unvan değişikliği sınavlarına katılacaklarla, kurumda belirli bir süre hizmet yapmış olma koşulu yanında, öğrenim durumları ile ilgisi bulunmayan görevlerde belirli süre hizmet yapmış olma koşulu da aranmamaktadır. Maddedeki "veya" sözcüğü de, kurum bağlantısını zorunlu olmaktan çıkarmaktadır. Aksine bir uygulama, bağlı ve ilgili kuruluşlar bakımından uygulamada sorunları önümüze koyan bir uygulama olur.

Yönetmeliğin Ek 1 inci maddesi ile kurumlara naklen atama yetkisi verilmesi yanında, Ek 3 üncü madde ile unvan değişikliği sınavı getirilmesi de, hizmetin gerektirdiği ivedi durumlar dışında, kurum dışından katılacakları da kapsayan bir sınavın varlığını ortaya koymaktadır.

Davanın reddi yolundaki Mahkeme kararının bozulması gerektiği oyuyla karara katılmıyorum.

T.C.
D A N I Ş T A Y
Beşinci Daire
Esas No : 2007/2918
Karar No : 2009/175

Özeti : 657 sayılı Yasa'nın 132/4. maddesinde; aylıktan kesme ve/veya kademe ilerlemesinin durdurulması cezası alanların atanamayacakları görevler arasında il müdürlüğü görevi sayılmadığına göre; il müdürlüğü görevinin daire başkanlığı görevi ile eşdeğer olduğundan bahisle, kendisine aylıktan kesme cezası verilen davacının, il müdürlüğü görevi için aranan koşullardan birini yitirdiğinden söz etmeye hukuken olanak bulunmadığı hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan (Davacı) : …
Vekili : Av. …
Karşı Taraf : Sanayi ve Ticaret Bakanlığı
İsteğin Özeti : Ankara 6. İdare Mahkemesi'nce verilen 7.12.2006 günlü, E:2005/1190, K:2006/2194 sayılı kararın temyizen incelenerek bozulması istenilmektedir.
Cevabın Özeti : Temyiz isteminin reddi gerektiği yolundadır.
Danıştay Tetkik Hakimi : Bekir Şimşek
Düşüncesi : İdare Mahkemesi kararının bozulması gerektiği düşünülmüştür.
Danıştay Savcısı : İsa Yeğenoğlu
Düşüncesi : 657 sayılı Yasa'nın 132. maddesinde, aylıktan kesme ve kademe ilerlemesinin durdurulması cezası alanların atanamayacakları görevler arasında il müdürlüğü sayılmamış olup, SHÇEK Antalya İl Müdürü olarak görev yapan davacının almış olduğu aylıktan kesme cezası nedeniyle bu görev için aranan koşullardan birini kaybettiği nedeniyle Genel Müdürlükte 1. dereceli uzman kadrosuna atanmasına ilişkin dava konusu işlemde 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:

Dava, Antalya Sanayi ve Ticaret İl Müdürü olarak görev yapan davacının, başka bir göreve atanmak üzere görevden alınmasına ilişkin 25.5.2005 günlü, 2005/7108 sayılı müşterek kararname ile Sanayi ve Ticaret Bakanlığı Teşkilatlandırma Genel Müdürlüğü'ne 1. dereceli uzman olarak atanmasına ilişkin 31.5.2005 günlü, 585 sayılı işlemin iptali istemiyle açılmıştır.

Ankara 6. İdare Mahkemesi'nin 7.12.2006 günlü, E:2005/1190, K:2006/2194 sayılı kararıyla; davacının il müdürü olarak görev yaptığı dönemde, hakkında aylıktan kesme cezası verildiği, bu cezanın iptali istemiyle açılan davanın Mahkemece reddedildiği, Sanayi ve Ticaret Bakanlığı Personeli Yönetmeliğinin 8/a maddesi uyarınca davacının İl Müdürü olarak atanma koşullarını kaybettiği, anlaşıldığından dava konusu işlemde hukuka aykırılık görülmediği gerekçesiyle dava reddedilmiştir.

Davacı, İdare Mahkemesi'nce verilen kararın hukuka aykırı olduğu öne sürmekte ve kararın temyizen incelenerek bozulmasını istemektedir.

657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 125/C maddesinde; memurun brüt aylığından 1/30 ile 1/8 arasında kesinti yapılmasını gerektiren eylem ve durumlar, aynı Kanunun 125/B maddesinde ise eylemin ağırlık derecesine göre memurun bulunduğu kademede ilerlemesinin 1-3 yıl durdurulmasını gerektiren eylem ve durumlar sayılmış, Kanunun "Uygulama" başlıklı 132. maddesinin 4. fıkrasında, kendilerine disiplin cezası olarak aylıktan kesme veya kademe ilerlemesinin durdurulması cezası verilenlerin, valilik, büyükelçilik, müsteşarlık, müsteşar yardımcılığı, genel müdürlük, genel müdür yardımcılığı ve daire başkanlığı görevlerine atanamayacakları öngörülmüştür. Böylece, Kanun ile aylıktan kesme ve/veya kademe ilerlemesini durdurma cezası alanların atanamayacakları görevler sınırlı olarak sayılmıştır.

İncelenen olayda; davacı, Antalya Sanayi ve Ticaret İl Müdürü olarak görev yapmakta iken, başka bir göreve atanmak üzere 25.5.2005 günlü, 2005/7108 sayılı müşterek kararname ile görevden alınmış, 31.5.2005 günlü, 585 sayılı işlem ile de Sanayi ve Ticaret Bakanlığı Teşkilatlandırma Genel Müdürlüğü'ne 1. dereceli uzman kadrosuna atanmış, bu işlemlerin iptali istemiyle açılan davada almış olduğu aylıktan kesme cezasından dolayı il müdürlüğüne atanma koşullarından birini kaybettiği gerekçesiyle davanın reddine hükmedilmiştir.

657 sayılı Kanun'un yukarıda açıklanan 132. maddesinde; aylıktan kesme ve/veya kademe ilerlemesinin durdurulması cezası alanların atanamayacakları görevler arasında İl müdürlüğü görevi sayılmadığına göre, il müdürlüğü görevinin daire başkanlığı görevi ile eşdeğer olduğundan bahisle, davacının il müdürlüğü görevi için aranan koşullardan birini yitirdiğinden söz etmeye hukuken olanak bulunmamaktadır.

Diğer taraftan, davacının almış olduğu disiplin cezasına konu eylem 657 sayılı Kanun'un 76. maddesi uyarınca davacının il müdürlüğü görevinden alınmasını gerektirir nitelikte olmadığından, dava konusu işlemde bu yönüyle de hukuka uyarlık bulunmadığı sonucuna ulaşılmıştır.

Açıklanan nedenlerle; davacının temyiz isteminin kabulüyle, Ankara 6. İdare Mahkemesi'nce verilen 7.12.2006 günlü, E:2005/1190, K:2006/2194 sayılı kararın 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 49. maddesinin 1/b fıkrası uyarınca bozulmasına, aynı maddenin 3622 sayılı Kanunla değişik 3. fıkrası gereğince ve yukarıda belirtilen hususlar gözetilerek yeniden bir karar verilmek üzere dosyanın adı geçen Mahkemeye gönderilmesine, 21.1.2009 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

T.C.
D A N I Ş T A Y
Beşinci Daire
Esas No : 2006/5349
Karar No : 2009/270

Özeti : Sendika şube başkanı olarak görev yapan davacının, "aynı işyeri" kavramına dahil olan başka bir birime atanmasının, 4688 sayılı Yasa'nın 18/2. maddesine aykırılık oluşturmadığı hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan (Davacı) : …
Karşı Taraf **:** Aydın Belediye Başkanlığı
Vekili **:** Av. …
İsteğin Özeti **:** Aydın 1. İdare Mahkemesi'nin 26.1.2006 günlü, E:2005/1039, K:2006/59 sayılı kararının dilekçede yazılı nedenlerle temyizen incelenerek bozulması isteminden ibarettir.
Cevabın Özeti **:** İstemin reddi gerektiği yolundadır.
Danıştay Tetkik Hakimi : Ülkü Öner Kayar
Düşüncesi **:** İdare Mahkemesi kararının bozulması gerektiği düşünülmüştür.
Danıştay Savcısı **:** Semra Şentürk
Düşüncesi **:** Temyiz dilekçesinde öne sürülen hususlar, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 49. maddesinin 1. fıkrasında belirtilen nedenlerden hiçbirisine uymayıp İdare Mahkemesi'nce verilen kararın dayandığı hukuki ve yasal nedenler karşısında anılan kararın bozulmasını gerektirir nitelikte görülmemektedir.

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

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Beşinci Dairesi'nce işin gereği düşünüldü:

Davacı, Aydın Belediyesi Hesap İşleri Müdürlüğü emrinde memur olarak görev yapmakta iken, aynı Belediye'de Trafik İşleri Müdürlüğü emrine memur olarak atanmasına ilişkin 14.6.2005 tarih ve 997 sayılı işlemin iptali istemiyle dava açmıştır.

Aydın 1. İdare Mahkemesi'nce verilen 26.1.2006 günlü, E:2005/1039, K:2006/59 sayılı kararla; davacı tarafından Sendika üyesi olduğu ve sendika şube başkanı olması nedeniyle Kamu Görevlileri Sendikaları Kanunu'nun 18/2. maddesi uyarınca atamasının yapılmaması gerektiği ileri sürülmekte ise de; dava konusu işlemle davacının Belediye bünyesinde görev yerinin değiştirildiği dolayısıyla başka bir yere atamasının yapılmadığı, eski pozisyonunda herhangi bir değişikliğin de gerçekleşmediği anlaşıldığından, davacının bu iddialarının işlemi sakatlayıcı nitelik taşımadığı; öte yandan, davalı idare bünyesinde toplam 228 kadro bulunduğu, bu kadrolardan 92 tanesinin boş olduğu ve emekli olan personelin yerine yeni personel alımının yapılmadığı göz önüne alındığında; davacının, hizmetine ihtiyaç duyulması nedeniyle dava konusu işlemle Trafik İşleri Müdürlüğü emrine atanmasında hukuka aykırılık bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir.

Davacı, davalı idarece emekliliğe zorlandığını, bunu kabul etmemesi nedeniyle dava konusu işlemin kurulduğunu, idarece kendisine tanınan takdir yetkisinin keyfi bir biçimde kullanıldığını, Tüm Belediye ve Yerel Yönetim Hizmetleri Sendikası (TÜM BEL-SEN) Aydın Şube Başkanı olduğunu, 4688 sayılı Kamu Görevlileri Sendikaları Kanunu'nun 18/2. maddesi uyarınca; Kamu işvereninin, işyeri sendika temsilcisi ile sendika ve sendika şube yöneticilerinin işyerini haklı bir sebep olmadıkça ve sebebini açık ve kesin şekilde

belirtmedikçe değiştiremeyeceğini, aynı Kanun'un 23. maddesi uyarınca da sendikal faaliyetlerinin güvence altına alındığını ileri sürmekte ve İdare Mahkemesi kararının temyizen incelenerek bozulmasını istemektedir.

12.7.2001 tarih ve 24460 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürülüğe giren 4688 sayılı Kamu Görevlileri Sendikaları Kanunu'nun "Amaç" başlıklı 1. maddesinde; "Bu Kanunun amacı, kamu görevlilerinin ortak ekonomik, sosyal ve mesleki hak ve menfaatlerinin korunması ve geliştirilmesi için oluşturdukları sendika ve konfederasyonların kuruluşu, organları, yetkileri ve faaliyetleri ile sendika ve konfederasyonlarda görev alacak kamu görevlilerinin hak ve sorumluluklarını belirlemek ve her hizmet kolunda yetkili kamu görevlileri sendikaları ve bunların bağlı bulundukları konfederasyonlar ile Kamu İşveren Kurulu arasında yürütülecek toplu görüşmelere ilişkin esasları düzenlemektir." denilmiş, "Kapsam" başlıklı 2. maddesinde;

"Bu Kanun, Devletin veya diğer kamu tüzel kişilerin yürütmekle görevli oldukları kamu hizmetlerinin görüldüğü genel, katma ve özel bütçeli idareler, il özel idareleri ve belediyeler ile bunlara bağlı kuruluşlarda kamu iktisadi teşebbüslerinde, özel kanunlarla veya özel kanunların verdiği yetkiye dayanarak kurulan banka ve teşekküller ile bunlara bağlı kuruluşlarda ve diğer kamu kurum veya kuruluşlarında işçi statüsü dışında çalışan kamu görevlileri hakkında uygulanır" hükmü yer almış, "Tanımlar" başlıklı 3. maddesinde ise;" Bu Kanunun uygulanmasında;

a) Kamu Görevlisi: Kamu kurum ve kuruluşlarının işçi statüsü dışındaki bir kadro veya sözleşmeli personel pozisyonunda çalışan, adaylık veya deneme süresini tamamlamış kamu görevlilerini,

b) Kamu İşvereni: Kamu görevlilerinin çalıştığı tüzel kişiliği olan ya da olmayan kamu kurum ve kuruluşlarını,

c) Kamu İşveren Vekili: Kamu kurum ve kuruluşlarını temsile ve bütününü sevk ve idareye yetkili olanlar ile bunların yardımcılarını,

d) İşyeri: Kamu hizmetinin yürütüldüğü yerleri,

e) Kurum: Kuruluş kanunları veya kuruluşlarına ilişkin mevzuatlarında görev, yetki ve sorumlulukları belirlenen, hizmetin niteliği ve yürütülmesi bakımından idari bir bütünlüğe sahip işyerlerinden oluşan kuruluşları,

f) Sendika: Kamu görevlilerinin ortak ekonomik, sosyal ve mesleki hak ve menfaatlerini korumak ve geliştirmek için oluşturdukları tüzel kişiliğe sahip kuruluşları

.....

ifade eder.

Kamu işveren vekilleri bu Kanun bakımından kamu işvereni, hizmetin niteliği ve yürütülmesi bakımından bağlı tüm birimler ise asıl işyerinden sayılır. Kamu işvereninin birden fazla işyeri varsa, bu Kanun bakımından bu işyerlerinin tamamı işyerinden sayılır." düzenlemesine yer verilmiştir.

Aynı Kanun'un "Sendika Üyelerinin ve Yöneticilerinin Güvencesi" başlıklı 18. maddesinde;" Kamu görevlileri, iş saatleri dışında veya işverenin izni ile iş saatleri içinde sendika veya konfederasyonların bu Kanunda belirtilen faaliyetlerine katılmalarından dolayı farklı bir işleme tabi tutulamaz ve görevlerine son verilemez.

Kamu işvereni, işyeri sendika temsilcisi ile sendika ve sendika şube yöneticilerinin işyerini haklı bir sebep olmadıkça ve sebebini açık ve kesin şekilde belirtmedikçe değiştiremez." denilmiş; söz konusu Kanun'un 23. maddesi ile işyerinde faaliyet gösteren sendika temsilcilerinin faaliyetleri de güvence altına alınarak; maddenin 1.,3. ve 4. fıkralarında; "İşyerlerinde kamu görevlilerinden en çok üye kaydetmiş sendika işyeri temsilcisi seçmeye yetkilidir.

Sendika temsilcileri, işyerlerinde, üyelerinin işveren veya işyeri ile ilgili sorunlarını dinlemek, ilgili yerlere iletmek ve sendika ile işveren arasında iletişim sağlamak amacıyla,

sendikaların tüzüklerinde belirtilen yetkili kurullar tarafından bir genel kurul dönemi için işyerinden seçilirler.

Kamu işvereni, yönetim ve hizmetin işleyişini engellemeyecek biçimde sendika temsilcilerine çalışma saatleri içinde ve dışında görevlerini yapabilmeleri için imkanlar ölçüsünde kolaylıklar sağlar." düzenlemesi yer almıştır.

Dosyanın İncelenmesinden; 1984 yılından beri davalı idarede Hesap İşleri Müdürlüğü bünyesinde memur olarak çalışan ve aynı zamanda Tüm Belediye ve Yerel Yönetim Hizmetleri Sendikası (TÜM BEL-SEN) Aydın Şube Başkanı olan davacının; davalı idare bünyesinde 338 kadro bulunduğu, bu kadrolardan 92 tanesinin boş olduğu ve emekli olan personelin yerine yeni personel alımının yapılmadığı, hizmetine ihtiyaç duyulması nedeniyle dava konusu işlemle Trafik İşleri Müdürlüğü emrine atanması üzerine görülen davanın açıldığı anlaşılmaktadır.

Olayda, her ne kadar davacı, 4688 sayılı Kamu Görevlileri Sendikalar Kanunu'nun 18/2. maddesi uyarınca, kamu işvereninin, işyeri sendika temsilcisi ile sendika ve sendika şube yöneticilerinin işyerini haklı bir sebep olmadıkça, sebebini açık ve kesin şekilde belirtmedikçe değiştiremeyeceğini ileri sürmekte ise de; aynı Kanun'un "Tanımlar" Başlıklı 3. maddesinde işyeri kavramı, "kamu hizmetinin yürütüldüğü yerler" şeklinde tanımlanmış; aynı maddenin son fıkrasında ise; hizmetin niteliği ve yürütülmesi bakımından, bağlı tüm birimlerin asıl işyerinden sayılacağı, kamu işvereninin birden fazla işyeri varsa, bu Kanun bakımından bu işyerlerinin tamamının işyeri kavramına dahil olduğu açıkça belirtilmiş bulunmaktadır.

Söz konusu açık düzenleme karşısında, Tüm Belediye ve Yerel Yönetim Hizmetleri Sendikası (TÜM BEL-SEN) Aydın Şube Başkanı olan davacının, yerel yönetim hizmetlerinden sorumlu olan aynı Belediye bünyesinde Hesap İşleri Müdürlüğü'nden Trafik İşleri Müdürlüğü'ne naklen atanması nedeniyle; 4688 sayılı Kanun'un 23. maddesi ile güvence altına alınan; sendika üyelerinin işveren veya işyeri ile ilgili sorunlarını dinlemek, ilgili yerlere iletmek ve sendika ile işveren arasında iletişim sağlamak kapsamında yer alan faaliyetlerinin engellenmediği; aynı idare bünyesinde yer alan, fakat kamu hizmetinin farklı yönlerinden sorumlu olan diğer bir birimin de 4688 sayılı Kanun'un 18/2. maddesinde yer alan "işyeri" kavramına dahil olduğu; dolayısıyla, davalı idarece davacının işyerinin değiştirilmediği, işyeri kavramına dahil olan başka bir birime atandığı, aynı işyerine dahil Trafik İşleri Müdürlüğü'nde de 4688 sayılı Kanun'un 23. maddesi uyarınca güvence altına alınan sendikal faaliyetlerini yerine getirmesinin mümkün olduğu anlaşılmakta olup, dava konusu işlemde bu yönüyle hukuka aykırılık bulunmamaktadır.

Bununla birlikte; 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 76. maddesi ile memurların görev yerlerinin değiştirilmesi konusunda idarelere tanınan takdir yetkisinin kullanımının mutlak ve sınırsız olmayıp, kamu yararı ve kamu hizmetinin gerekleriyle sınırlı olduğunu ve bu açıdan yargı denetimine tabi bulunduğunu da ayrıca vurgulamak gerekir.

Dava konusu olayda, davalı idarece; emekliye ayrılan personelin yerine yeni eleman alımı yapılamadığından, çalışanlar arasında yer değişikliği yapılarak hizmetin aksamadan yürütülmesine çalışıldığı, 336 kadrodan 92' sinin boş olduğu, Trafik İşleri Müdürlüğü'nde davacının hizmetine duyulan ihtiyaç nedeniyle dava konusu işlemin kurulduğu ileri sürülmekte ise de; 246 kişilik kadrolu personel arasından, 21 yıldır Hesap İşleri Müdürlüğü'nde çalışan davacının, dava konusu işlemle Trafik İşleri Müdürlüğü'ne atandığı; daha sonra kurulan 15.6.2005 tarihli yeni bir işlemle de, davacıdan başka hiç bir memurun görev yapmadığı Ücretli Otopark bölgesinde görevlendirildiği hususları gözönünde bulundurulduğunda; davalı idarece, 246 personel arasından, görevinden alınmasını gerektirecek bir olumsuzluğu ileri sürülmeden veya hukuken kabul edilebilir bir neden ortaya konulmadan, salt takdir yetkisinden bahisle davacının atanması yolunda kurulan işlemde hukuka uyarlık bulunmadığından, davanın reddi yolundaki İdare Mahkemesi kararında hukuksal isabet görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle, davacının temyiz isteminin kabulüyle, Aydın 1. İdare Mahkemesi'nce verilen 26.1.2006 günlü, E:2005/1039, K:2006/59 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, 26.1.2009 tarihinde, esasta oybirliği, gerekçede oyçokluğuyla karar verildi.

GEREKÇEDE KARŞI OY

X- Davacının 21 yıldır görev yaptığı bir birimden, caddede gezici görev yapması gereken bir birime atandığı anlaşılmış olup, sendika yöneticisi olduğu hususu gözetilmeden ve haklı bir gerekçeye de dayanılmadan yapılan işyeri değişikliğinin öncelikle 4688 sayılı Kanun'un 18. maddesi hükmüne aykırılık oluşturduğu görüşüyle gerekçe yönünden karara karşıyım.

T.C.
D A N I Ş T A Y
Beşinci Daire
Esas No : 2008/2042
Karar No : 2009/357

Özeti : Davalı idarelerce, hatalı olan sorunun, iptal edilerek değerlendirme dışı bırakılması suretiyle yapılan hesaplamada ve davacının başarısız sayılmasında hukuka aykırılık bulunmadığı hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan (Davalılar) : 1- Milli Eğitim Bakanlığı
2-Adalet Bakanlığı

Karşı Taraf (Davacı) : ...

İstemin Özeti : Ankara 14. İdare Mahkemesince verilen 26.12.2007 günlü, E:2007/1689, K:2007/1675 sayılı kararın dilekçelerde yazılı nedenlerle temyizen incelenerek bozulması isteminden ibarettir.

Cevabın Özeti : Temyiz isteminin reddi gerektiği yolundadır.

Danıştay Tetkik Hakimi : Vecdi Karanfil

Düşüncesi : İdare Mahkemesi kararının bozulması gerektiği düşünülmüştür.

Danıştay Savcısı : Mehmet Akkaya

Düşüncesi : Davacının katıldığı Adalet Bakanlığı taşra teşkilatı yazı işleri müdürlüğü görevde yükselme sınavında, davalı idarelerce hatalı olması nedeniyle iptal edilen sorunun değerlendirme dışı bırakılmak suretiyle yapılan puan hesaplamasında davacı aleyhine bir belirleme olmadığı ve davacının başarısız sayılmasında hukuka aykırılık bulunmadığı sonucuna varılmakla, dava konusu işlemlerin iptali yolunda verilen İdare Mahkemesi kararının bozulması gerektiği düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Beşinci Dairesi'nce işin gereği düşünüldü:

... Adliyesi Sulh Ceza Mahkemesi Zabıt Katibi olarak görev yapan davacı, Milli Eğitim Bakanlığı Eğitim Teknolojileri Genel Müdürlüğü tarafından yapılan Adalet Bakanlığı Personelinin Görevde Yükselme Sınavında 69,697 puan alarak başarısız sayılması üzerine başarılı sayılması istemiyle yaptığı başvurunun reddine ilişkin Milli Eğitim Bakanlığının

11.1.2007 günlü işleminin ve bu nedenle görevde yükseltilmemesine yönelik Adalet Bakanlığı'nın 24.1.2007 günlü ve 191 sayılı işleminin iptali istemiyle dava açmıştır.

Ankara 14. İdare Mahkemesince verilen 26.12.2007 günlü, E:2007/1689, K:2007/1675 sayılı kararla; görevde yükselme sınavında iptal edilen soruya davacının sınav sırasında harcadığı emek ve zamanın, yanlış olarak cevaplanan sorulara harcanması durumunda bu soruların doğru cevaplanma ve böylece doğru cevap sayısının artması ihtimali dikkate alındığında, adı geçenin iptal edilen soruları doğru cevaplandırdığı kabul edilerek, sınav puanının hesabında iptal edilen sorunun da değerlendirmeye alınmasının hak ve nesafet kurallarına daha uygun olduğu sonucuna ulaşıldığı, iptal edilen sorunun doğru cevaplandırıldığı kabul edilerek buna göre yapılacak hesaplamada, davacının puanının başarılı sayılması için yeterli olan 70 puana denk gelmesi karşısında, dava konusu başarısız sayılma işleminde ve buna dayanılarak görevde yükseltilmeme işleminde hukuka uyarlık görülmediği gerekçesiyle dava konusu işlemler iptal edilmiştir.

Davalı idareler, dava konusu işlemde hukuka aykırılık bulunmadığını ileri sürmekte ve İdare Mahkemesi kararının temyizen incelenerek bozulmasını istemektedir.

25.3.2004 gün ve 25413 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren Adalet Bakanlığı Personeli Görevde Yükselme ve Unvan Değişikliği Yönetmeliği'nin 15'inci maddesinde, görevde yükselmeye tabi kadrolara atanmak isteyenlerin yapılacak sınavda başarılı olmalarının şart olduğu, 18'inci maddesinde sınavın şeklinin yazılı olduğu ve Milli Eğitim Bakanlığı'nın ilgili birimine yaptırılabileceği, 19'uncu maddesinde de sınavda 100 üzerinden 70 puan alanların başarılı sayılacağı ve sınav sonucunda başarılı olanların aldıkları puanlara göre başarı listesinin düzenleneceği belirtilmiştir.

Dava dosyasının incelenmesinden, taşra teşkilatı yazı işleri müdürlüğü kadroları için yapılacak görevde yükselme sınavının Milli Eğitim Bakanlığı Eğitim Teknolojileri Genel Müdürlüğü tarafından 18.11.2006 tarihinde gerçekleştirildiği, davacının bu sınavda 100 soru üzerinden 69 soruyu doğru cevaplandırdığı, değerlendirmede "(doğru sayısı/soru sayısı)x100=Puan" formülünün kullanıldığı, Adalet Bakanlığı Sınav Kurulu'nun 30.11.2006 gün ve 9 no'lu kararı ile sınavın (A) kitapçık türünün 84'üncü, (B) kitapçık türünün 57'nci ortak sorusunun, birden fazla doğru cevap şıkkının bulunduğu gerekçesi ile iptal edildiği, kullanılan formüle göre davacının "69/99X100=69.697" puan alarak sınavdan başarısız sayıldığı anlaşılmaktadır.

Adalet Bakanlığı Personeli Görevde Yükselme ve Unvan Değişikliği Yönetmeliği'nin yukarıda yer verilen hükümleri dikkate alındığında, görevde yükselme sınavında bu sınava giren adaylardan 70 puan alan her aday sınavda başarılı olmakta ve ayrıca sınavda alınan puanlara göre yapılan sıralamada başarılı olanların başarı sırası belirlenmektedir. Davacının katıldığı görevde yükselme sınavı da, başarılı olanları ve başarı sırasını belirlemeye yönelik bir sınavdır. Bu husus dikkate alındığında, davalı idarelerce hatalı olan sorunun iptal edilerek değerlendirme dışı bırakılması suretiyle yapılan hesaplamada ve davacının başarısız sayılmasında hukuka aykırılık, dava konusu işlemin iptali yolundaki İdare Mahkemesi kararında hukuki isabet görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle, davalı idarelerin temyiz isteminin kabulüyle, Ankara 14. İdare Mahkemesince verilen 26.12.2007 günlü, E:2007/1689, K:2007/1675 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, 30.1.2009 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

T.C.
D A N I Ş T A Y
Beşinci Daire
Esas No : 2007/2093
Karar No : 2009/502

Özeti : Bir göreve atanmak isteyen ve koşulları taşıyanlar arasından atama yapma konusunda idarenin takdir yetkisi bulunduğu hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan (Taraflar) : 1 - İstanbul Üniversitesi Rektörlüğü
Vekili : Av. …

2 - …

İsteğin Özeti : İstanbul 1. İdare Mahkemesi'nin 28.12.2006 günlü, E:2005/2589, K:2006/3140 sayılı kararının taraflarca aleyhlerine olan kısımlarının dilekçelerde yazılı nedenlerle temyizen incelenerek bozulması isteminden ibarettir.

Davalı İdarenin Cevabının Özeti: Cevap verilmemiştir.

Davacının Cevabının Özeti : Davalı idarenin temyiz isteminin reddi gerektiği yolundadır.

Danıştay Tetkik Hakimi : Mahmut Ersert

Düşüncesi : Dava konusu işlemde hukuka aykırılık bulunmadığı anlaşıldığından, temyiz isteminin kabulü ile İdare Mahkemesi kararının iptale ilişkin kısmının bozulması, davacının ise temyiz istemin reddi gerektiği düşünülmüştür.

Danıştay Savcısı : İsa Yeğenoğlu

Düşüncesi : Hastaneler Başmüdürlüğüne yapılacak atama görevde yükselme sınavına tabi olmadığı gibi, boş bulunan bu kadroya atama yapma konusunda takdir yetkisine sahip olan idarenin boş kadroyu duyurmaya zorlanmasına hukuken olanak bulunmaması karşısında dava konusu işlemde hukuka aykırılık ; işlemin iptali 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, İstanbul Üniversitesi Hastaneler Başmüdürlüğü görevine …'nın atanmasına ilişkin 1.8.2005 günlü işlem ile bu göreve atanması yolunda 5.8.2005 ve 30.9.2005 tarihli başvurularının reddine ilişkin 10.10.2005 tarihli işlemin iptali istemiyle dava açmıştır.

İstanbul 1. İdare Mahkemesi'nin 28.12.2006 günlü, E:2005/2589, K:2006/3140 sayılı kararıyla; boş kadro olduğuna ilişkin ve atanacak kişilerde aranılan koşulları belirleyen bir duyuru yapılmadan takdir yetkisinden bahisle bir kişinin kadroya atanması sonucunu doğuran işlemde hukuka uyarlık bulunmadığı gerekçesiyle dava konusu işlemin iptaline, bu işlemin iptali nedeniyle boş kadro için yapılacak duyuru üzerine davacının atama isteminin idarece değerlendirilerek bir karar verilmesi gerektiğinden, bu aşamada maddi kayıptan söz edilemeyeceği gerekçesiyle davanın parasal haklara ilişkin kısmının ise reddine karar verilmiştir.

Davalı idare ve davacı, İdare Mahkemesi kararının aleyhlerine olan kısımlarının hukuka aykırı olduğunu öne sürmekte ve anılan kararın temyizen incelenerek bozulmasını istemektedirler.

İdarenin, bir kadroya atama yapma konusunda sahip bulunduğu takdir yetkisinin mutlak ve sınırsız olmadığı, bu yetkinin kamu yararı ve kamu hizmetinin gerekleri göz önünde tutularak kullanılması gerektiği idare hukukunun bilinen ilkelerindendir. Bununla birlikte, takdir yetkisine dayanılarak tesis edilen işlemler üzerindeki yargı denetimi, hukuka

uygunluk unsuru ile sınırlı olup, idarenin takdir yetkisini ortadan kaldıracak biçimde yargı kararı verilemeyeceği ve yerindelik denetimi yapılamayacağı, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 2. maddesinin 2. fıkrasında açıkça vurgulanmış bulunmaktadır.

18.4.1999 tarihli ve 23670 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Kamu Kurum ve Kuruluşlarında Görevde Yükselme ve Unvan Değişikliği Esaslarına Dair Genel Yönetmelik'in 2. maddesinde bu Yönetmeliğin başmüdürler hakkında uygulanmayacağı, 8.3.2000 tarihli, 23987 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren Yükseköğretim Üst Kuruluşları İle Yükseköğretim Kurumları Personeli Görevde Yükselme Yönetmeliğinin 16. maddesinde üniversite hastaneleri başmüdürlerinin görevde yükselme sınavına tabi olmadıkları, 8. maddesinde "görevde yükselme suretiyle atama yapılacak boş kadroların ve görevde yükselme eğitimi ve sınavının" duyurulacağı kurala bağlanmıştır.

Görevde yükselme sınavına tabi olmayan kadrolara atanacakları seçme konusunda takdir hakkı bulunduğu kuşkusuz olan ve boş bulunan bir kadroya kamu yararı ve hizmet gereklerini gözeterek en uygun kişiyi atama konusunda, gerekli nitelikleri taşıyanlar arasında tercihte bulunma hak ve yetkisine sahip olan davalı idarenin, bu yetkisini belirli bir kişi lehine kullanmaya yargı kararı ile zorlanamayacağı gibi; bu hususdaki yargısal denetimde, işlemin diğer unsurları yönünden hukuka aykırılık bulunmadığı sürece, anılan kadroya atanma koşullarını taşıyan iki kişi arasında birinin niteliklerinin daha iyi olduğu gerekçesiyle idarenin takdir yetkisini kaldırarak bu kişinin atanması sonucunu doğuracak şekilde iptal kararı verilemeyeceği ve bu kadroların boşalması halinde atama yapmadan önce boş kadroları duyurmaya zorlanmasına olanak bulunmadığı açıktır. Belirtilen hukuksal duruma göre, dava konusu işlemde hukuka aykırılık bulunmadığı anlaşıldığından, işlemin iptali yolundaki İdare Mahkemesi kararında hukuki isabet görülmemiştir.

Öte yandan dava konusu işlemlerin hukuka aykırı bulunmaması nedeniyle bu işlemler nedeniyle herhangi bir parasal kayıptan söz etme olanağıda bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle, davacının temyiz isteminin reddine, davalı idarenin temyiz isteminin kabulüyle, İstanbul 1. İdare Mahkemesi'nce verilen 28.12.2006 günlü, E:2005/2589, K:2006/3140 sayılı kararın iptale ilişkin kısmının 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, 10.2.2009 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

T.C.
D A N I Ş T A Y
Beşinci Daire
Esas No : 2007/81
Karar No : 2009/1103

Özeti : Davacının bir başka kuruma geçmiş veya emekliye ayrılmış olmasının, verilen yargı kararının uygulanmasını engellemeyeceği hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan (Davacı) : …
Vekili **:** Av. …
Karşı Taraf **:** Sağlık Bakanlığı
İsteğin Özeti **:** Ankara 9. İdare Mahkemesi'nin 17.5.2006 günlü, E:2005/2078, K:2006/1154 sayılı kararının dilekçede yazılı nedenlerle temyizen incelenerek bozulması isteminden ibarettir.

Cevabın Özeti **:** Temyizi istenen kararın yöntem ve yasaya uygun olduğu, ileri sürülen nedenlerin 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 49. maddesine uymadığı, bu nedenle istemin reddi gerekeceği yolundadır.

Danıştay Tetkik Hakimi : Jale Kalay

Düşüncesi **:** Dosyanın incelenmesinden, davacının 7.9.1999 günlü işleme karşı açtığı davada Dairemizce verilen 16.12.1999 tarih ve E:1999/4627 sayılı yürütmenin durdurulması kararı üzerine, davacının halihazırda kurumlararası nakil yoluyla Çevre Bakanlığı Personel Daire Başkanlığı görevine geçmiş ve Sağlık Bakanlığı ile kurumsal bağının kalmamış olması nedeniyle sadece özlük haklarının iadesini 1.2.2000 tarihli dilekçesiyle talep ettiği; bu istemi doğrultusunda, dava konusu işlemin kurulduğu tarihten Çevre Bakanlığı Personel Daire Başkanlığı görevine başladığı tarihe kadar yoksun kaldığı maaş ve özlük haklarının davacıya 9.2.2000 tarihli onay ile ödendiği anlaşılmaktadır.

Bu durumda, davacının; açmış olduğu dava sonucunda verilen yargı kararının işlemin iptaline yönelik kısmının aynen uygulanması yönünde bir istemde bulunmamış olması, anılan kararın sadece özlük ve parasal haklarının iadesi kısmının uygulanmasını talep etmesi ve bu talebinin de yerine getirilmesi; öte yandan; kurumlararası nakil yoluyla geçmiş olduğu Çevre Bakanlığı'ndaki görevinden de emekliye ayrılmış olması karşısında; hakkında verilen yargı kararının işlemin iptaline yönelik kısmının uygulanması yolundaki 1.9.2005 tarihli başvurusunun kabulünün, artık davalı idarenin takdir yetkisi kapsamında kaldığı kuşkusuzdur.

Açıklanan nedenlerle, davalı idarece kurulan işlemde hukuka aykırılık bulunmadığından, İdare Mahkemesi kararının onanması gerektiği düşünülmüştür.

Danıştay Savcısı **:** Mehmet Akkaya

Düşüncesi **:** İdare ve vergi mahkemelerince verilen kararların temyizen incelenerek bozulabilmesi için, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 49 uncu maddesinin birinci fıkrasında belirtilen nedenlerin bulunması gerekmektedir.

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

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Beşinci Dairesi'nce işin gereği düşünüldü:

Dava; Sağlık Bakanlığı Tedavi Hizmetleri Genel Müdür Yardımcısı olarak görev yapmakta iken 7.9.1999 tarihli müşterek kararname ile görevden alınan davacının, anılan işleme karşı Danıştay'da açmış olduğu davanın lehine sonuçlanması üzerine, yargı kararının uygulanması istemiyle yaptığı 1.9.2005 tarihli başvurunun reddine ilişkin 6.9.2005 tarihli işlemin iptali ile 20.000.-TL manevi zararın yasal faiziyle birlikte ödenmesine hükmedilmesi istemiyle açılmıştır.

Ankara 9. İdare Mahkemesi'nin 17.5.2006 günlü, E:2005/2078, K:2006/1154 sayılı kararıyla; davacının, görevden alınmasına ilişkin işleme karşı açtığı davada 31.10.2002 tarihinde verilen iptal kararından önce 31.1.2000 tarihinde kendi isteğiyle Çevre Bakanlığı'na naklen atandığı ve Eylül 2002 tarihinde de bu görevden kendi isteğiyle emekliye ayrıldığının anlaşıldığı; bu itibarla, ortada maddi ve hukuki koşullara göre uygulanması gereken bir iptal kararı bulunmadığından dava konusu işlemde hukuka aykırılık görülmediği; öte yandan, davacının mahkeme kararının uygulanmasından dolayı uğradığını iddia ettiği manevi zararının tazmin edilmesine de hukuken olanak bulunmadığı gerekçesiyle dava reddedilmiştir.

Davacı, bir başka kuruma geçmiş veya emekliye ayrılmış olmasının verilen yargı kararının uygulanmasını engeller nitelikte olmadığını ileri sürmekte ve İdare Mahkemesi kararının temyizen incelenerek bozulmasını istemektedir.

Anayasa'nın 2. maddesinde Türkiye Cumhuriyeti'nin hukuk devleti olduğu vurgulanmakta ve 138. maddesinin son fıkrasında "Yasama ve yürütme organları ile idare, mahkeme kararlarına uymak zorundadır; bu organlar ve idare, mahkeme kararlarını hiç bir suretle değiştiremez ve bunların yerine getirilmesini geciktiremez" yolunda açık, kesin ve buyurucu bir kurala yer verilmektedir. 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 28. maddesinin 4001 sayılı Yasayla değişik 1. fıkrasının birinci tümcesi de "Danıştay, bölge idare mahkemeleri, idare ve vergi mahkemelerinin esasa ve yürütmenin durdurulmasına ilişkin kararlarının icaplarına göre idare, gecikmeksizin işlem tesis etmeye veya eylemde bulunmaya mecburdur" şeklindeki kuralıyla Anayasa'nın 2. maddesinde yer alan "hukuk devleti" ilkesine uygun bir düzenleme getirmektedir. Söz konusu ilke karşısında, idarenin maddi ve hukuki koşullara göre uygulanabilir nitelikte olan bir yargı kararını "aynen" ve "gecikmeksizin" uygulamaktan başka bir seçeneği bulunmamaktadır.

Öte yandan, iptal davası açılabilmesi için, ilgililerin dava konusu edilen işlem nedeniyle menfaatlerinin ihlal edilmiş olması yeterli olup, bu işlemle ilişkilerinin dava sonuna kadar sürmesi gerekmemektedir.

Dosyanın incelenmesinden; davacının Sağlık Bakanlığı Tedavi Hizmetleri Genel Müdür Yardımcılığı görevinden alınmasına ilişkin 7.9.1999 günlü müşterek kararnamenin Danıştay Beşinci Dairesi'nin 30.11.2002 günlü, E:1999/4627, K:2002/4108 tarihli kararıyla iptal edildiği, anılan kararın Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu'nun 24.3.2005 günlü, E:2003/262, K:2005/158 sayılı kararıyla onandığı; iptal davası devam ederken, davacının 31.1.2000 tarihinde kurumlararası nakil yoluyla Çevre Bakanlığı'na daire başkanı olarak geçtiği ve Eylül 2000 tarihinde de emekliye ayrıldığı anlaşılmaktadır.

Yukarıda da değinildiği üzere, 7.9.1999 tarihli görevden alınma işlemi nedeniyle, davanın açıldığı tarih itibariyle davacının menfaatinin ihlal edildiği açık olup, davacının bu işlemle ilişkisinin dava sonuna kadar sürmesi gerekmemektedir.

Bu durumda, söz konusu anayasal ve yasal düzenlemeler uyarınca davalı idarenin bağlı yetki içerisinde bulunduğu açık olup, bu doğrultuda davalı idarenin ilgili idarelerle gerekli koordinasyonu sağlayarak davacıyı Sağlık Bakanlığı Tedavi Hizmetleri Genel Müdür Yardımcılığı görevine iade etmesi gerekirken, dava sürmekte iken adı geçenin başka bir kuruma geçtiği ve daha sonra emekliye ayrıldığı gerekçesiyle davayı reddeden İdare Mahkemesi kararında hukuki isabet görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle, davacının temyiz isteminin kabulüyle Ankara 9. İdare Mahkemesi'nce verilen 17.5.2006 günlü, E:2005/2078, K:2006/1154 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, 9.3.2009 tarihinde oyçokluğuyla karar verildi.

KARŞI OY

X- Davacının bu davaya konu işlemin kurulmasına yol açan 1.9.2005 günlü başvurusunun; "emekliye ayrılmış ve bu nedenle kamu görevi ile hukuki irtibatı kesilmiş bir kişinin, henüz kamu görevinde iken hakkında tesis edilmiş bir görevden alma işlemi ile ilgili olarak idari yargı merciince verilmiş iptal kararının uygulanması suretiyle eski görevine iade edilmesi istemi" olarak kabul edilmesi ve anılan yargı kararının uygulanabilirliğinin de bu husus gözönünde bulundurularak değerlendirilmesi gerekmektedir.

Hakkında kurulan görevden alma işleminin iptali istemiyle açtığı davada yürütmenin durdurulması veya iptal kararı verilen kamu görevlisinin, bu karar verilmeden veya verilen kararın gerekleri yerine getirilmeden önce kendi isteğiyle emekliye ayrılması durumunda, ortada birbirinden bağımsız iki ayrı işlemin mevcut olduğu görülmektedir. Bu işlemlerden birincisi, kamu görevlisinin açmış olduğu iptal davası üzerine yürütülmesi durdurulan ya da

iptal edilen görevden alma işlemi, diğeri ise, kendi isteğiyle emekliye ayrılması yolunda kurulan işlemdir.

Bu işlemlerden birincisi hakkında verilmiş bulunan yürütmenin durdurulması ve iptal kararlarının yerine getirilmesi gerekli ise de; kamu görevlisinin isteği üzerine idare tarafından emekliye sevki yolunda yeni bir işlem kurulmuş olduğundan, artık ortada yerine getirilmesi gerekli bir yargı kararının varlığından sözetmeye hukuken olanak bulunmamaktadır.

Bu durumda; emekli statüsünde olan ve davalı idareye yaptığı 1.9.2005 günlü başvurusunun "kamu görevine açıktan atanma" istemini içerdiğinin kabulü zorunlu bulunan davacının, yukarıda da açıkça belirtildiği üzere "uygulanabilirlik" niteliğini kaybeden (bir başka ifadeyle, hukuken davacının eski görevine atanması sonucunu doğurması mümkün olmayan) bir iptal kararının varlığından bahisle ve 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun "Emeklilerin Yeniden Hizmete Alınması" başlığını taşıyan 93. maddesi ile bu konuda idareye tanınan takdir yetkisini ortadan kaldırmak suretiyle, eski görevi olan Sağlık Bakanlığı Tedavi Hizmetleri Genel Müdür Yardımcısı görevine iade edilmesi sonucunu doğuracak şekilde karar verilmesine olanak bulunmadığından, davanın reddi yolundaki İdare Mahkemesi kararının onanması gerektiği oyu ile çoğunluk kararına karşıyız.

T.C.
D A N I Ş T A Y
Beşinci Daire
Esas No : 2008/4210
Karar No : 2009/1251

Özeti : Emniyet Hizmetleri Sınıfı mensubu olarak görev yapanların, en az bir kez ikinci bölgede hizmet görmelerinin, yönetmelikte bulunan mazeretler söz konusu olsa bile zorunlu olduğu, ikinci bölgeye ilk kez atanmada sicil numarası, rütbe ve branşlarına göre yapılacak olan sıralamanın gözönünde bulundurulacağı; buna karşın, ikinci kez ikinci bölge hizmetine gönderileceklerin ise, birinci bölgeye dönüş yılları ve dönüş yılları aynı olanlar arasında da sicil numarası sıralamasının esas alınacağı ve her ne suretle olursa olsun hizmet nedeni ile üç kereden fazla erteleme isteminde bulunulamayacağının açık olduğu; ikinci bölge hizmetinde bulunmayan personel ile birinci bölgeye davacıdan daha önce dönen personel varken, davacının ikinci bölge ikinci hizmet sırası geldiği ileri sürülerek naklen atanmasına ilişkin dava konusu işlemde, ilgili yönetmelikte belirtilen kurallara ve eşitlik ilkesine uyarlık bulunmadığı hakkında.

Kararın Düzeltilmesini İsteyen (Davacı): …
Vekili : Av. …
Karşı Taraf : İçişleri Bakanlığı
İsteğin Özeti : Danıştay Beşinci Dairesi'nin 5.5.2008 günlü, E:2007/6593, K:2008/2519 sayılı kararının dilekçede yazılı nedenlerle düzeltilmesi isteminden ibarettir.
Savunmanın Özeti : Kararın düzeltilmesi yolundaki davacı isteminin reddi gerektiği yolundadır.

Danıştay Tetkik Hakimi : Mustafa Bölükbaşı

Düşüncesi : Davacının kararın düzeltilmesi yolundaki istemi kabul edilerek Dairemizin 5.5.2008 günlü, E:2007/6593, K:2008/2519 sayılı kararının kaldırılması ve İdare Mahkemesi kararının gerekçesinin değiştirilerek onanması gerektiği düşünülmüştür.

Danıştay Savcısı : Filiz Z. Gürmeriç

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 işin gereği düşünüldü:

Dava; Ankara Emniyet Müdürlüğü emrinde 2. Sınıf Emniyet Müdürü rütbesiyle İl Emniyet Müdür Yardımcısı olarak görev yapan davacının, ikinci bölge ikinci görev süresi geldiğinden bahisle Hakkari Emniyet Müdürlüğü emrine atanmasına ilişkin 30.6.2006 gün ve 500171 sayılı işlemin iptali istemiyle açılmıştır.

Ankara 4. İdare Mahkemesi'nce verilen 18.6.2007 günlü, E:2006/1813, K:2007/1633 sayılı kararla; davacıyla aynı dönemde mesleğe girenler ile rütbe olarak aynı durumlarda olan bazı personelin şark hizmeti sırası gelmesine rağmen atamalarının yapılmadığı hususunun açıklığa kavuşturulması için ara kararıyla sorulan hususlara verilen yanıttan Ankara Emniyet Müdürlüğü'nün davacının ikinci şark hizmeti sırası için erteleme talebinde bulunmadığı, Emniyet Teşkilatında rütbeli personel sayısında yeni durumlara göre atama planlarının yapıldığı, yapılan planlamada personel fazlalığı olan birimde bulunduğu ilde hizmet süresini dolduran 2. bölge şark hizmeti sırası gelen ve bulundukları birim amirlerince hizmetinde verim alınmayarak başka bir ilde istihdamı uygun görülen personelin başka görev bölgelerine atandıklarının belirtildiği, Emniyet Hizmetleri Sınıfı Mensupları Atama ve Yer Değiştirme Yönetmeliği'nde belirlenen sicil numarası esası, bölgelerdeki kadro ve personel ihtiyacı gibi somut ve hukuken kabul edilebilir kriterlere göre atama yapılması gerektiği, davalı idarece davacıyla aynı rütbe ve kıdemde bulunan personelden 2. bölgeden önceki dönüş yılları ve sicil numaraları esası alınarak yapılacak sıralamada 2. bölge ikinci şark sırası gelen personelin atamalarının yapılması gerekirken, davacının bulunduğu Ankara Emniyet Müdürlüğünün görev erteleme talebi bulunmadığı gerekçesiyle Hakkari Emniyet Müdürlüğü emrine atanmasına ilişkin işlemde hukuka uyarlık bulunmadığı gerekçesiyle dava konusu işlem iptal edilmiştir.

Davalı idarenin anılan karara karşı yapmış olduğu temyiz başvurusu Danıştay Beşinci Dairesi'nin 5.5.2008 günlü, E:2007/6593, K:2008/2519 sayılı kararıyla kabul edilerek İdare Mahkemesi kararı bozulmuştur.

Davacı, dava konusu işlem hukuka aykırı olduğundan işlemin iptali yolundaki İdare Mahkemesi kararının hukuka uygun olduğunu ileri sürmekte ve Danıştay Beşinci Dairesi'nce verilen kararın düzeltilmesi suretiyle İdare Mahkemesi kararının onanmasını istemektedir.

Kararın düzeltilmesi dilekçesinde ileri sürülen nedenler 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 54. maddesi hükmüne uygun bulunduğundan, karar düzeltme isteminin kabulü ile Dairemizce verilen 5.5.2008 günlü, E:2007/6593, K:2008/2519 sayılı karar kaldırılarak uyuşmazlığın esasına geçildi:

11.9.1992 gün ve 21342 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren Emniyet Hizmetleri Sınıfı Mensupları Atama ve Yer Değiştirme Yönetmeliği'nin; "Hizmet Bölgeleri ve Süreleri" başlıklı Beşinci Bölümünün "Hizmet Bölgeleri" başlıklı 21. maddesinde; Emniyet Hizmetleri Sınıfına mensup olanların atama ve yer değiştirmeleri için yurdun birinci ve ikinci bölge olmak üzere iki hizmet bölgesine ayrıldığı, "Bölgeler ve Hizmet Süreleri" başlıklı 23. maddesinde; personelin, Yönetmelikte belirtilen süre kadar en az bir defa ikinci bölgede hizmet görmesinin zorunlu olduğu, Yönetmelikte öngörülen mazeretler dahil, her ne sebeple olursa olsun ikinci bölge hizmetinden sarfınazar edilemeyeceği, "İkinci Bölgede

Görevlendirilecek Personelin Sıralaması" başlıklı 24. maddesinde; ikinci bölgeye ilk defa atanacak personelin sırasının, birinci bölgedeki hizmet sürelerine bakılmaksızın sicil numarası, rütbeleri ve hizmet branşlarının gözönüne alınarak bu bölgedeki kadro ve personel ihtiyacına göre tespit edileceği, ikinci bölgeye bir defadan fazla atanacak olanların sırasının ise bu bölgeden önceki dönüş yılları ve sicil numaralarının esas alınarak yapılacağı, birinci bölgede çalışan branşlı amir ve memurların ikinci bölgedeki hizmetlere gönderilmelerinin, kendi aralarında sicil numarası esasına göre ve bölgelerdeki kadro ve personel ihtiyacı gözönünde bulundurularak yapılacağı, "Ertelemeler" başlıklı Altıncı Bölümünün "Hizmet İhtiyacı Sebebiyle Erteleme" başlıklı 29. maddesinde ise; atama sırası geldiği veya hizmet süresini doldurduğu için diğer bir bölgeye atanacak personelden, merkez teşkilatında Genel Müdür veya daire başkanları, illerde valiler, Genel Müdürlüğe doğrudan bağlı birimlerde birim amirleri tarafından, hizmetleri sebebiyle yerlerinde kalmaları gerekçeli olarak bildirilenlerin durumlarının Genel Müdürlükçe incelenerek karara bağlanacağı, bu şekilde yerlerinde bırakılmış olanların ertesi yıl haklarında zaruri bir gerekçeye dayanan yeni bir erteleme teklifi olmadığı takdirde, hizmetle yükümlü oldukları bölgelere atanacakları, birinci bölgeden ikinci bölgeye gidecekler ve ikinci bölgeden birinci bölgeye dönecekler için dördüncü defa erteleme teklifinde bulunulamayacağı düzenlemelerine yer verilmiştir.

Yukarıda yer verilen Yönetmelik maddelerine göre, Emniyet Hizmetleri Sınıfı mensubu olarak görev yapanların en az bir defa ikinci bölgede hizmet görmelerinin Yönetmelikte bulunan mazeretler söz konusu olsa dahi zorunlu olduğu, ikinci bölgeye ilk defa atanmada sicil numarası, rütbe ve branşlarına göre yapılacak olan sıralamanın gözönünde bulundurulacağı, buna karşın, ikinci kez ikinci bölge hizmetine gönderileceklerin ise birinci bölgeye dönüş yılları ve dönüş yılları aynı olanlar arasında da sicil numarası sıralamasının esas alınacağı ve her ne suretle olursa olsun hizmet sebebi ile üç kereden fazla erteleme talebinde bulunulamayacağı açıktır.

Davacının ikinci bölge hizmetine hiç gitmeyenler ve kendisinden daha önce birinci bölgeye dönüp ataması yapılmayanlar olduğunu iddia etmesi üzerine bu hususun açıklığa kavuşturulması bakımından Dairemizce verilen 3.12.2008 ve 21.1.2009 günlü ara kararlarına davalı idarece gönderilen yanıtların incelenmesinden ise; davacının 1989 ve 1995 yılları arasında Tunceli'de görev yaparak ikinci bölge birinci hizmet süresini fazlasıyla tamamladığı, 1995 yılında Ankara İli'ne atandığı, 2006 yılında davalı idare tarafından 1995 ve daha önceki yıllarda birinci bölgeye dönenlerin ikinci bölgeye atanmasının planlanması sonucu, dava konusu işlemle ikinci bölge ikinci hizmetini görmesi için Hakkari İli'ne atandığı, davacı gibi 2. Sınıf Emniyet Müdürü rütbesinde olup da ikinci bölge hizmetini Yönetmelik hükmü gereği bir kez dahi yapmayan personelin bulunduğu anlaşılmaktadır.

Bu durumda, ikinci bölge hizmetinde bulunmayan personel ile birinci bölgeye davacıdan daha önce dönen personel varken davacının ikinci bölge ikinci hizmet sırası geldiğinden bahisle Hakkari İli'ne atanmasına ilişkin dava konusu işlemde, yukarıda anılan Yönetmelikte belirtilen kurallara ve eşitlik ilkesine uyarlık, dava konusu işlemin iptali yolundaki İdare Mahkemesi kararında ise sonucu itibariyle hukuki isabetsizlik bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle, davalı idarenin temyiz isteminin reddiyle, Ankara 4. İdare Mahkemesi'nce verilen ve hüküm fıkrası itibariyle hukuka uygun bulunan 18.6.2007 günlü, E:2006/1813, K:2007/1633 sayılı kararın yukarıda belirtilen gerekçeyle onanmasına, temyiz giderlerinin istemde bulunan davalı idare üzerinde bırakılmasına; davacının kararın düzeltilmesi istemi nedeniyle yatırdığı 50,00 YTL posta pulu, 28,90 TL harç pulu ücreti olmak üzere toplam 78,90 YTL yargılama giderlerinin davalı idareden alınarak davacıya verilmesine, 12.3.2009 tarihinde oyçokluğuyla karar verildi.

KARŞI OY

X- Davacı tarafından karar düzeltme dilekçesinde ileri sürülen hususlar Danıştay Beşinci Dairesinin 5.5.2008 günlü, E:2007/6593, K:2008/2519 sayılı kararının kaldırılmasını gerektirecek nitelikte görülmediğinden, karar düzeltme isteminin reddi gerektiği oyu ile karara karşıyız.

YARGILAMA USULÜ

T.C.
D A N I Ş T A Y
Beşinci Daire
Esas No : 2008/5821
Karar No : 2009/705

Özeti : İdari yargının görevli olduğu konularda, Danıştayca 2575 sayılı Danıştay Kanunu'nun 24. maddesi kapsamında görülmemesi nedeniyle verilen "görev yönünden ret" kararlarına, idari mahkemeler tarafından uyulmasının zorunlu olduğu; mahkemelerin, Danıştayın bu kararını değiştirecek nitelikte karar veremeyeceği hakkında.

Davacı : ...
Davalı : Gelir İdaresi Başkanlığı
Davanın Özeti : Davacı, Gelir İdaresi Başkanlığı tarafından yapılan vergi dairesi müdür yardımcılığı sözlü sınavında başarısız sayılmasına ilişkin işlemin iptalini ve işlem nedeniyle uğradığı zararların yasal faiziyle birlikte ödenmesine hükmedilmesini istemektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Beşinci Dairesi'nce 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 3622 sayılı Kanun'la değişik 14. maddesi uyarınca Tetkik Hakimi Mahmut Ersert'in açıklamaları dinlenildikten ve dosyadaki belgeler incelendikten sonra işin gereği düşünüldü:

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 14 üncü maddesinde, dilekçeler üzerinde ilk inceleme esasları düzenlenmiş; 3 üncü fıkrasında, dilekçelerin Danıştay'da daire başkanının görevlendireceği bir tetkik hakimi, idare ve vergi mahkemelerinde ise mahkeme başkanı veya görevlendireceği bir üye tarafından,

a) Görev ve yetki,
b) İdari merci tecavüzü,
c) Ehliyet,
d) İdari davaya konu olacak kesin ve yürütülmesi gereken bir işlem olup olmadığı,
e) Süre aşımı,
f) Husumet,
g) 3 ve 5 inci maddelere uygun olup olmadıkları yönlerinden sırasıyla inceleneceği kurala bağlanmıştır.

Aynı Kanun'un "İlk inceleme üzerine verilecek karar" başlığı altında düzenlenen 15 inci maddesinde, 14 üncü maddenin 3 üncü fıkrasında yazılı hususlarda kanuna aykırılık görülmesi halinde verilecek kararlar belirtilmiş; 1 inci fıkrasının (a) bendinde "... idari yargının görevli olduğu konularda görevli ve yetkili olmayan mahkemeye açılan davanın

görev veya yetki yönünden reddedilerek dava dosyasının görevli veya yetkili mahkemeye gönderilmesine" karar verileceği düzenlendikten sonra, 4 üncü fıkrasında, ilk inceleme üzerine Danıştay veya mahkemelerce verilen; bu maddenin 1/a bendinde belirtilen idari yargının görevli olduğu konularda davanın görev ve yetki yönünden reddine ilişkin kararlarla, 1/c bendinde yazılı gerçek hasma tebliğ ve 1/d bendindeki dilekçe ret kararları dışında, kararın düzeltilmesi veya temyiz yoluna başvurulabileceği belirtilmek suretiyle, bu kararlara karşı temyiz veya itiraz başvurusunda bulunulması ve kararın düzeltilmesi yolu kapatılmıştır. Bu düzenlemenin nedeni; görevsizlik ve yetkisizlik hallerinde, davanın görevli ve yetkili mahkemede devam edecek olması ve davanın esası hakkında verilecek kararla birlikte, bu kararların da, temyiz veya itiraz başvurusuna konu edilerek, üst yargı yerince hukuka uygunluk denetimine bağlı kılınmasıdır.

Kısaca belirtmek gerekirse, Danıştay ve idari mahkemelerin 2577 sayılı Yasa'nın 15 inci maddesinin 1/a fıkrası uyarınca verdikleri "görev veya yetki yönünden ret" kararları; aynı maddenin 4 üncü fıkrasına göre kesin nitelikte kararlardır. Ancak bu kesinlik, görevli olduğuna karar verilen mahkemenin davada vereceği kararın temyiz edilmesi durumunda Danıştay'ın 2577 sayılı Yasanın 49 uncu maddesinin 1 inci fıkrasının (a) bendi uyarınca, görev konusunun yeniden incelemesine ve karar veren mahkemeyi görevli bulmaması halinde, temyize konu kararı bozmasına engel değildir.

Danıştay'ın 2577 sayılı Yasa'nın 15/1-a maddesi uyarınca verdiği "görev ret" kararları, idare mahkemelerince uyulması zorunlu kararlardandır. Bu zorunluluk, kararı veren Danıştay'ın temyiz mahkemesi konumunda bulunmasından kaynaklanmaktadır. Bu bağlamda, Danıştay'ca 2577 sayılı Yasa'nın 15/1-a maddesi uyarınca verilen "görev ret" kararı üzerine idari mahkemelerce görev konusunun yeniden belirlenmesi sonucunu doğuran bir karar verilmesi hukuken mümkün değildir. Zira, söz konusu "görev ret" kararı kesindir ve davanın esası hakkında verilecek kararla birlikte temyizen incelenerek hukuki denetime bağlı kılınması olanaklıdır.

Sonuç itibariyle, idari yargının görevli olduğu konularda Danıştay'ca 2575 sayılı Danıştay Kanunu'nun 24. maddesi kapsamında görülmeyerek "görev" yönünden reddedilen davalarla ilgili olarak özellikle vurgulanması gereken husus; bu kararlara idari mahkemeler tarafından uyulmasının zorunlu olduğu, mahkemelerin Danıştay'ın bu kararını kaldırıcı nitelikte karar veremeyeceğidir.

Danıştay Beşinci Dairesi'nin 11.3.2008 günlü, E:2007/7468, K:2008/1355 sayılı kararıyla davanın konusu, 26.11.2007 günlü dava dilekçesinin "sonuç ve istem" kısmında yer alan istem doğrultusunda "Gelir İdaresi Başkanlığı tarafından yapılan vergi dairesi müdür yardımcılığı sözlü sınavında başarısız sayılmasına ilişkin işlemin iptali ve bu işlem nedeniyle uğradığı zararların yasal faiziyle birlikte ödenmesi" istemi olarak nitelendirilmiş, davanın 2575 sayılı Danıştay Kanunu'nun 24 üncü maddesinin kapsamı dışında kaldığı vurgulanmak suretiyle, dava konusu uyuşmazlığın görüm ve çözümünde İdare Mahkemesi'nin görevli olduğu sonucuna ulaşılmış ve dava görev yönünden reddedilerek dava dosyası, 2577 sayılı Yasa'nın değişik 15 inci maddesinin 1/a fıkrası uyarınca, aynı Yasa'nın 32/1. maddesine göre davayı çözümlemeye yetkili ve görevli olan Ankara İdare Mahkemesi'ne gönderilmiştir. Dairemizin görev yönünden kesin bir nitelik taşıyan bu kararına karşın, Ankara 6. İdare Mahkemesi 15.5.2008 gününde verdiği E:2008/603, K:2008/874 sayılı kararla, dava dilekçesinin içeriğinden bahisle; "düzenleyici işlemin de dava konusu edilip edilmediği konusunda tereddüte düşüldüğünü" belirtmek suretiyle, 2577 sayılı Yasa'nın 3 üncü maddesine uygun olmayan dilekçenin reddine karar vermiş, yenilenen dilekçede, davacının bireysel işlem yanında Gelir İdaresi Başkanlığı Personeli Görevde Yükselme ve Unvan Değişikliği Yönetmeliğinin 7., 15., ve 21. maddelerinin sözlü sınava ilişkin ibarelerinin de iptalini istemesi üzerine, 11.7.2008 tarihinde verdiği E:2008/905, K:2008/1175 sayılı kararla davayı görev yönünden reddederek dosyayı Danıştay'a göndermiştir.

Dairemizin 11.3.2008 günlü, E:2007/7648, K:2008/1355 sayılı "görev ret" kararı; 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 15 inci maddesinin 4 üncü fıkrasına göre kesin bir karardır. Bu kararla uyuşmazlığın çözümünde görevli ve yetkili olduğu saptanan İdare Mahkemesi'nin dava dilekçesini, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 14. maddesinin 3. fıkrasının (a) bendi dışındaki yönlerden incelemesi gerekmekte olup, sözü edilen "görev ret kararı" ortada iken Ankara 6. İdare Mahkemesi'nce uyuşmazlığın nitelendirilmesi bakımından görev ret kararının değiştirilmesi sonucunu doğuracak şekilde dilekçe ret kararı verilmesinde ve bu karara bağlı olarak yenilenen dava dilekçesi üzerine 11.7.2008 günlü, E:2008/905, K:2008/1175 sayılı kararla "davanın karara bağlanması görevinin Mahkemelerine ait bulunmadığı" belirtilmek suretiyle dosyanın Danıştay'a gönderilmesinde hukuki isabet görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle, davanın görev yönünden reddine ve 2577 sayılı Yasa'nın değişik 15 inci maddesinin 1/a. fıkrasında yer alan"... idari yargının görevli olduğu konularda... görevli veya yetkili olmayan mahkemeye açılan davanın görev veya yetki yönünden reddedilerek dava dosyasının görevli veya yetkili mahkemeye..." gönderileceğine ilişkin hüküm uyarınca, 26.11.2007 günlü ilk dava dilekçesinde yer alan istem doğrultusunda, 2577 sayılı Yasa uyarınca gereğinin yapılması için dava dosyasının, aynı Yasa'nın 32/1. maddesine göre davayı çözümlemeye yetkili ve görevli olan Ankara İdare Mahkemesi'ne gönderilmesine, 17.2.2009 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

T.C.
D A N I Ş T A Y
Beşinci Daire
Esas No : 2008/5607
Karar No : 2009/1446

Özeti : 28.2.2009 tarihinde yürürlüğe giren 5838 sayılı Yasa ile 5345 sayılı Yasa'nın 24. maddesinde yapılan değişiklikten sonra, kendi tesis ettikleri özlük işlemlerinden kaynaklanan idari davalarda vergi dairesi başkanlıklarının da artık davalı konumunda yer alabileceği hakkında.

Kararın Düzeltilmesini İsteyen (Davalı) : İstanbul Vergi Dairesi Başkanlığı
Karşı Taraf : ...
İsteğin Özeti : İstanbul-Mevlanakapı Vergi Dairesi Müdürlüğünde şef olarak görev yapan davacının, 13 Nolu Daimi Takdir Komisyonuna aynı görevle atanmasına ilişkin 14.10.2005 günlü işlem ile kınama cezası verilmesine ilişkin 9.11.2005 günlü işlemin ve ek ücretinin kesilmesine ilişkin işlemin iptali istemiyle açtığı davada, atama işleminin iptali isteminin reddi, davacıya verilen disiplin cezasının idari davaya konu edilebilecek içerikte bulunmaması nedeniyle bu kısmın incelenmeksizin reddi ve ek ücret ödemelerinin kesilmesine ilişkin işlemin iptali yolunda İstanbul 5. İdare Mahkemesi'nce verilen 1.12.2006 günlü, E:2005/3207, K:2006/2959 sayılı kararın davacı tarafından atama işlemine yönelik olarak temyiz edilmesi üzerine bu kararın usul yönünden bozulmasına dair Danıştay Beşinci Dairesi'nin 18.4.2008 günlü, E:2007/4560, K:2008/2248 sayılı kararının, dilekçede yazılı nedenlerle 2575 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 54. maddesi uyarınca düzeltilmesi istenilmektedir.
Cevabın Özeti : Cevap verilmemiştir.
Danıştay Tetkik Hakimi : Vecdi Karanfil

Düşüncesi **:** Kararın düzeltilmesi isteminin kabulü gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı **:** Mürteza Güler

Düşüncesi **:** Karar düzeltilmesi dilekçesinde ileri sürülen hususlar, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 54. maddesinde yazılı nedenlerden hiçbirisine uymadığından istemin reddi gerekeceği düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Beşinci Dairesince işin gereği düşünüldü:

Dava; İstanbul-Mevlanakapı Vergi Dairesi Müdürlüğünde şef olarak görev yapan davacının, 13 Nolu Daimi Takdir Komisyonuna aynı görevle atanmasına ilişkin 14.10.2005 günlü işlemin, kınama cezası verilmesine ilişkin 9.11.2005 günlü işlemin ve ek ücretinin kesilmesine ilişkin işlemin iptali istemiyle açılmıştır.

İstanbul 5. İdare Mahkemesi'nce verilen 1.12.2006 günlü, E:2005/3207, K:2006/2959 sayılı kararla; kamu hizmetinin daha verimli ve etkin bir şekilde yürütülebilmesi bakımından davacının naklen atanması yolunda kurulan işlemde hukuka aykırılık bulunmadığı, davacıya verilen kınama cezasının idari davaya konu edilebilecek içerikte olmadığı, aldığı disiplin cezası nedeniyle ek ücretten yoksun bırakılmasının hukuka uygun olmadığı gerekçesiyle atama işlemi yönünden davanın reddine, disiplin cezası yönünden incelenmeksizin reddine ve ek ücretin kesilmesine ilişkin işlemin iptaline karar verilmiştir.

Mahkeme kararının, dava konusu istemlerden atama işlemine yönelik redde dair kısmının davacı tarafından temyiz edilmesi üzerine Danıştay Beşinci Dairesi'nin 18.4.2008 günlü, E:2007/4560, K:2008/2248 sayılı kararı ile İdare Mahkemesi kararı, İstanbul Vergi Dairesi Başkanlığı'nın davada hasım olamayacağı nedeniyle bozulmuştur.

Davalı idare, Vergi Dairesi Başkanlığının taraf olabileceğini ileri sürerek kararın düzeltilmesini ve İdare Mahkemesi kararının onanmasını istemektedir.

5345 sayılı Gelir İdaresi Başkanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanunun (28.2.2009 günlü, 27155 Mükerrer sayılı Resmi Gazetede yayımlanan 5838 sayılı Yasa'nın 32.maddesi ile değişik) 24 .maddesinin ikinci fıkrasında, "Vergi Dairesi Başkanlığı; yetki alanı içindeki mükellefi tespit etmek, vergi ve benzeri mali yükümlülüklere ilişkin tarh, tahakkuk, tahsil, terkin, tecil, iade, ödeme, muhasebe ve benzeri işlemleri yapmak, (Değişik ibare) bu işlemler ile personel atama, disiplin, terfi, sicil, harcırah ve benzeri özlük işlemlerinden dolayı idarî yargı mercileri nezdinde yaratılan ihtilaflarla ilgili olarak bu merciler nezdinde talep ve savunmalarda bulunmak, gerektiğinde temyiz ve tashihi karar talebinde bulunmak, yargı kararlarının uygulanması işlemlerini yürütmek, vergi uygulamalarını geliştirmek ve iyileştirmek, mükelleflere kanunların uygulanması ile ilgili görüş bildirmek, mükellefi hakları konusunda bilgilendirmek ve uygulamalarında mükellef haklarını gözetmek, mükellef hizmetleri ile bilgi işlem, istatistik, bilgi toplama, eğitim, satın alma, kiralama, vergi inceleme ve denetimi, uzlaşma, takdir ve benzeri görevleri ve işlemleri yürütmekle görevli ve yetkilidir." hükmü yer almıştır.

5345 sayılı Kanunun 24. maddesinde yapılan bu değişiklik ve değişikliğe ilişkin Yasa tasarısının gerekçesi birlikte ele alındığında, bu değişiklikle Vergi Dairesi Başkanlıklarının idari davalarda taraf olmasının amaçlandığı anlaşılmaktadır. Bu nedenle, her ne kadar işlem, mahkeme kararı ve temyizen Dairemizce verilen karar tarihleri itibariyle Vergi Dairesi Başkanlığının taraf olmaları hukuken olası değilse de, kararın bozulmuş bulunması nedeniyle dosyanın mahkemece yeniden ele alınması sırasında Yasa değişikliği nedeniyle Vergi Dairesi Başkanlığının taraf olmaının mümkün bulunduğu nazara alınarak, karar düzeltme isteminin kabulü ile Dairemizce verilen 8.4.2008 günlü, E:2007/4560, K:2008/2248 sayılı karar kaldırılarak uyuşmazlığın esasına geçildi:

İdare ve vergi mahkemeleri tarafından verilen kararların temyiz yolu ile incelenerek bozulabilmeleri, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 49. maddesinde belirtilen

nedenlerden birinin varlığına bağlıdır. İstanbul 5. İdare Mahkemesi'nce verilen 1.12.2006 günlü, E:2005/3207, K:2006/2959 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, 18.3.2009 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

ALTINCI DAİRE KARARLARI

ÇEVRE İŞLERİ

T.C.
D A N I Ş T A Y
AltıncıDaire
Esas No : 2008/8751
Karar No : 2009/617

Özeti : Doğalgazın ısınma amaçlı kullanımının teşvik edileceği yolundaki yönetmelik hükmüne de aykırı olarak doğalgazın ısınma amaçlı kullanılmasına zorunluluk getirilmesine ilişkin mahalli çevre kurulu kararında, hukuka uyarlık görülmediği hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan : Konya Kömürcüler Dayanışma ve Çevre Bilinci Geliştirme Derneği

Vekili **:** Av. ...
Karşı Taraf **:** Konya Valiliği
İstemin Özeti **:** Konya 2. İdare Mahkemesinin 27.06.2008 günlü, E:2008/31, K:2008/867 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 : 13.01.2005 günlü, 25699 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren Isınmadan Kaynaklanan Hava Kirliliğinin Kontrolü Yönetmeliğinin 17.03.2005 günlü, 25758 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak 1.4.2005 tarihinde yürürlüğe giren Yönetmeliğin 1. maddesiyle değişik 20. maddesinde, Hava Kirliliğinin yaşandığı yerleşim yerlerindeki konutlar, işyerleri ve sanayide güneş, jeotermal, ısı pompaları ve benzeri yeni ve yenilenebilir enerji kaynakları ile doğalgazın ısınma amaçlı kullanımı teşvik edilir. hükmüne yer verilmiştir.Anılan maddenin iptali istemiyle açılan dava da Danıştay Altıncı Dairesinin, 24.5.2007 günlü, E: 2005/2949, K:2007/3122 sayılı kararıyla reddedilmiştir.

Dava konusu Mahalli Çevre Kurulu'nun 6.11.2007 günlü, 2007/11 sayılı kararının 7.bendi ile; doğalgaz projesi tamamlanmış bölgelerde merkezi ısınan konutlarda ve sanayi tesislerinde 2008 yılı haziran ayı sonu itibariyle doğalgaz dönüşümünün yapılarak,kullanıma geçilmesinin zorunlu hale getirilmesi öngörülmüştür.

Mahalli Çevre Kurulu'nun söz konusu kararı ile doğalgaz kullanımına zorunluluk getirildiği açıktır.

Bu itibarla, Kanun veya Yönetmelik ile getirilmiş bir zorunluluk bulunmaksızın ve bu konuda mevcut olan düzenlemeye de aykırı olarak doğal gazın kullanılmasına zorunluluk getirilmesine ilişkin mahalli çevre kurulu kararında hukuka uyarlık bulunmadığından,aksi yöndeki İdare mahkemesi kararının bozulmasının uygun olacağı düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı Ekrem Atıcı'nın Düşüncesi : Konya İli Mahalli Çevre Kurulu'nun 6.11.2007 günlü, 2007/11 sayılı kararının; Konya İl merkezinde doğalgaz altyapısı çalışmalarının tamamlandığı bölgelerdeki merkezi ısınan konutlarda ve sanayi tesislerinde 2008 yılı Haziran ayı sonu itibariyle doğalgaz dönüşümünün yapılarak kullanıma geçilmesinin zorunlu hale getirilmesine ilişkin 7. maddesinin iptali istemiyle açılan davayı

reddeden İdare Mahkemesi kararının temyizen incelenerek bozulması davacı tarafından istenmiştir.

13.01.2005 günlü, 25699 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren Isınmadan Kaynaklanan Hava Kirliliğinin Kontrolü Yönetmeliğinin 17.03.2005 günlü, 25758 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak 1.4.2005 tarihinde yürürlüğe giren Yönetmeliğin 1. maddesiyle değişik 20. maddesinde, Hava Kirliliğinin yaşandığı yerleşim yerlerindeki konutlar, işyerleri ve sanayide güneş, jeotermal, ısı pompaları ve benzeri yeni ve yenilenebilir enerji kaynakları ile doğalgazın ısınma amaçlı kullanımı teşvik edilir. hükmüne yer verilmiştir.

Dava konusu Mahalli Çevre Kurulu'nun 6.11.2007 günlü, 11 sayılı kararının 7. maddesi ile, 2008 yılı Haziran ayı sonu itibariyle doğalgaz altyapı çalışmalarının tamamlandığı bölgelerdeki merkezi ısınan konutlarda ve sanayi tesislerinde doğalgaz dönüşümünün yapılarak kullanıma geçilmesinin zorunlu hale getirilmesi öngörülmüş olup doğalgazın ısınma amaçlı kullanımının teşvik edileceği yolundaki Yönetmelik hükmüne rağmen Mahalli Çevre Kurulu'nun söz konusu kararı ile doğalgaz kullanımına geçilmesinin zorunlu hale getirilmesinde hukuka uyarlık görülmemiştir.

Açıklanan nedenle temyiz isteminin kabulü ile kararın bozulmasının uygun olacağı düşünülmüştür.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Karar veren Danıştay Altıncı Dairesince Tetkik Hakiminin açıklamaları dinlendikten ve dosyadaki belgeler incelendikten sonra işin gereği görüşüldü:

Duruşma yapılmasına gerek görülmedi.

Dava, Konya Valiliği Mahalli Çevre Kurulu'nun 6.11.2007 günlü, 2007/11 sayılı kararının; Konya İl merkezinde doğalgaz altyapısı çalışmalarının tamamlandığı bölgelerdeki merkezi ısınan konutlarda ve sanayi tesislerinde 2008 yılı Haziran ayı sonu itibariyle doğalgaz dönüşümünün yapılarak kullanıma geçilmesinin zorunlu hale getirilmesine ilişkin 7. maddesinin iptali istemiyle açılmış; İdare Mahkemesince; dava konusu işlem ile hava kirliliğilini önlemek, çevre ve insan sağlığını korumak, çevreyi geliştirmek amacıyla Konya İl merkezinde doğalgaz altyapısı çalışmalarının tamamlandığı bölgelerdeki merkezi ısınan konutlarda ve sanayi tesislerinde 2008 yılı Haziran ayı sonu itibariyle doğalgaz dönüşümünün yapılarak kullanıma geçilmesinin zorunlu hale getirildiği anlaşıldığından, çevreyi geliştirmek, çevre sağlığını korumak ve çevre kirlenmesini önlemek yetki ve görevi ile donatılmış kurul tarafından alınan dava konusu işlemde kamu yararı ve hukuka aykırılık bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiş, bu karar davacı tarafından temyiz edilmiştir.

13.01.2005 günlü, 25699 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren Isınmadan Kaynaklanan Hava Kirliliğinin Kontrolü Yönetmeliğinin 17.03.2005 günlü, 25758 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak 1.4.2005 tarihinde yürürlüğe giren Yönetmeliğin 1. maddesiyle değişik 20. maddesinde, Hava Kirliliğinin yaşandığı yerleşim yerlerindeki konutlar, işyerleri ve sanayide güneş, jeotermal, ısı pompaları ve benzeri yeni ve yenilenebilir enerji kaynakları ile doğalgazın ısınma amaçlı kullanımı teşvik edilir. hükmüne yer verilmiştir.

Anılan maddenin iptali istemiyle açılan davada ise Danıştay Altıncı Dairesinin, 24.5.2007 günlü, E: 2005/2949, K:2007/3122 sayılı kararıyla; Kirleticilerle ilgili politika belirleme ve her türlü tedbiri almakla görevli davalı idarece, Isınmadan Kaynaklanan Hava Kirliliğinin Kontrolü Yönetmeliğinin 20.maddesinde; Doğalgazın ulaştığı ve hattının geçtiği yerlerdeki işyerlerinin, konutların ve sanayide doğalgazın ısınma amaçlı kullanımı zorunlu hale getirilmişken, dava konusu Isınmadan Kaynaklanan Hava Kirliliğinin Kontrolü Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmeliğinin 1.maddesiyle; anılan maddedeki düzenleme, hava kirliliğinin yaşandığı yerleşim yerlerindeki, konutlar, işyerleri ve sanayide güneş, jeotermal, ısı pompaları vb. yeni ve yenilenebilir enerji kaynakları ile doğalgazın ısınma amaçlı kullanımının teşvik edileceği şeklinde değiştirildiği,17.3.2005 günlü, 25758

sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Yönetmelik değişikliğiyle kömüre göre kullanım sonrası havayı daha az kirleten ve yeni ve yenilenebilir enerji kaynağı olarak kabul edilen güneş, jeotermal, Isı pompaları vb. ile doğalgazın ısınma amaçlı kullanımının teşvik edilmesinde, kömür ve diğer yenilenebilir enerji kaynaklarının meydana getirdiği kirlilik karşılaştırıldığında çevre koruma amacına aykırılık görülmediği gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir.

Dava konusu Mahalli Çevre Kurulu'nun 6.11.2007 günlü, 11 sayılı kararının 7. maddesi 2008 yılı Haziran ayı sonu itibariyle doğalgaz altyapı çalışmalarının tamamlandığı bölgelerdeki merkezi ısınma konutlarında ve sanayi tesislerinde doğalgaz dönüşümünün yapılarak kullanıma geçilmesinin zorunlu hale getirilmesi öngörülmüştür.

Doğalgazın ısınma amaçlı kullanımının teşvik edileceği yolundaki Yönetmelik hükmüne rağmen Mahalli Çevre Kurulu'nun söz konusu kararı ile doğalgaz kullanımına geçilmesinin zorunlu hale getirilmesinin hukuken kabul edilebilir bir yönü bulunmamaktadır.

Her ne kadar davalı idarece, sadece doğalgaz projesi tamamlanmış bölgelerde bu uygulamaya gidildiği ve zorunluluk getirilmesine ilişkin mahalli çevre kurulu kararının çevrenin korunması, iyileştirilmesi, geliştirilmesi, çevre kirlenmesinin önlenmesi, çevre ve insan sağlığının korunmasına yönelik olduğu ileri sürülmüş ise de, anılan düzenleme hava kalitesinin korunması amacıyla çıkarılmış bulunan ve üst norm niteliğinde olan Yönetmeliğe aykırı olduğu noktasında duraksama bulunmamaktadır.

Bu itibarla, yürürlükteki yasalar ile doğalgazın ısınma amaçlı kullanımına getirilmiş bir zorunluluk bulunmaksızın ve bu konuda mevcut olan düzenlemeye de aykırı olarak doğal gazın ısınma amaçlı kullanılmasına zorunluluk getirilmesine ilişkin mahalli çevre kurulu kararında hukuka uyarlık görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle, Konya 2. İdare Mahkemesinin 27.06.2008 günlü, E:2008/31, K:2008/867 sayılı kararının bozulmasina, dosyanın adı geçen mahkemeye gönderilmesine 23.01.2009 gününde oybirliğiyle karar verildi.

ESKİ ESERLER
(KORUNMASI GEREKLİ KÜLTÜR VE TABİAT VARLIKLARI)

T.C.
D A N I Ş T A Y
Altıncı Daire
Esas No : 2006/7285
Karar No : 2008/7181

Özeti : Koruma kurulu kararlarına karşı iptal davası açılmış olması halinde, idare mahkemesince görüşülmesi sonuçlanmadan, koruma kurulunca aynı konu hakkında yeni bir karar alınmasının, yargı organını etkileme anlamını taşıyabileceği gerekçesiyle, konunun idare mahkemesince karar alınıncaya kadar ertelenmesi gerektiği yolundaki Koruma Yüksek Kurulu kararı gereği, yeni alınan karar nedeniyle davanın konusuz kaldığından bahsedilemeyeceği, dava konusu parselin I. derece doğal sit alanı niteliği taşıyıp taşımadığının saptanması gerektiği hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan : …
Vekili **:** Av. …
Karşı Taraf **:** Kültür ve Turizm Bakanlığı
Vekili **:** Av. …
İstemin Özeti **:**Muğla İdare Mahkemesinin 14.3.2006 günlü, E:2004/902, K:2006/721 sayılı kararının usul ve yasaya aykırı olduğu ileri sürülerek bozulması istenilmektedir.

Savunmanın Özeti : Temyiz edilen kararda bozma nedenlerinden hiçbiri bulunmadığından, usul ve kanuna uygun olan kararın onanması gerektiği savunulmaktadır.

Danıştay Tetkik Hakimi Samed Demirbaş'ın Düşüncesi : Temyiz isteminin reddi ile mahkeme kararının onanması gerektiği düşünülmektedir.

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

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

TÜRK MİLLETİ ADINA

Karar veren Danıştay Altıncı Dairesince Tetkik Hakiminin açıklamaları dinlendikten ve dosyadaki belgeler incelendikten sonra işin gereği görüşüldü:

Dava, davacıya ait Bodrum İlçesi, Yalı Beldesi, Çiftlik Köyü, Kargıcak Mevkiinde bulunan … pafta, … parsel sayılı taşınmazın 1.derece doğal sit alanı olarak belirlenmesine ilişkin 29.1.2001 günlü, 199 sayılı koruma kurulu kararının iptali istemiyle açılmış, İdare Mahkemesince, Danıştay Altıncı Dairesince verilen 04.11.2003 günlü, E:2002/3182, K:2003/5415 sayılı kararına uyularak, yerinde yaptırılan keşif ve bilirkişi incelemesi sonucunda düzenlenen bilirkişi raporu ile dosyanın birlikte değerlendirilmesinden, anılan parsellerin karakteristik Akdeniz bitki örtüsünün tipik özelliklerini ve hareketli hafif eğimli ve eğimli topoğrafyası ile de Ege kıyılarının genel niteliklerini yansıttığı, bu anlamda doğal sit alanı kapsamına alınmasının uygun olduğu gerekçesiyle anılan kısma yönelik olarak davanın reddine, 1.derece doğal sit alanı olarak belirlenmesine ilişkin kısmına gelince ise, 15.8.2001 günlü, 561, 562, 563 sayılı koruma kurulu kararları ile sit derecelerinde değişiklik yapıldığı, dava konusu taşınmazın 1.derece doğal sit alanından çıkartılarak 3.derece doğal sit kapsamına alındığı anlaşıldığından konusu kalmayan dava hakkında karar verilmesine yer olmadığına karar verilmiş, bu karar davacı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

2863 sayılı Yasanın 3.maddesinin (a) bendinde, doğal sit; tespiti yapılmış tabiat özellikleri ile korunması gerekli alanlar olarak belirtilmiştir.

2863 sayılı Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu'nun 7/3. maddesinde "korunması gerekli taşınmaz kültür ve tabiat varlıklarıyla ilgili yapılan tespitler koruma kurulu kararıyla tescil olunur." hükmüne yer verilmiştir.

Dava konusu işlemin tesis edildiği tarihte yürürlükte bulunan Koruma kurulunun 05.11.1999 günlü, 659 sayılı ilke kararında ise doğal (tabii) sit; jeolojik devirlerle, tarih öncesi ve tarihi devirlere ait olup, ender bulunmaları veya özellikleri ve güzellikleri bakımından korunması gerekli yer üstünde, yer altında veya su altında bulunan korunması gerekli alanlar,. 1.derece doğal (tabii) sit; bilimsel muhafaza açısından evrensel değeri olan, ilginç özellik ve güzelliklere sahip olması ve ender bulunması nedeniyle kamu yararı açısından mutlaka korunması gerekli olan, korumaya yönelik bilimsel çalışmalar dışında aynen korunacak alanlar, 2.derece doğal (tabii) sit; doğal yapının korunması ve geliştirilmesi yanında kamu yararı göz önüne alınarak kullanıma açılabilecek alanlar, 3.derece doğal (tabii)

sit; doğal yapının korunması ve geliştirilmesi yolunda, yörenin potansiyeli ve kullanım özelliği de göz önünde tutularak konut kullanımına da açılabilecek alanlar şeklinde tanımlanmıştır.

Koruma Yüksek Kurulunun 04.3.1988 günlü, 21 sayılı ilke kararında ise İdare Mahkemelerinde iptal davası açılan kurul kararlarının, İdare Mahkemelerinde görüşülmesi sonuçlanmadan, koruma kurullarınca ele alınmasının yargı organının henüz kararını ortaya koymaması nedeni ile uygun bulunmadığına, kurulların kararlarında ısrar etmesi halinde bu tutumun bir yerde yargı organını etkileme anlamını da taşıyabileceğine, bu nedenle idare mahkemelerine intikal eden konular için ayrıca ilgilisince yapılacak yeniden görüşme isteklerinin gündeme alınmasının İdare Mahkemesinin kararı alınıncaya kadar ertelenmesine, bu aşamada sadece İdare Mahkemesince istenmesi halinde tekrir-i müzakere yapılabileceğine karar verilmiştir.

Uyuşmazlıkta, davacıya ait parselleri kapsayan alanın 29.01.2001 günlü, 199 sayılı koruma kurulu kararıyla 1.derece doğal sit alanı olarak tescil edildiği, 03.8.2001 gününde anılan işlemin iptali istemiyle bakılmakta olan davanın açıldığı, dava sırasında 15.8.2001 günlü koruma kurulu kararıyla dava konusu parsellerin 3. derece Doğal Sit Alanı olarak belirlendiği anlaşılmaktadır.

Yukarıda anılan Koruma Yüksek Kurulu ilke kararı ile koruma kurulu kararlarına karşı iptal davası açılmış olması halinde İdare Mahkemesince görüşülmesi sonuçlanmadan koruma kurulunca konunun tekrar ele alınmasının yukarıda anılan ilke kararına uygun olmadığından koruma kurulunun kararı esas alınarak sit derecesi hakkında karar verilmesine yer olmadığına ilişkin kararında, davayı konusuz bırakan koruma kurulu kararının açıkça ilke kararına aykırı olması nedeniyle hukuka uyarlık görülmediğinden dava konusu parselin öncelikle 1.derece doğal sit alanı niteliği taşıyıp taşımadığının saptanması, 1. derece doğal sit alanı dışına çıkartılması halinde bu durumun doğal sit alanının bütünlüğünü ne şekilde etkileyeceğinin belirlenmesi suretiyle dava konusu işlem hakkında karar verilmesi gerekirken aksine verilen kararda isabet görülmemiştir.

Diğer taraftan, dava konusu koruma kurulu kararının anılan taşınmazın 1. derece doğal sit alanı olarak belirlenmesine yönelik olması karşısında mahkemece sit kararı ile derecelendirmenin ayrı ayrı irdelenmesi suretiyle hüküm kurulmasında da isabet görülmemiştir.

Bu durumda, anılan hususlar göz önünde bulundurulmak suretiyle uyuşmazlık hakkında yeniden karar verilmesi gerekmektedir.

Açıklanan nedenlerle, Muğla İdare Mahkemesinin 14.3.2006 günlü, E:2004/902, K:2006/721 sayılı kararının bozulmasina, dosyanın adı geçen mahkemeye gönderilmesine 28.10.2008 gününde oybirliğiyle karar verildi.

İMAR İŞLERİ

T.C.
D A N I Ş T A Y
Altıncı Daire
Esas No : 2006/6449
Karar No : 2008/6992

Özeti : Kıyı ve sahil şeritlerinden yararlanmada öncelikle kamu yararının gözetileceği, sahil şeritlerinde yapılacak yapıların kıyı kenar çizgisine en az 50 m yaklaşabileceği ve sahil şeritlerinde yapılabilecek yapılar ve ıslah imar planının ve bu plan uyarınca

yapılacak parselasyon işleminin amacı dikkate alındığında, sahil şeritlerinde 2981 sayılı Yasa'nın uygulanmasının mümkün olmadığı hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan : Maliye Hazinesini Temsilen Yakakent Malmüdürlüğü

Karşı Taraf : Yakakent Belediye Başkanlığı

İstemin Özeti : Samsun İdare Mahkemesinin 8.3.2006 günlü, E:2005/1524, K:2006/377 sayılı kararının usul ve yasaya aykırı olduğu ileri sürülerek bozulması istenilmektedir.

Savunmanın Özeti : Savunma verilmemiştir.

Danıştay Tetkik Hakimi Sedef Türkdoğan'ın Düşüncesi : Temyiz isteminin kabulü ile mahkeme kararının bozulması gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı Ekrem Atıcı'nın Düşüncesi : Samsun, Yakakent, … Köyü, … mevkii, … kıyı kenar çizgisi paftası, … sayılı kadastro paftasında yer alan …, …, …, …, …, …, …, … parsel sayılı taşınmazları kapsayacak şekilde 2981 sayılı Yasanın 10/c maddesine göre yapılan parselasyon işleminin iptali istemiyle açılan davada bozma kararına uyularak davanın reddi yolunda verilen idare mahkemesi kararının temyizen incelenerek bozulması davacı tarafından istenmiştir.

Anayasanın "Kıyılardan yararlanma" başlıklı 43. maddesinde "Kıyılar, Devletin hüküm ve tasarrufu altındadır.Deniz, göl ve akarsu kıyılarıyla, deniz ve göllerin kıyılarını çevreleyen sahil şeritlerinden yararlanmada öncelikle kamu yararı gözetilir.Kıyılarla sahil şeritlerinin, kullanılış amaçlarına göre derinliği ve kişilerin bu yerlerden yararlanma imkân ve şartları kanunla düzenlenir." denilmiş, 3621 sayılı Kıyı Kanunu ile kıyıların hukuki durumu düzenlenmiş, 2981 sayılı Yasanın 14 üncü maddesinin (i) bendinde ise, kıyı tanımına giren yerlerde gerçek kişilere veya hukuk tüzel kişilerine ait yapıların bu Kanun hükümlerinden yararlanamayacakları hükmüne yer verilmiştir.

Bozma kararında da belirtildiği gibi Islah imar planlarının amacı 2981 sayılı Kanun kapsamında kalan alanlardaki sağlıksız ve düzensiz yapılaşmayı mevcut durum dikkate alınarak ıslah etmek olduğundan, Anayasa ile özel olarak öncelikle kamu yararı amacı ile kullanılacağı öngörülen kıyı ve sahil şeritlerinin ıslah imar planına ve bu plana dayalı düzenlemeye konu edilmelerinin mümkün olmadığı sonucuna varılmıştır.

Bu itibarla uyuşmazlığın çözümü için düzenlemeye alınan taşınmazların sahil şertidinde kalıp kalmadığı belirlendikten sonra yeniden bir karar verilmesi gereklidir.

Öte yandan mahkemece bozma kararına uyulmasına karşın bozma kararında belirtilen ve ıslah imar planı ve 2981 sayılı Kanunun 10/c maddesinin uygulanma koşullarına ilişkin araştırmanın, alandaki yapılarla ilgili belirtilen Kanun kapsamında yapılan başvuru, tespit, değerlendirme, ruhsat verme gibi somut bilgi ve belgeler getirtilmek suretiyle yapılması gerekirken bilirkişilerden ek rapor alınıp bu rapordaki soyut görüşlere itibar edilerek karar verilmesi yönünden de kararda isabet görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle temyiz isteminin kabulü ile kararın bozulmasının uygun olacağı düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Karar veren Danıştay Altıncı Dairesince Tetkik Hakiminin açıklamaları dinlendikten ve dosyadaki belgeler incelendikten sonra Üye …'un Yakakent Malmüdürlğü'nün Yakakent İlçesi'nin "ilçe idare şube başkanlığı" olması nedeniyle davacı olarak dava açma ehliyetinin olmadığı bu nedenle kararın usul yönünden bozulması gerektiği yolundaki karşı oyuyla işin esasına geçilerek gereği görüşüldü:

Dava, Samsun, Yakakent, … Köyü, … mevkii, … kıyı kenar çizgisi paftası, … sayılı kadastro paftasında yer alan … ila … parsel sayılı taşınmazları kapsayacak şekilde 2981 sayılı

Yasanın 10/c maddesi uyarınca yapılan parselasyon işleminin iptali istemiyle açılmış, İdare Mahkemesince; Danıştay Altıncı Dairesinin 11.4.2005 günlü, E:2003/5527, K:2005/2068 sayılı bozma kararına uyularak, mahallinde yaptırılan keşif ve bilirkişi incelemesi sonucunda düzenlenen bilirkişi raporu ile ek bilirkişi raporunun dosyadaki bilgi ve belgelerle birlikte değerlendirilmesinden, düzenleme bölgesinde kıyı tanımına giren alana isabet eden kadastral parsel bulunmadığı ve parselasyon işlemi için gerekli koşulların bulunduğu anlaşıldığı, dava konusu işlemde hukuka aykırılık bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiş, karar davacı tarafından temyiz edilmiştir.

2981 sayılı İmar ve Gecekondu Mevzuatına Aykırı Yapılara Uygulanacak Bazı İşlemler ve 6785 Sayılı İmar Kanununun Bir Maddesinin Değiştirilmesi Hakkında Kanun'un 13 üncü maddesinin (c) bendinde: "Islah imar planları belediye veya valiliklerce mümkün olduğu kadar fiili durum dikkate alınarak ve yapılanma şartları da belirlenerek yapılır veya belediye veya valiliklerce Yeminli Özel Teknik Bürolara yaptırılır. Engeç (1) ay içinde belediye meclislerince kabul edilenler belediye meclislerince, büyük şehir yönetiminde ilçe belediye meclislerince kabul edilenler ilçe belediye meclislerince il idare kurullarınca kabul edilenler valilikçe tasdik edilerek yürürlüğe girer. Bu plan tescili de (1) ay içinde ivedilikle ve öncelikle yapılır.

İmar planı olan yerlerde mevcut imar planları gerektiği takdirde ıslah imar planları şeklinde yeniden düzenlenir." hükmü yer almış; 3290 sayılı Kanun ile Bazı Maddeleri Değiştirilen ve Bazı Maddeler Eklenen 2981 sayılı Kanunun Uygulanmasına Dair Yönetmeliğin Tanımlar ve Kısaltmalar başlığını taşıyan 4 üncü maddesinin 24 üncü bendinde, ıslah imar planının, düzensiz ve sağlıksız biçimde oluşmuş yapı topluluklarının veya yerleşme alanlarının, sınırları belli edilmek suretiyle, mevcut durum da dikkate alınarak dengeli, düzenli ve sağlıklı hale getirilmesi amacıyla, halihazır haritalar üzerine yapılan ve yapılanma şartlarını da belirleyen imar planı olduğu belirtilmiş; yine aynı yönetmeliğin 20 inci maddesinde, Islah imar planının,

a) Bir yerleşme alanı ya da yapı topluluğu niteliği kazanmış gecekondu alanlarında,

b) Üzerinde bir yerleşme alanı ya da yapı topluluğu niteliği kazanmış imar mevzuatına aykırı yapılar bulunan hisseli arsa veya arazilerde,

c) Üzerinde imar planı ve mevzuat hükümlerine aykırı yapılanmalar bulunan ve bu nedenle, uygulama kabiliyeti kalmamış olan imar planı olan alanlarda,

d) Islah imar planı olabilecek nitelikleri taşımadığı belediye ya da valilikçe belirlenen, özel parselasyon planı bulunan alanlarda yapılacağı öngörülerek, ıslah imar planı yapılacak yerler belirlenmiş; anılan Yönetmeliğin 24 üncü maddesinde de, 2981 sayılı Yasanın 13 üncü maddesine paralel hüküm getirilerek ıslah imar planlarının yürürlük biçimi düzenlenmiş bulunmaktadır.

2981 sayılı Yasanın 14 üncü maddesinin (i) bendinde ise, kıyı tanımına giren yerlerde gerçek kişilere veya hukuk tüzel kişilerine ait yapıların bu Kanun hükümlerinden yararlanamayacakları hükmüne yer verilmiştir.

Islah imar planlarının amacı, sağlıksız ve düzensiz yapılaşmayı mevcut durum dikkate alınarak ıslah etmek olduğundan, başka bir amaçla ıslah imar planı yapılması mümkün değildir.

Yukarıda yer alan Yasa ve Yönetmelik hükümlerinin birlikte değerlendirilmesinden, 2981 sayılı Yasa kapsamında olan yerlerde bu Yasanın uygulanabileceği ve ıslah imar planı ve bu plan uyarınca parselasyon işlemlerinin yapılabileceği, anılan Yasa kapsamında ve Yasanın uygulanması mümkün olmayan yerlerde ise 2981 sayılı Yasa uyarınca uygulama ve parselasyon işlemlerinin yapılmasının mümkün olmadığı sonucuna varılmaktadır.

Anayasanın "Kıyılardan yararlanma" başlıklı 43. maddesinde "Kıyılar Devletin hüküm ve tasarrufu altındadır. Deniz, göl ve akarsu kıyılarıyla, deniz ve göllerin kıyılarını çevreleyen sahil şeritlerinden yararlanmada öncelikle kamu yararı gözetilir. Kıyılarla sahil şeritlerinin,

kullanılış amaçlarına göre derinliği ve kişilerin bu yerlerden yararlanma imkanı ve şartları kanunla düzenlenir." hükmüne yer verilmiştir.

2981 sayılı Yasanın 14. maddesinin (i) bendinde, kıyı tanımına giren yerlerde gerçek kişilere ve hukuk tüzel kişilerine ait yapıların bu Kanun hükümlerinden yararlanamayacakları düzenlenmiştir.

3621 sayılı Kıyı Kanununun tanımlar başlıklı 4. maddesinde "Kıyı çizgisi:Deniz, tabii ve suni göl ve akarsularda, taşkın durumları dışında, suyun karaya değdiği noktaların birleşmesinden oluşan çizgiyi,

Kıyı Kenar çizgisi: Deniz, tabii ve suni göl ve akarsularda, kıyı çizgisinden sonraki kara yönünde su hareketlerinin oluşturulduğu kumluk, çakıllık, kayalık, taşlık, sazlık, bataklık ve benzeri alanların doğal sınırını,

Kıyı: Kıyı çizgisi ile kıyı kenar çizgisi arasındaki alanı,

Sahil şeridi: Kıyı kenar çizgisinden itibaren kara yönünde yatay olarak enaz 100 metre genişliğindeki alanı,

Dar Kıyı: Kıyı kenar çizgisinin, kıyı çizgisi ile çakışmasını,

Toplumun yararlanmasına açık yapı: Mevzuata göre tespit ya da tasdik edilmiş kural ve ücret tarifelerine uygun biçimde, getirdiği kullanımdan belirli kişi ya da topluluklara ayrıcalıklı kullanım hakkı tanımaksızın yararlanmak isteyen herkese eşit ve serbest olarak açık bulundurulan ve konut dokunulmazlığı olmayan yapıları, ifade eder,"

Genel Esaslar Başlıklı 5. maddesinde "Kıyılar, Devletin hüküm ve tasarrufu altındadır. Kıyılar, herkesin eşit ve serbest olarak yararlanmasına açıktır, kıyı ve sahil şeritlerinden yararlanmada öncelikle kamu yararı gözetilir. Kıyıda ve sahil şeridinde planlama ve uygulama yapılabilmesi için kıyı kenar çizgisinin tespiti zorunludur. Kıyı kenar çizgisinin tespit edilmediği bölgelerde talep vukuunda, talep tarihini takip eden üç ay içinde kıyı kenar çizgisinin tespiti zorunludur. Sahil şeritlerinde yapılacak yapılar kıyı kenar çizgisine en fazla 50 metre yaklaşabilir. Yaklaşma mesafesi ve kıyı kenar çizgisi arasında kalan alanlar, ancak yaya yolu, gezinti, dinlenme, seyir ve rekreaktif amaçla kullanılmak üzere düzenlenebilir. Sahil şeritlerinin derinliği, 4 üncü maddede belirtilen mesafeden az olmamak üzere, sahil şeridindeki ve sahil şeridi gerisindeki kullanımlar ve doğal eşikler de dikkate alınarak belirlenir. Taşıt yolları, sahil şeridinin kara yönünde yapı yaklaşma sınırı gerisinde kalan alanda düzenlenebilir. Sahil şeridinde yapılacak yapıların kullanım amacına bağlı olarak yapım koşulları yönetmelikte belirlenir."

Kıyının Korunması Yapı Yasağı ve Kıyıda Yapılacak Yapılar başlıklı 6. maddesinde "Kıyı, herkesin eşitlik ve serbestlikle yararlanmasına açık olup, buralarda hiçbir yapı yapılamaz; duvar, çit, parmaklık, telörgü, hendek, kazık ve benzeri engeller oluşturulamaz.
Kıyılarda, kıyıyı değiştirecek boyutta kazı yapılamaz; kum, çakıl vesaire alınamaz veya çekilemez.Kıyılara moloz, toprak, curuf, çöp gibi kirletici etkisi olan atık ve artıklar dökülemez.

Kıyıda, uygulama imar planı kararı ile;

a) İskele, liman, barınak, yanaşma yeri, rıhtım, dalgakıran, köprü, menfez, istinat duvarı, fener, çekek yeri, kayıkhane, tuzla, dalyan, tasfiye ve pompaj istasyonları gibi, kıyının kamu yararına kullanımı ve kıyıyı korumak amacına yönelik alt yapı ve tesisler,

b) Faaliyetlerinin özellikleri gereği kıyıdan başka yerde yapılmaları mümkün olmayan tersane, gemi söküm yeri ve su ürünlerini üretim ve yetiştirme tesisleri gibi, özelliği olan yapı ve tesisler,

c) Organize turlar ile seyahat eden kişilerin taşındığı yolcu gemilerinin (kruvaziyer gemilerin) bağlandığı, günün teknolojisine uygun yolcu gemisine hizmet vermek amacıyla liman hizmetlerinin (elektrik, jeneratör, su, telefon, internet ve benzeri teknik bağlantı noktaları ve hatlarının) sağlandığı, yolcularla ilgili gümrüklü alan hizmetlerinin görüldüğü, ülke tanıtımı ve imajını üst seviyeye çıkaracak turizm amaçlı (yeme-içme tesisleri, alışveriş merkezleri, haberleşme ve ulaştırmaya yönelik üniteler, danışma, enformasyon ve banka

hizmetleri, konaklama üniteleri, ofis binalar) fonksiyonlara sahip olup, kruvaziyer gemilerin yanaşmasına ve yolcuları indirmeye müsait deniz yapıları ve yan tesislerinin yer aldığı kruvaziyer ve yat limanları,

d) Uluslararası spor otoritelerinin, Türkiye'de spor faaliyetlerinin düzenleneceğine dair kararı gereğince Gençlik ve Spor Genel Müdürlüğünün bağlı olduğu spordan sorumlu Bakanlığın izni doğrultusunda, 10/12/2003 tarihli ve 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanununun (I) sayılı Cetvelinde düzenlenen genel bütçe kapsamındaki kamu idareleri, aynı Kanunun (II) sayılı Cetvelinde düzenlenen özel bütçeli idareler, belediyeler ile il özel idareleri tarafından her türlü spor aktiviteleri ve organizasyonların yapılmasına/yaptırılmasına yönelik spor tesisleri ve zorunluluk arz eden durumlarda bunların tamamlayıcı konaklama tesisleri,

Yapılabilir.

Özelleştirme kapsam ve programına alınan ve sahil şeridi belirlenen veya belirlenecek olan alanlar ile kıyı ve dolgu alanlarında yapılacak yat ve kruvaziyer limanlarının ihtiyacı olan yönetim birimleri, destek birimleri, bakım ve onarım birimleri, teknik ve sosyal altyapı ve konaklama birimleri ile ilgili kullanım kararları ve yapılanma şartları imar plânı ile belirlenir.

Bu yapı ve tesisler yapım amaçları dışında kullanılamazlar."

7. maddesinde "Kamu yararının gerektirdiği hallerde, uygulama imar planı kararı ile deniz, göl ve akarsularda ekolojik özellikler dikkate alınarak doldurma ve kurutma suretiyle arazi elde edilebilir.

Bu gibi yerlerde doldurma veya kurutmayı yapacak ilgili idarenin valiliğe iletilen teklifi, valilik görüşü ile birlikte Bayındırlık ve İskan Bakanlığına gönderilir. Bakanlık, konusuna göre ilgili kuruluşların görüşünü de almak suretiyle teklifi inceler. Uygun bulunması halinde ilgili idare tarafından uygulama imar planı hazırlanır. Bu yerler için yapılacak planlar hakkında İmar Kanun hükümleri uygulanır. Ancak, bu planlar Bayındırlık ve İskan Bakanlığı tarafından, 2634 sayılı Turizmi Teşvik Kanunu kapsamında kalan alanlardaki planlar ise, anılan Kanunun 7 nci maddesine göre tasdik edilir. Doldurma ve kurutma işlemleri yürürlükteki mevzuat hükümlerine göre yapılır. Bu araziler Devletin hüküm ve tasarrufu altındadır, özel mülkiyet konusu olamaz.

Bu alanlar üzerinde 6 ncı maddede belirtilen yapılar ile yol, açık otopark, park, yeşil alan ve çocuk bahçeleri gibi teknik ve sosyal altyapı alanları düzenlenebilir.", 8. maddesinde "Uygulama imar planı bulunmayan alanlardaki sahil şeritlerinde, 4 üncü maddede belirtilen mesafeler içinde hiç bir yapı ve tesis yapılamaz.

Uygulama imar planı bulunan yerlerde duvar, çit, parmaklık, telörgü, hendek, kazık ve benzeri engeller oluşturulamaz. Moloz, toprak, curuf, çöp gibi kirletici ve çevreyi bozucu etkisi olan atık ve artıklar dökülemez, kazı yapılamaz.

Ancak bu alanlarda; uygulama imar planı kararıyla altı ve yedinci maddede belirtilen yapı ve tesislerle birlikte toplum yararına açık olmak şartıyla konaklama hariç günü birlik turizm yapı ve tesisleri yapılabilir." düzenlemelerine yer verilmiştir.

Yukarıda anılan Yasa maddelerinin değerlendirilmesinde kıyı ve sahil şeritlerinden yararlanmada öncelikle kamu yararının gözetileceği, sahil şeritlerinde yapılacak yapıların kıyı kenar çizgisine en fazla 50m yaklaşabileceği ve sahil şeritlerinde yapılabilecek yapılar ve ıslah imar planının ve bu plan uyarınca yapılacak parselasyon işleminin amacı dikkate alındığında sahil şeritlerinde 2981 sayılı Yasanın uygulanması mümkün değildir.

Bu durumda davanın reddi gerektiğinden, dava konusu işlemin iptali yolundaki idare mahkemesi kararında isabet görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle, Samsun İdare Mahkemesinin 8.3.2006 günlü, E:2005/1524, K:2006/377 sayılı kararının Bozulmasina, dosyanın adı geçen mahkemeye gönderilmesine 22.10.2008 gününde usulde oyçokluğu, esasta oybirliğiyle karar verildi.

T.C.
D A N I Ş T A Y
Altıncı Daire
Esas No : 2006/7940
Karar No : 2008/7501

Özeti : Bir alanın mevzii imar planı ile planlanabilmesi için her tür ve ölçekteki plan sınırları dışında bulunması gerektiği, 1/5000 ölçekli nazım imar planı bulunan alanlarda mevzii imar planı yapılmasının mümkün olmadığı, mevzii imar planının, söz konusu alanda nazım imar planı bulunmadığı gerekçesiyle planlama hiyerarşisine aykırı olarak yapıldığından bahsedilemeyeceği hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan : … . Ltd. Şti. adına …
Karşı Taraf : Tekirdağ Valiliği
İstemin Özeti : Edirne İdare Mahkemesinin 29.6.2006 günlü, E:2005/60, K:2006/1819 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 Samed Demirbaş'ın Düşüncesi : Temyiz isteminin kabulüyle 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, Tekirdağ İli, Merkez İlçesi, … Köyü, … pafta, … parsel sayılı taşınmazla ilgili alanda bulunan Mevzi İmar Planında değişiklik yapılması talebiyle yapılan başvurunun reddine ilişkin 15.9.2004 günlü, 3170 sayılı belediye meclisi kararının iptali istemiyle açılmış; İdare Mahkemesince, dosyanın incelenmesinden, anılan parselleri kapsayan alanda 1/5000 ölçekli nazım imar planı bulunmadığı, nazım imar planı yapılmaksızın ve plan hiyerarşisine uyulmadan 1/1000 ölçekli uygulama imar planı veya mevzi imar planı yapılamayacağı anlaşıldığından, mevzi imar planında değişiklik yapılması talebinin reddine ilişkin dava konusu işlemde hukuka aykırılık bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiş, bu karar davacı tarafından temyiz edilmiştir.
Plan Yapımına Ait Esaslara Dair Yönetmeliğin "Tanımlar" başlıklı 3. maddesinde Mevzi İmar Planı, "mevcut planların yerleşmiş nüfusa yetersiz kalması veya yeni yerleşim alanlarının kullanıma açılması gereğinin ve sınırlarının ilgili darece belirlenmesi halinde, bu Yönetmeliğin plan yapım kurallarına uyulmak üzere yapımı mümkün olan, yürürlükteki her tür ve ölçekteki plan sınırları dışında, planla bütünleşmeyen konumdaki sosyal ve teknik altyapı ihtiyaçlarını kendi bünyesinde sağlayan, raporuyla bir bütün olan imar planı" olarak tanımlanmıştır.

Yukarıda belirtilen Yönetmelik hükmüne göre bir alanın mevzii imar planı ile planlanabilmesi için her tür ve ölçekteki plan sınırları dışında bulunması gerekmekte olup, 1/5000 ölçekli nazım imar planı bulunan alanlar için mevzii imar planı yapılması mümkün olmadığından bu yerlerde ilgili ancak uygulama imar planı yapılabileceğinden, 1/5000 ölçekli nazım imar planı yapılmadan planlama hiyerarşisine aykırı olarak mevzii imar planı yapılmasının hukuka aykırı olduğundan bahisle davanın reddi yolunda İdare Mahkemesince verilen kararda isabet görülmemiştir.

Bu itibarla, idare mahkemesince davacının mevzi imar planında değişiklik yapılması talebinin planlama teknikleri, şehircilik ilkeleri ve kamu yararı açısından incelenerek dava konusu işlem hakkında yeniden bir karar verilmesi gerekmektedir.

Açıklanan nedenlerle, Edirne İdare Mahkemesinin 29.6.2006 günlü, E:2005/60, K:2006/1819 sayılı kararının bozulmasina, dosyanın adı geçen mahkemeye gönderilmesine 07.11.2008 gününde oybirliğiyle karar verildi.

T.C.
D A N I Ş T A Y
Altıncı Daire
Esas No : 2008/11309
Karar No : 2008/8068

Özeti : 5216 sayılı Yasa'nın 7/b maddesi uyarınca ilgili belediyelerce yapılan parselasyon işleminin onaylanmak üzere büyükşehir belediyesine gönderilmesi gerektiğinden, büyükşehir belediyesinin onayına sunulmayan dava konusu parselasyon işleminde hukuka uyarlık bulunmadığı hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan : Konak Belediye Başkanlığı
Vekili : Av. ...
Karşı Taraf :1- ... 2- ...
Vekili : Av. ...

İstemin Özeti : İzmir 4. İdare Mahkemesinin 13.06.2008 günlü, E:2007/1521, K:2008/880 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 : Temyiz isteminin reddi ile mahkeme kararının onanması gerektiği düşünülmektedir.

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

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

TÜRK MİLLETİ ADINA

Karar veren Danıştay Altıncı Dairesince Tetkik Hakiminin açıklamaları dinlendikten ve dosyadaki belgeler incelendikten sonra işin gereği görüşüldü:

Dava, İzmir, Konak İlçesi, ... Mahallesi, ... ada, ... sayılı parselin bulunduğu alanda 07.06.2007 günlü, 1524 sayılı belediye encümeni kararı ile yapılan parselasyon işleminin iptali istemiyle açılmış; İdare Mahkemesince, uyuşmazlık konusu alanda plan değişikliği sonrasında ikinci kez parselasyon işlemi yapıldığından düzenleme ortaklık payı alınmadığı ancak parselasyon işlemiyle amaçlananın, imar planı, plan raporu ve imar yönetmeliği hükümlerine göre imar adasının tüm biçim ve boyutu, yapı düzeni, inşaat yaklaşma sınırı ve bahçe mesafeleri, yapı yüksekliği ve derinliği, yerleşme yoğunluğu, taban alanı ve kat alanı katsayısı, mevcut yapının durumu gibi hususlar gözönüne alınmak suretiyle üzerinde yapı yapmaya elverişli imar parseli oluşturmak olduğundan, kamuya taşınmaz mal kazandırılması ve yola giden kısımların kamuya terkininin sağlanması amacıyla parselasyon işlemi yapılamayacağı, bu durumda imar planında öngörülen yolun kamuya kazandırılması amacıyla tesis edilen dava konusu parselasyon işleminde hukuka uyarlık bulunmadığı, diğer taraftan 5216 sayılı Büyükşehir Belediyesi Kanununun 7. maddesinin (b) fıkrasında, büyükşehir içindeki belediyelerin nazım planına uygun olarak hazırlayacakları uygulama imar planlarını, bu planlarda yapılacak değişiklikleri, parselasyon planlarını ve imar ıslah planlarını aynen veya değiştirerek onaylamak ve uygulanmasını denetlemek Büyükşehir Belediyesinin görev, yetki ve sorumlulukları arasında sayılmış olup, anılan hüküm gereği Büyükşehir Belediyesinin onayına sunulması gereken dava konusu parselasyon işleminin onaya sunulmadığı anlaşıldığından, dava konusu işlemde bu yönüyle de hukuka uyarlık bulunmadığı gerekçesiyle iptaline karar verilmiş, bu karar davalı idarece temyiz edilmiştir.

Dava konusu işlemin yukarıda özetlenen gerekçeyle iptali yolundaki temyize konu İzmir 4. İdare Mahkemesinin 13.06.2008 günlü, E:2007/1521, K:2008/880 sayılı kararında, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 49. maddesinin 1. fıkrasında sayılan bozma nedenlerinden hiçbirisi bulunmadığından, bozma istemi yerinde görülmeyerek anılan mahkeme kararının onanmasina, dosyanın adı geçen mahkemeye gönderilmesine 20.11.2008 gününde oybirliğiyle karar verildi.

T.C.
D A N I Ş T A Y
Altıncı Daire
Esas No : 2006/7134
Karar No : 2008/8320

Özeti : Mirasçı sıfatıyla 2981 sayılı Yasa uyarınca, hak sahibi olduğu anlaşılan davacı adına, diğer mirasçılarla birlikte tapu tahsis belgesi düzenlenmesi gerektiği hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan : İstanbul Defterdarlığı
Avrupa Yakası Milli Emlak Dairesi Başkanlığı

Karşı Taraf : ...

İstemin Özeti : İstanbul 5. İdare Mahkemesinin 23.03.2006 günlü, E:2004/3070, K:2006/691 sayılı kararının usul ve yasaya aykırı olduğu ileri sürülerek bozulması istenilmektedir.

Savunmanın Özeti : Savunma verilmemiştir.

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

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

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

TÜRK MİLLETİ ADINA

Karar veren Danıştay Altıncı Dairesince Tetkik Hakiminin açıklamaları dinlendikten ve dosyadaki belgeler incelendikten sonra işin gereği görüşüldü:

Dava, hak sahipliği koşullarını taşımadığı gerekçesiyle davacıya "Tapu Tahsis Belgesi" verilemeyeceğine ilişkin 01.10.2004 günlü, 52390 sayılı işlemin iptali istemiyle açılmış, İdare Mahkemesince, taşınmazın 16.10.1964 tarihinde İstanbul 6.Noterliği tarafından düzenlenen gayrimenkul satış vaadi sözleşmesiyle davacının murisi … tarafından satın alındığı, bu kişinin 25.08.1982 gününde vefat etmesiyle mirasçısı durumundaki çocuklarından biri olan … 'nin 28.08.1984 tarihinde müracaatı üzerine sadece anılan kişi adına tapu tahsisi belgesi düzenlendiği, mirasçısı olan bütün şahıslar adına düzenlenmesi gerektiğinden bahisle anılan belgenin İstanbul 1. İdare Mahkemesinin 08.12.1993 günlü, E:1992/1402, K:1993/1640 sayılı kararıyla iptal edildiği, bu kez davacı dışındaki diğer mirasçılar adına tapu tahsis belgesi düzenlendiği anlaşıldığından, mirasçı olması nedeniyle hak sahibi olduğu tartışmasız olan davacı adına diğer mirasçılarla birlikte tapu tahsis belgesi düzenlenmesi gerekirken, aksi yönde tesis edilen işlemin hukuka aykırı olduğu gerekçesiyle iptaline karar verilmiş, bu karar davalı idare tarafından temyiz edilmiştir.

İstanbul 1. İdare Mahkemesinin 08.12.1993 günlü, E:1992/1402, K:1993/1640 sayılı kararı, Dairemizin 16.11.1994 günlü, E:1994/2163, K:1994/4259 sayılı kararıyla onanmıştır.

Dava konusu işlemin yukarıda özetlenen gerekçeyle iptali yolundaki temyize konu İstanbul 5. İdare Mahkemesinin 23.03.2006 günlü, E:2004/3070, K:2006/691 sayılı kararında, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 49. maddesinin 1. fıkrasında sayılan bozma nedenlerinden hiçbirisi bulunmadığından, bozma istemi yerinde görülmeyerek anılan mahkeme kararının Onanmasina, dosyanın adı geçen mahkemeye gönderilmesine 26.11.2008 gününde oybirliğiyle karar verildi.

T.C.
D A N I Ş T A Y
Altıncı Daire
Esas No : 2007/5904
Karar No : 2008/8408

Özeti : Parselasyon sınırının tespitinde belediye encümeni yetkili olduğundan, belediye meclisince parselasyon sınırının tespitine ilişkin işlemde yetki yönünden hukuka uyarlık bulunmadığı hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan :1- Konyaaltı Belediye Başkanlığı
Vekili : Av. ...
2- Davalı İdare Yanında Davaya Katılanlar : ..., ..., ...
Vekili : Av. ...
Karşı Taraf : ...
Vekili : Av. ...

İstemin Özeti : Antalya 1. İdare Mahkemesinin 14.6.2007 günlü, E:2005/2021, K:2007/876 sayılı kararının usul ve yasaya aykırı olduğu ileri sürülerek bozulması istenilmektedir.

Savunmanın Özeti : Savunma verilmemiştir.

Danıştay Tetkik Hakimi Sedef Türkdoğan'ın Düşüncesi : Temyiz isteminin reddi ile mahkeme kararının onanması gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı Dr. 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 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun yollamada bulunduğu Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun ilgili maddesi uyarınca ..., ..., ...'nun davalı idare yanında davaya katılma istemleri kabul edilerek işin gereği görüşüldü:

Dava, Antalya, ... Mahallesi, ... parsel sayılı taşınmazı düzenleme sınırı dışında bırakan 6.2.2001 günlü, 58 sayılı belediye meclisi kararıyla onaylanan 1/1000 ölçekli uygulama imar planının iptali istemiyle açılmış, İdare Mahkemesince; imar planında tamamen yapı yapılamayacak bir alanda kalan, başka bir parselasyon alanı sınırına girmesi de mümkün olmayan davacıya ait taşınmazın yalnızca zayiat oranının yüksek olması gerekçesiyle imar planında düzenleme sınırı dışında bırakılmasında eşitlik ilkesine ve hukuka uyarlık bulunmadığından iptaline karar verilmiş, bu karar davalı idare vekilince temyiz edilmiştir.

3194 sayılı İmar Kanunu'nun 19. maddesinde imar planlarına göre parselasyon planları yapılıp, belediye ve mücavir alan içinde belediye encümeni, dışında ise il idare kurulunun onayından sonra yürürlüğe gireceği düzenlenmiştir.

İmar Kanunu'nun 18. maddesi uyarınca Yapılacak Arazi ve Arsa Düzenlemesi ile İlgili Esaslar Hakkında Yönetmeliğin 4. maddesinin b fıkrasında, "düzenleme sınırı, düzenlenecek imar adalarının imar planına göre yol, meydan, park, genel otopark, yeşil saha gibi umumi hizmetlere ayrılan ve tescile tabi olmayan alanlar ile ibadet yeri ve karakol yerlerini çevreleyen sınırdır." tanımına yer verilmiştir.

Yukarıda anılan Yasa maddesinin değerlendirilmesinden, belediye ve mücavir alan sınırları içinde parselasyon işleminin tesisinde belediye encümeninin dolayısıyla parselasyon işleminin bir parçası olan parselasyon sınırının tespitinde de belediye encümeninin yetkili olduğu sonucuna varılmaktadır.

Dosyanın incelenmesinden, parselasyon sınırının belediye encümeni kararı ile belirlenmesi gerekirken davacıya ait Antalya, Merkez, ... Mahallesi, ... sayılı parseli düzenleme sınırı dışında da bırakan parselasyon sınırının 6.2.2001 günlü, 58 sayılı belediye meclisi kararı ile kabul edilen 1/1000 ölçekli uygulama imar planı ile belirlendiği, bu planın iptali istemiyle bakılan davanın açıldığı anlaşılmaktadır.

Bu durumda, parselasyon sınırının tespitinde belediye encümeni yetkili olduğundan, belediye meclisince parselasyon sınırının tespitine ilişkin işlemde yetki yönünden hukuka uyarlık bulunmadığından dava konusu işlemin iptali yolundaki İdare Mahkemesi kararında sonucu itibariyle isabetsizlik görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle, Antalya 1. İdare Mahkemesinin 14.6.2007 günlü, E:2005/2021, K:2007/876 sayılı kararının yukarıda belirtilen gerekçe ile onanmasına**,** dosyanın adı geçen mahkemeye gönderilmesine 28.11.2008 gününde oybirliğiyle karar verildi.

T.C.
D A N I Ş T A Y
Altıncı Daire
Esas No : 2008/10824
Karar No : 2009/608

Özeti : Uyuşmazlık konusu yapı için düzenlenen inşaat ruhsatının dayanağı imar planlarının iptali istemiyle açılmış bir davanın bulunması nedeniyle, artık davacıya ait yapı için inşaat ruhsatının düzenlenmiş olmasının, kazanılmış hak için tek başına yeterli olmadığı, imar planlarının yargı kararıyla yürütülmesinin durdurulması nedeniyle, yürütmenin durdurulması kararı tebliğ edilen davalı idarenin yapıya devam edilmemesi amacıyla inşaatın durdurmasının, 3194 sayılı Yasa'nın 32. maddesi uyarınca zorunluluk olduğu hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan : Çankaya Belediye Başkanlığı
Vekili : Av. ...
Karşı Taraf : ... Kurs ve Okul Talebelerine Yardım Derneği
Vekili : Av. ...
İstemin Özeti : Ankara 2. İdare Mahkemesinin 8.7.2008 günlü, E:2008/173, K:2008/1486 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 : Temyiz isteminin kabulü ile mahkeme kararının bozulması gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı Dr.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, Ankara, ... İlçesi, ... Mahallesi, ... ada, ... sayılı parselde bulunan inşaatın durdurularak mühürlenmesine ilişkin 28.1.2008 günlü işlemin iptali istemiyle açılmış; İdare Mahkemesince, davacı derneğin yürürlükte olan plan kararları uyarınca 26.10.2007 tarihinde yapı ruhsatı aldığı ve inşaatın verilen bu ruhsata uygun olarak sürdürüldüğü, taşınmazın bulunduğu alanı içine alan imar planı değişikliğinin, idari yargı yerince iptal edildiğinden bahisle dava konusu işlem tesis edilmiş ise de plan değişikliği işleminin iptal edilmesinin bu plan değişikliğine uygun olarak alınmış ruhsatları kendiliğinden ortadan kaldırmayacağı sonucuna varıldığından, 3194 sayılı İmar Kanununun 32.maddesi dayanak alınmak suretiyle inşaatın mühürlenmesine ilişkin işlemde hukuka uyarlık bulunmadığı gerekçesiyle iptaline karar verilmiş, bu karar davalı idarece temyiz edilmiştir.

Dosyanın incelenmesinden, Çankaya İlçesi, … Mahallesi, … ada, … sayılı parselin imar planında anaokulu alanında kaldığı, 1/1000 ve 1/5000 ölçekli imar planı değişiklikleri ile sosyal ve kültürel tesis alanına dönüştürülmesi üzerine inşaat ruhsatı düzenlendiği ve bu ruhsata dayanılarak yurt inşaatına başlanıldığı, ancak anılan planlara karşı Ankara 13. İdare Mahkemesinde açılan davada 5.12.2007 günlü, E:2006/691 sayılı dosyada yürütmenin durdurulması isteminin kabul edilmesi üzerine dava konusu işlemle inşaatın mühürlenerek durdurulmasına karar verildiği anlaşılmaktadır.

Diğer taraftan, davalı idarece anılan taşınmazlara verilen inşaat ruhsatının dayanağı olan imar planlarının iptali istemiyle açılan davada, imar planlarının yürütülmesinin durdurulması nedeniyle, sözkonusu inşaatın devamına izin verilmesi halinde devam eden süreçte mahkemece planların iptaline karar verilmesi durumunda durdurulmayan inşaatın telafisi mümkün olmayan gelişmelere ve zararlara yol açacağı savunulmuş bulunmaktadır.

Olayda, uyuşmazlık konusu yapı için düzenlenen inşaat ruhsatının dayanağı imar planlarının iptali istemiyle açılmış bir davanın bulunması nedeniyle artık davacıya ait yapı için inşaat ruhsatının düzenlenmiş olmasının kazanılmış hak için tek başına yeterli olmadığı açıktır.

İmar planlarının yargı kararıyla yürütülmesinin durdurulması nedeniyle yürütmenin durdurulması kararı tebliğ edilen davalı idarenin yapıya devam edilmesinin önlenmesi ve yapının durumunun tespit edilmesi amacıyla inşaatı durdurması 3194 sayılı Yasa'nın 32.maddesi uyarınca zorunludur.

Devam eden süreçte imar planlarının iptaline karar verilmesi halinde, davalı idarenin iptal kararı doğrultusunda yapının yerinde korunup korunmayacağını değerlendirerek, yapının korunamayacağı sonucuna ulaşması durumunda yapı ruhsatını iptal edeceği de tabidir.

Kaldı ki, dava konusu olayda devam eden süreçte anılan Mahkemenin 30.4.2008 günlü, K:2008/791 sayılı kararıyla imar planlarının iptaline de karar verilmiş bulunmaktadır.

Bu itibarla, imar planlarına karşı açılan davada, yürütmenin durdurulması kararının tebliği üzerine ileride planların iptal edilmesi ihtimalinin de gözönünde bulundurulması suretiyle yürütmenin durdurulması aşamasında tedbir amaçlı olarak inşaatın durdurulmasına ilişkin işlemde kamu yararı amacına aykırılık bulunmadığından, İdare Mahkemesi kararında yasal isabet görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle, Ankara 2. İdare Mahkemesinin 8.7.2008 günlü, E:2008/173, K:2008/1486 sayılı kararının bozulmasina, dosyanın adı geçen mahkemeye gönderilmesine 23.1.2009 gününde oybirliğiyle karar verildi.

T.C.
D A N I Ş T A Y
Altıncı Daire
Esas No : 2007/2496
Karar No : 2009/949

Özeti : İmar planı hazırlamak ve onaylamak yetkisi ve görevi belediyelere ait olduğundan, plan yapımına ilişkin bütün aşamaların ilgili belediyelerce yerine getirilmesi, bu bağlamda plan değişikliği için gerekli olan müellif görüşünün de belediyesince temin edilmesi gerektiği hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunanlar: 1- ... Tur. ve End. A.Ş.
Vekili **:** Av. ...
2- Bitez Belediye Başkanlığı
Vekili **:** Av. ...
Karşı Taraf **:** 1- Bitez Belediye Başkanlığı
Vekili **:** Av. ...
2- ... Tur. ve End. A.Ş.
Vekili **:** Av. ...
(Davalı İdare Yanında Davaya Katılanlar) : ..., ..., ..., ...
Vekili **:** Av. ...-Av. ...

İstemin Özeti : Muğla İdare Mahkemesinin 31.12.2004 günlü, E:2003/149, K:2004/1803 sayılı kararının usul ve yasaya aykırı olduğu ileri sürülerek bozulması istenilmektedir.

Savunmanın Özeti : Savunma verilmemiştir.

Danıştay Tetkik Hakimi Hayati Ölmez'in Düşüncesi : Temyiz isteminin reddi ile mahkeme kararının onanması 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 görüşüldü:

Dava, Muğla, Bitez Beldesi, … Mevkiinde bulunan ..., ..., ..., ..., ..., ..., ..., ..., ..., ..., ..., ..., ..., ..., ..., ... ve … parsel sayılı taşınmazların bulunduğu alanda yürürlükte bulunan uygulama imar planında değişiklik yapılmasına ilişkin istemin, plan müellifinin olumlu görüşü olmadığı gerekçesiyle reddine ilişkin 17.12.2002 günlü, 78 sayılı belediye meclisi kararının iptali istemiyle açılmış; İdare Mahkemesince, uyuşmazlık konusu … parsel sayılı taşınmazın mevcut imar planında çocuk yuvası olarak ayrıldığı, çocuk yuvasının sosyal alt yapı alanı olması nedeniyle plan değişikliği için plan müellifinin uygun görüşünün alınması gerektiği, bu nedenle dava konusu işlemde … parsel sayılı taşınmaz yönünden hukuka aykırılık bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddine, davanın uyuşmazlık konusu diğer parsellere ilişkin kısmına gelince, söz konusu parsellerin mevcut imar planında ticaret, gazino lokanta ve satış ünitesi alanı olarak ayrıldığı, sosyal veya teknik alt yapı olmaması nedeniyle plan değişikliğinde müellifin görüşünün alınmasına gerek olmadığı, bu nedenle işlemin bu parsellere ilişkin kısmında hukuka uyarlık bulunmadığı gerekçesiyle iptaline karar verilmiş bu kararın redde ilişkin kısmı davacı vekili, iptale ilişkin kısmı davalı idare vekili tarafından temyiz edilmiştir.

3194 sayılı İmar Kanunu'nun 8/b maddesinde: "İmar planları nazım imar planı ve uygulama imar planından meydana gelir. Mevcut ise, bölge planı ve çevre düzeni planı kararlarına uygunluğu sağlanarak belediye sınırları içinde kalan yerlerin nazım ve uygulama imar planları ilgili belediyelerce yapılır veya yaptırılır. Belediye meclisince onanarak yürürlüğe girer." kuralı getirilmiş, Plan Yapımına Ait Esaslara Dair Yönetmeliğin İmar Planı Değişikliklerinde Uyulması Gereken Esaslar başlıklı 27. maddesinde de "Plan müellifinin gerekçeli uygun görüşünün alınması şarttır." hükmü yer almıştır.

Yasa hükmünden, imar planlarının bizzat ilgili belediyesince yapılabileceği gibi, başka kurum, kuruluş ve kişilere de mevzuattaki esaslara uygun biçimde yaptırılabileceği; ancak, planı onaylama yetkisinin ilgili belediye meclisine ait olduğu anlaşılmaktadır.

Dosyanın incelenmesinden, davacıya ait Muğla, Bitez Beldesi, … Mevkiinde bulunan ..., ..., ..., ..., ..., ..., ..., ..., ..., ..., ..., ..., ... ve … parsel sayılı taşınmazlara ilişkin plan değişikliği istemininde bulunulduğu, dava konusu işlemle, plan değişikliği teklifinde plan müellifinin görüşünün bulunmadığı gerekçesiyle istemin reddedildiği anlaşılmaktadır.

Buna göre, imar planını hazırlamak ve onaylamak yetkisi ve görevi belediyelere ait olduğundan, plan yapımına ilişkin bütün aşamaların ilgili belediyelerce yerine getirilmesi, bu bağlamda plan değişikliği için gerekli olan müellif görüşünün de belediyesince temin edilmesi gerekmekte olup, idarenin yerine getirmekle yükümlü olduğu hususların değişiklik isteminde bulunanlardan istenilmesinde hukuka ve kamu yararına uyarlık bulunmamaktadır.

Bu durumda, İdare Mahkemesince, belirtilen hususlar gözönünde bulundurularak yeniden bir karar verilmesi gerekmektedir.

Açıklanan nedenlerle, Muğla İdare Mahkemesinin 31.12.2004 günlü, E:2003/149, K:2004/1803 sayılı kararının Bozulmasina, dosyanın adı geçen mahkemeye gönderilmesine 06.2.2009 gününde oybirliğiyle karar verildi.

T.C.
D A N I Ş T A Y
Altıncı Daire
Esas No : 2007/2267
Karar No : 2009/954

Özeti : Yapı kullanma izni verilebilmesi için, Sosyal Sigortalar Kurumuna prim borcu olmadığına ilişkin belge istenilmesinde, hukuka aykırılık bulunmadığı hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan : Bolu Belediye Başkanlığı
Vekili : Av. ...
Karşı Taraf : ... Apartmanı Yönetimi adına ....
İstemin Özeti : Sakarya 1. İdare Mahkemesinin 15.12.2006 günlü, E:2006/1837, K:2006/2564 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 Hayati Ölmez'in Düşüncesi : Temyiz isteminin kabulü ile mahkeme kararının bozulması 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

Karar veren Danıştay Altıncı Dairesince Tetkik Hakiminin açıklamaları dinlendikten ve dosyadaki belgeler incelendikten sonra işin gereği görüşüldü:

Dava, Bolu, ... Mahallesi, ... pafta, ... ada, ... parsel sayılı taşınmaz üzerinde bulunan yapının depremde hasar görmesi nedeniyle verilen yapı ruhsatı ile yeniden yapılması sonrasında talep edilen yapı kullanma izninin Sosyal Sigortalar Kurumuna prim borcu bulunmadığına ilişkin belge sunulmasından sonra verilebileceğine ilişkin 16.6.2006 günlü, 1812 sayılı işlemin iptali istemiyle açılmış; İdare Mahkemesince, dosyanın incelenmesinden, uyuşmazlık konusu yapının depremde hasar görmesi nedeniyle mevzuat gereğince zorunlu olarak güçlendirme ve onarım çalışmasına tabi tutulduğu, bu şekilde yapılan yapı için istenilen yapı kullanma izninin 506 sayılı Yasanın 83. maddesi kapsamında değerlendirilemeyeceği, yapıyı yapan firmanın Sosyal Sigortalar Kurumu'na borcu varsa bunun firmadan takip edilmesi gerektiği anlaşıldığından, dava konusu işlemde hukuka uyarlık bulunmadığı gerekçesiyle iptaline karar verilmiş, bu karar davalı idare vekili tarafından temyiz edilmiştir.

506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'nun 83. maddesine 06.7.2004 günlü, 25514 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan 5198 sayılı Kanun'un 12. maddesinin 2. fıkrasıyla eklenen son fıkrada; Valilikler, belediyeler, ve ruhsat vermeye yetkili diğer merciiler tarafından, yapı kullanma izin belgesi verilmeden önce ilgililerden bu bina inşaatı işyerlerinden dolayı Kuruma borçlarının bulunmadığına dair Kurumca düzenlenmiş bir belgenin istenmesinin zorunlu olduğu kurala bağlanmıştır.

Dosyanın incelenmesinden, davacı tarafından yapı kullanma izin belgesi verilmesi talebiyle idareye yapılan başvurunun reddedilmesi üzerine bakılmakta olan davanın açıldığı, kullanma izni istenilen yapıya yönelik olarak Sosyal Sigortalar Kurumu'na borcu olmadığına dair belge istenildiği, yukarıda yer alan yasal düzenleme uyarınca belirlenen eksikliğin giderilmediği, ayrıca anılan yasal düzenlemede deprem nedeniyle hasar gören binalar için bir istisna hükmü getirilmediği, dava konusu işlemde hukuka aykırılık bulunmadığı anlaşıldığından, İdare Mahkemesince, davanın reddine karar verilmesi gerekirken dava konusu işlemin iptaline karar verilmesinde yasal isabet görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle, Sakarya 1. İdare Mahkemesinin 15.12.2006 günlü, E:2006/1837, K:2006/2564 sayılı kararının bozulmasina,dosyanın adı geçen mahkemeye gönderilmesine 6.02.2009 gününde oybirliğiyle karar verildi.

TAM YARGI DAVALARI

T.C.
D A N I Ş T A Y
Altıncı Daire
Esas No : 2006/4304
Karar No : 2008/7987

Özeti : Yargı kararıyla idarenin imar planı yapımına zorlanamayacağı hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan : Meram Belediye Başkanlığı
Vekili : Av. ..., Av. ...
Karşı Taraf : ...
İstemin Özeti : Konya 2. İdare Mahkemesinin 11.5.2006 günlü, E:2005/1022, K:2006/772 sayılı kararının tazminat isteminin kabulüne ilişkin kısmının 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 Elif Emel Çelik'in Düşüncesi : Temyiz isteminin reddi ile mahkeme kararının onanması gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı Ahmet Arslan'ın Düşüncesi : Dava, davacı tarafından Konya İdare Mahkemesinde açtığı davalar sonunda verilen mahkeme kararlarının davalı idarece gereği gibi uygulanmadığı ileri sürülerek mahkeme kararının uygulanmamasından dolayı uğranıldığı iddia edilen 10.000 YTL maddi, 10.000 YTL manevi zararın tazmini istemiyle açılmıştır.

Dava konusu olayda, davacı tarafından davalı idare aleyhine açılan davalar sonucunda verilen iptal kararlarının gereği gibi uygulanmadığının Konya 1.İdare Mahkemesinin 22.9.2004 günlü, E:2003/940, K:2004/761 sayılı kararıyla tespit edildiği gerekçesiyle davacının manevi tazminat istemi kabul edilerek 10.000 YTL manevi tazminatın davalı idareden alınarak davacıya ödenmesine karar verilmiş ise de; yukarıda anılan mahkeme kararı Danıştay Altıncı Dairesinin 16.3.2007 günlü, E:2005/372, K:2007/1690 sayılı kararıyla bozulduğundan, bozma kararı üzerine verilecek karara göre bu dava hakkında yeniden bir karar verilmesi gerekmektedir.

Açıklanan nedenlerle, davalı idarenin temyiz isteminin kabulü ile temyize konu İdare Mahkemesinin manevi tazminat isteminin kabulüne ilişkin kısmının 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, mahkeme kararlarının gereği gibi uygulanmadığından bahisle oluştuğu ileri sürülen maddi ve manevi zararın tazmini istemiyle açılmış, İdare Mahkemesince, davacıya ait ... pafta, ... ada, ... ve ... sayılı parsellere ilişkin 1/1000 ölçekli imar planının yargı kararlarıyla iptal edildiği, yeni yapılan planın da 22.9.2004 günlü, E:2003/940, K:2004/761 sayılı mahkeme kararıyla iptal edildiği, bu durumda mahkeme kararlarının gereği gibi uygulanmadığının sabit olduğu ve davalı idarenin hizmet kusurunun bulunduğu, bu durumda, davacının duyduğu elem ve ızdırap nedeniyle zarara uğradığı gerekçesiyle 10.000 YTL manevi zararın tazminine, davacının maddi zararının oluştuğunu açık ve net olarak ortaya koyamadığı gerekçesiyle de davanın bu kısmının reddine karar verilmiş, bu kararın tazminat isteminin kabulüne ilişkin kısmı davalı idare vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Dosyanın incelenmesinden, davacının ... ve ... sayılı parsellerin kamulaştırılması işleminin ve bu işlemin dayanağı imar planının iptali istemiyle açtığı davalarda imar planının şehircilik ve planlama ilkelerine, kamu yararına aykırı olduğu gerekçesiyle kamulaştırma işleminin ve planın iptaline karar verildiği, bu kararlar üzerine 5.5.2003 günlü, 1213 sayılı belediye meclisi kararıyla 1/1000 ölçekli plan değişikliğinin yapıldığı, bu planın iptali istemiyle açılan davada da 1/5000 ölçekli nazım imar planının bulunmaması nedeniyle 1/1000 ölçekli uygulama imar planı değişikliğinin iptaline karar verildiği, bu kararın Dairemizin 19.11.2008 günlü, E:2008/6702, K:2008/7986 sayılı kararıyla onandığı anlaşılmıştır.

Bu durumda, yargı kararının uygulanmamasının nedeni 1/5000 ölçekli nazım imar planının bulunmaması olduğundan ve yargı kararı ile büyükşehir belediyesi 1/5000 ölçekli planı yapmaya zorlanamayacağından davalı ilçe belediyesinin hizmet kusurunun bulunmaması karşısında anılan belediyenin manevi tazminat ödemesine hükmedilmesinde hukuka uyarlık bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle, temyize konu Konya 2. İdare Mahkemesinin 11.5.2006 günlü, E:2005/1022, K:2006/772 sayılı kararının temyiz edilen kısmının Bozulmasina, dosyanın adı geçen mahkemeye gönderilmesine 19.11.2008 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YEDİNCİ DAİRE KARARLARI

DAMGA VERGİSİ

T.C.
D A N I Ş T A Y
Yedinci Daire
Esas No : 2006/5427
Karar No : 2008/4557

Özeti : Taraflarınca imzalandığı tarihte, hukuken tekemmül eden sözleşme nedeniyle, damga vergisinin doğmasından sonra, sözleşmeden kaynaklanan yükümlülüklerin yerine getirilmemesinden dolayı, yine sözleşme hükümleri uyarınca söz konusu sözleşmenin feshinin, vergiyi doğuran olayı ortadan kaldırmasına hukuken olanak bulunmadığı hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan: Seğmenler Vergi Dairesi Müdürlüğü
Karşı Taraf : ... Sanayi Ticaret Anonim Şirketi
Vekili : Av. ...

İstemin Özeti : Davacı ile Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu arasında 11.6.2005 tarihinde imzalanan "Ulusal Marker Temin ve Teslim Sözleşmesi"ne ilişkin olup, ihtirazi kayıtla verilen beyannameye istinaden damga vergisi tahakkuk ettirilmesine ilişkin işlemi; olayda, Enerji Piyasası Düzenleme Kurulunun onayını müteakip imzalandığı tarihte yürürlüğe girecek olan sözleşmenin, davacının, 21.6.2005 tarihine kadar Kuruma teslim etmesi gereken 200 adet ulusal marker kontrol cihazından, 197 adedini verilen ek süre içerisinde de teslim etmemesi üzerine, anılan Kurulun 30.6.2005 tarih ve 506 sayılı kararıyla feshedilmesi nedeniyle, yürürlüğe girmeden iptal edilen sözleşmenin hukuken doğmayacağı ve tekemmül de etmediğinden, ortada, herhangi bir hususu belli ve ispat etmek için ibraz edilebilecek belgenin varlığından söz edilemeyeceği; dolayısıyla, vergiyi doğuran olayın ortadan kalktığı gerekçesiyle iptal eden Ankara Beşinci Vergi Mahkemesinin 31.1.2006 gün ve E:2005/1052; K:2006/99 sayılı kararının; sözleşmenin imzalanmasıyla vergiyi doğuran olayın meydana geldiği; davacının yükümlülüklerini yerine getirmemesi nedeniyle sözleşmenin iptal edilmesinin bu durumu değiştirmeyeceği ileri sürülerek bozulması istenilmektedir.

Savunmanın Özeti: İstemin reddi gerektiği savunulmuştur.

Tetkik Hakimi Ergün GÖKDAM'ın Düşüncesi: Olayda, davacı ile Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu arasında 11.6.2005 tarihinde imzalanan "Ulusal Marker Temin ve Teslim Sözleşmesi"nin, 21.6.2005 tarihine kadar Kuruma teslim edilmesi gereken 200 adet ulusal marker kontrol cihazından, 197 adedinin verilen ek süre içerisinde de teslim edilmemesi üzerine, anılan Kurulun 30.6.2005 tarih ve 506 sayılı kararıyla, yine sözleşme hükümlerine dayanılarak feshedilmesi ve bu hususun, Ankara Kırkıncı Noterliği aracılığı ile düzenlenen 1.7.2005 tarih ve 25625 sayılı İhtarname ile davacıya bildirilmesi de, sözleşmenin, Kurul onayından önce de bir hususu ispat edebilecek nitelikte olduğunun ve uygulandığının açık göstergesidir.

Bu bakımdan; taraflarınca imzalandığı tarihte hukuken tekemmül eden sözleşme nedeniyle damga vergisinin doğmasından sonra, sözleşmeden kaynaklanan yükümlülüklerin yerine getirilmemesi nedeniyle, yine sözleşme hükümleri uyarınca söz konusu sözleşmenin

feshinin, vergiyi doğuran olayı ortadan kaldırmasına hukuken olanak bulunmadığından, aksi yolda verilen temyize konu mahkeme kararında hukuki isabet görülmemiştir.

Açıklanan nedenle, temyiz isteminin kabulü ile mahkeme kararının bozulması gerektiği düşünülmektedir.

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

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

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Yedinci Dairesince işin gereği görüşüldü:

Temyize konu karar; sözleşmenin, 30.6.2005 tarihinde feshedilmesi sebebiyle, herhangi bir hususu ispat veya belli etmek için ibraz edilebilme niteliğini kaybettiği; dolayısıyla, vergiyi doğuran olayın ortadan kalktığı gerekçesine dayalı olduğundan; uyuşmazlığın çözümü, damga vergisini doğuran olayın belirlenmesine bağlı bulunmaktadır.

213 sayılı Vergi Usul Kanununun 19'uncu maddesinde, vergi alacağının vergi kanunlarının vergiyi bağladıkları olayın vukuu veya hukuki durumun tekemmülü ile doğacağı açıklanmış; 488 sayılı Damga Vergisi Kanununun 1'inci maddesinde, bu Kanuna ekli (1) sayılı tabloda yazılı kağıtların Damga Vergisine tabi olduğu; kağıtlar teriminin; yazılıp imzalanmak veya imza yerine geçen bir işaret konmak suretiyle düzenlenen ve herhangi bir hususu ispat veya belli etmek için ibraz edilebilecek olan belgeleri ifade ettiği; 3'üncü maddesinde de, damga vergisinin mükellefinin, kağıtları imza edenler olduğu hükme bağlanmıştır.

Buna göre; damga vergisi, sözleşmenin hukuken tekemmül ettiği; yani, taraflarınca imzalandığı tarihte doğar. İlgililerce imzalanan bir belgenin damga vergisine tabi olabilmesi için, ayrıca bir hususu ispat ve belli etmek için ibraz edilebilme niteliğine de sahip bulunması gerekmekte ise de; sözleşmenin bu niteliği kazanabilmesi; kullanılması, ibraz edilmesi veya hükmünden yararlanılması koşuluna bağlı değildir; bu nitelik, sözleşmenin hukuken tekemmül ettiği diğer bir ifadeyle imzalandığı anda, esasen, mevcuttur.

Olayda, davacı ile Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu arasında 11.6.2005 tarihinde imzalanan "Ulusal Marker Temin ve Teslim Sözleşmesi"nin 3'üncü maddesinde, sözleşmenin, Enerji Piyasası Düzenleme Kurulunun onayını müteakip taraflar arasında imzalandığı tarihte yürürlüğe gireceği belirtilmekle birlikte; 16'ncı maddesinde, yüklenicinin, 200 adet ulusal marker kontrol cihazını en geç 21.6.2005 tarihine kadar Kuruma teslim etmesi gerektiği; 22'nci maddesinde de, yüklenicinin, sözleşmede belirlenen yükümlülüklerini bu sözleşme hükümlerine uygun olarak yerine getirmediğinin, sözleşmeye kısmen veya tamamen aykırı davrandığının saptanması halinde kusurlu sayılacağı ve verilen ek süre içerisinde de gerekli önlemleri almaması veya aykırılıkları gidermemesi halinde sözleşmenin feshedileceği yönünde hükümlere yer verilmiş; 21.6.2005 tarihine kadar Kuruma teslim edilmesi gereken 200 adet ulusal marker kontrol cihazından, 197 adedinin verilen ek süre içerisinde de teslim edilmemesi üzerine, anılan Kurulun 30.6.2005 tarih ve 506 sayılı kararıyla, yine sözleşme hükümlerine dayanılarak feshedilmesi ve bu hususun, Ankara Kırkıncı Noterliği aracılığı ile düzenlenen 1.7.2005 tarih ve 25625 sayılı İhtarname ile davacıya bildirilmesi de, sözleşmenin, Kurul onayından önce de bir hususu ispat edebilecek nitelikte olduğunun ve uygulandığının açık göstergesidir.

Bu bakımdan; taraflarınca imzalandığı tarihte hukuken tekemmül eden sözleşme nedeniyle damga vergisinin doğmasından sonra, sözleşmeden kaynaklanan yükümlülüklerin yerine getirilmemesi nedeniyle, yine sözleşme hükümleri uyarınca söz konusu sözleşmenin

feshinin, vergiyi doğuran olayı ortadan kaldırmasına hukuken olanak bulunmadığından, aksi yolda verilen temyize konu mahkeme kararında hukuki isabet görülmemiştir.

Açıklanan nedenle, temyiz isteminin kabulüne; mahkeme kararının bozulmasına; bozma kararı üzerine Mahkemece yeniden verilecek kararla birlikte yargılama giderleri de hüküm altına alınacağından, bu hususta ayrıca hüküm tesisine gerek bulunmadığına, 12.11.2008 gününde oybirliği ile karar verildi.

T.C.
D A N I Ş T A Y
Yedinci Daire
Esas No : 2006/2139
Karar No : 2009/1767

Özeti : Asıl sözleşmeye bağlı olarak sonradan düzenlenen ve içerdiği belli para, asıl sözleşmeden hareketle hesaplanabilen protokolün nispi damga vergisine tabi olduğu hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan: .. Sanayii Anonim Şirketi
Vekili **:** Av. ...
Karşı Taraf **:** Anadolu Kurumlar Vergi Dairesi Başkanlığı
İstemin Özeti **:** (Botaş) Boru Hatları ile Petrol Taşıma Anonim Şirketi ile imzalanan 3.10.2001 tarihli abonelik sözleşmesiyle ilgili olarak 3.3.2005 tarihinde imzalanan protokolden doğan ve ihtirazi kayıtla beyan üzerine tahakkuk ettirilen damga vergisine ilişkin işlemin iptali ile gecikme zammı oranında faize hükmedilmesi istemiyle açılan davayı; olayda, davacı ile Botaş arasında imzalanan 3.3.2005 tarihli protokolün, 3.10.2001 tarihli kesintili gaz alımına ilişkin sözleşmenin kalan 19,5 aylık dönemi için kesintisiz gaz alımına geçişi öngördüğü; protokolde yer almamakla birlikte, atıfta bulunan sözleşmede azami gaz çekiş miktarının belli olduğu; protokolün 5'inci maddesinde de fiyatının belirlendiği, bu verilere göre protokolün içerdiği belli para hesaplanabileceğinden, sözleşmenin nispi damga vergisine tabi tutulmasında hukuka aykırılık bulunmadığı gerekçesiyle reddeden İstanbul Yedinci Vergi Mahkemesinin 21.2.2006 gün ve E:2005/934; K:2006/387 sayılı kararının; protokolün maktu damga vergisine tabi olduğu; nispi vergi hesaplanması halinde ise, aylık çekilen gaz miktarına göre hesaplama yapılması gerektiği ileri sürülerek bozulması istenilmektedir.

Savunmanın Özeti: İstemin reddi gerektiği savunulmuştur.

Tetkik Hakimi Kurtuluş BEYRİBEY'in Düşüncesi: Temyiz dilekçesinde ileri sürülen iddialar, 2577 sayılı Kanunun 49'uncu maddesinin 1'inci fıkrasında sayılan bozma nedenlerine uymadığından, temyiz istemi reddedilerek kararın onanması gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı Mukaddes ARAS'ın Düşüncesi: İdare ve vergi mahkemelerince verilen kararların temyizen incelenerek bozulabilmesi için, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 49'uncu maddesinin 1'inci fıkrasında belirtilen nedenlerin bulunması gerekmektedir.

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

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Yedinci Dairesince işin gereği görüşüldü:

Dayandığı hukuki ve kanuni nedenlerle gerekçesi yukarıda açıklanmış bulunan mahkeme kararı, aynı gerekçe ve nedenlerle Dairemizce de uygun görülmüş olup, temyiz dilekçesinde ileri sürülen iddialar sözü geçen kararın bozulmasını sağlayacak durumda bulunmadığından, temyiz isteminin reddine; kararın onanmasına, binde 7.2 oranında ve 32,30 (OtuzikiTürklirasıotuzkuruş) Türk lirasından az olmamak üzere hesaplanacak nispi karar harcından, Mahkemece karara bağlanan harcın mahsubundan sonra, kalan harç tutarının temyiz eden davacıdan alınmasına, 1.4.2009 gününde oy birliği ile karar verildi.

DAVA KONUSU OLAMAYACAK DURUMLAR

T.C.
D A N I Ş T A Y
Yedinci Daire
Esas No : 2006/228
Karar No : 2008/4347

Özeti : Damga vergisinin tahsili amacıyla, vergi dairesi yerine, defterdarlık tarafından düzenlenerek tebliğ edilen ödeme emrinin iptali istemiyle açılan davanın; ortada, kesin ve yürütülmesi gereken bir işlemin olmaması nedeniyle, incelenmeksizin reddi gerekeceği hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan: Adana Defterdarlığı
Karşı Taraf : ... Anonim Şirketi
Vekili : Av. ...

İstemin Özeti : Köy Hizmetleri 3. Bölge Müdürlüğünce yapılan akaryakıt alımı işi ihalesi uhdesinde kalan davacı tarafından ödenen ve sözleşme tasarısının vize edilmemesi nedeniyle ihalenin iptal edilmesi üzerine iade edilen, ihaleye ilişkin damga vergisinin tahsili amacıyla, Maliye Bakanlığının söz konusu verginin iadesinin mümkün olmadığı yönündeki yazısına istinaden, Adana Defterdarlığı Katma Bütçeli İdareler Saymanlık Müdürlüğünce düzenlenen ödeme emrini; sözleşme tasarısının Maliye Bakanlığınca vize edilmemesi üzerine ihalenin iptali nedeniyle, ihale kararının hukuken tekemmül etmediği; dolayısıyla, ödeme emrine konu vergiyi doğuran olayın meydana gelmediği gerekçesiyle iptal eden Adana Birinci Vergi Mahkemesinin 6.11.2003 gün ve E:2003/400; K:2003/1411 sayılı kararının; ihale kararının ihale makamınca imzalanmasıyla vergiyi doğuran olayın gerçekleştiği ileri sürülerek bozulması istenilmektedir.

Savunmanın Özeti: İstemin reddi gerektiği savunulmuştur.

Tetkik Hakimi Ergün GÖKDAM'ın Düşüncesi: Temyiz başvurusu; ihale kararına isabet eden damga vergisinin tahsili amacıyla, Adana Defterdarlığı Katma Bütçeli İdareler Saymanlık Müdürlüğünce düzenlenen ödeme emrini, uyuşmazlığın esasını incelemek suretiyle iptal eden vergi mahkemesi kararının bozulması istemine ilişkindir.

Damga vergisinin tarh, tahakkuk ve tahsiline, ilgili vergi dairesi yetkili bulunmaktadır. Adana Defterdarlığı Katma Bütçeli İdareler Saymanlık Müdürlüğünce bu konuda yapması gereken işlem, vergi dairesine bildirimde bulunmaktan ibarettir. Dolayısıyla, vergi dairesince tarh, tahakkuk ve tahsili gereken damga vergisiyle ilgili olarak bu konuda yetkisi olmayan davalı İdarece tesis edilen işlem, vergilendirme ve tahsilat yönünden hüküm

ifade eden; yani, davacı Şirketin hukuksal durumunda değişiklik oluşturan yürütülmesi gerekli nitelikte olmadığından, idari davaya konu edilemez.

Bu bakımdan, incelenmeksizin reddi gereken davada, ödeme emrinin iptali yolunda verilen mahkeme kararında isabet bulunmadığından, temyize konu mahkeme kararının bozulması gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı Mukaddes ARAS'ın Düşüncesi: İdare ve vergi mahkemelerince verilen kararların temyizen incelenerek bozulabilmesi için, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 49'uncu maddesinin 1'inci fıkrasında belirtilen nedenlerin bulunması gerekmektedir.

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

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Yedinci Dairesince işin gereği görüşüldü:

Temyiz başvurusu; ihale kararına isabet eden damga vergisinin tahsili amacıyla, Adana Defterdarlığı Katma Bütçeli İdareler Saymanlık Müdürlüğünce düzenlenen ödeme emrini uyuşmazlığın esasını incelemek suretiyle iptal eden vergi mahkemesi kararının bozulması istemine ilişkindir.

213 sayılı Vergi Usul Kanununun 4'üncü maddesinin birinci fıkrasında, vergi dairesinin mükellefi tespit eden, vergi tarh eden, tahakkuk ettiren ve tahsil eden daire olduğu belirtilmiş; aynı Kanunun 377'nci maddesinin birinci fıkrasında, mükelleflerin ve kendilerine vergi cezası kesilenlerin, tarh edilen vergilere ve kesilen cezalara karşı vergi mahkemesinde dava açabilecekleri; 378'inci maddesinin birinci fıkrasında da, vergi mahkemesinde dava açabilmek için verginin tarh edilmesi, cezanın kesilmesi gerektiği hükümlerine yer verildiğinden, vergi mahkemesinde idari dava açılabilmesi için, ortada, yetkili vergi idaresince tesis edilmiş vergilendirme (tarh ve tahakkuk) veya tahsilat işlemi bulunması gerekmektedir.

Öte yandan; 488 sayılı Damga Vergisi Kanununun 8'inci maddesinin birinci fıkrasında, bu Kanunda yazılı resmi dairenin, genel ve katma bütçeli daire ve idarelerle, il özel idareleri, belediyeler ve köyleri kapsadığı hükmüne yer verildikten sonra; aynı Kanunun 26'ncı maddesinde, resmi dairelerin ilgili memurlarının, kendilerine ibraz edilen kağıtların damga vergisini aramaya ve vergisi hiç ödenmemiş veya noksan ödenmiş olanları bir tutanakla tespit etmeye veya bunları tutanağı düzenlemek üzere vergi dairesine göndermeye mecbur oldukları kurala bağlanmıştır.

Yukarıda yer verilen yasal düzenlemelere göre; damga vergisinin tarh, tahakkuk ve tahsiline, ilgili vergi dairesi yetkili bulunmaktadır. Adana Defterdarlığı Katma Bütçeli İdareler Saymanlık Müdürlüğünce bu konuda yapılması gereken işlem, Damga Vergisi Kanununun sözü edilen 26'ncı maddesi hükmü uyarınca, vergi dairesine bildirimde bulunmaktan ibarettir. Dolayısıyla, vergi dairesince tarh, tahakkuk ve tahsili gereken damga vergisiyle ilgili olarak bu konuda yetkisi olmayan davalı İdarece tesis edilen işlem, vergilendirme ve tahsilat yönünden hüküm ifade eden; yani, davacı Şirketin hukuksal durumunda değişiklik oluşturan yürütülmesi gerekli nitelikte olmadığından, idari davaya konu edilemez. Bu bakımdan, incelenmeksizin reddi gereken davada, ödeme emrinin iptali yolunda 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 dikkate alınacağından, bu hususta hüküm tesisine gerek bulunmadığına, 4.11.2008 gününde oybirliği ile karar verildi.

T.C.
D A N I Ş T A Y
Yedinci Daire
Esas No : 2006/3620
Karar No : 2008/4633

Özeti : Mutad meslek halinde ödünç para verme işi yapmayan, esas faaliyet alanı farklı olan, aynı zamanda lehe aldığı bir para da bulunmayan davacı tüzel kişi adına, ortağına verdiği borç para karşılığında faiz elde ettiğinden bahisle, banka ve sigorta muameleleri tarhiyatı yapılamayacağı hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan: Boztepe Vergi Dairesi Müdürlüğü
Karşı Tara : … Mühendislik İnşaat Taahhüt Limited Şirketi

İstemin Özeti : Davacı Şirketin, nakit parasını faizsiz olarak ortağına kullandırmak suretiyle örtülü kazanç dağıtımında bulunduğu ve bu finansman hizmeti karşılığında elde etmesi gereken faiz gelirini beyan dışı bıraktığından bahisle, inceleme raporuna dayanılarak, 2000/Aralık dönemi için, re'sen salınan banka ve sigorta muameleleri vergisi ile kesilen vergi zıyaı cezasına ilişkin işlemi; davacı Şirketin 1997 ila 2000 yıllarında nakit parasını faizsiz olarak ortağına kullandırmak suretiyle örtülü kazanç dağıtımında bulunduğu iddia edilmekteyse de; aynı olay nedeniyle davacı Şirket hakkında 1998 yılı için, kurumlar vergisi yönünden tesis edilen tarh ve ceza kesme işlemlerinin iptali istemiyle açılan davada, Vergi Dava Daireleri Genel Kurulunun 1.10.2004 gün ve E:2004/78; K:2004/107 sayılı bozma kararı uyarınca yaptırılan bilirkişi incelemesi sonucunda, ortağa aktarılan paraların Şirketin işlerinde kullanıldığı sonucuna ulaşarak, olayda, örtülü kazanç dağıtımından söz edilemeyeceği gerekçesiyle davaya konu işlemi iptal eden Mahkemelerinin 20.5.2005 gün ve E:2004/312; K:2005/149 sayılı kararının, Danıştay Dördüncü Dairesinin 24.5.2006 gün ve E:2006/1649; K:2006/1161 sayılı kararıyla onanmış olması karşısında, 2000 yılına ilişkin olarak banka ve sigorta muameleleri vergisi yönünden de, vergiyi doğuran olayın gerçekleştiğinden söz edilemeyeceği gerekçesiyle iptal eden Ordu Vergi Mahkemesinin 8.5.2006 gün ve E:2006/15; K:2006/231 sayılı kararının; bilirkişi raporunda, ortağa kullandırılan paraların şirket işlerinde kullanıldığına ilişkin olarak yapılmış, belgeye dayalı somut bir tespitin bulunmadığı; vergi zıyaı cezasının, 30.5.2006 tarih ve 55 sayılı düzeltme fişiyle yeniden hesaplandığı 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 Mukaddes ARAS'ın Düşüncesi: İdare ve vergi mahkemelerince verilen kararların temyizen incelenerek bozulabilmesi için, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 49'uncu maddesinin 1'inci fıkrasında belirtilen nedenlerin bulunması gerekmektedir.

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

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Yedinci Dairesince işin gereği görüşüldü:

Temyiz başvurusu; davacı Şirketin ortağına faizsiz olarak nakit para kullandırmak suretiyle örtülü kazanç dağıtımında bulunduğu ve bu finansman hizmeti karşılığında elde etmesi gereken faiz gelirini beyan dışı bıraktığından bahisle, hesaplanan faiz geliri esas alınarak salınan banka ve sigorta muameleleri vergisi ile kesilen vergi zıyaı cezasına ilişkin işlemi, ortağa aktarılan paraların Şirketin işlerinde kullanıldığı sonucuna ulaşarak, olayda, örtülü kazanç dağıtımından söz edilemeyeceği gerekçesiyle iptal eden mahkeme kararının bozulması istemine ilişkindir.

6802 sayılı Gider Vergileri Kanununun 30'uncu maddesinde, banka ve sigorta muamelelerinin mükellefleri banka ve bankerlerle sigorta şirketleri olarak belirlenmiş, konu ve vergiyi doğuran olay ise 28'inci maddede düzenlenmiştir. Bu çerçevede, bankerlerin yapmış oldukları banka ve muamele hizmetleri dolayısıyla kendi lehlerine her nam ile olursa olsun nakden veya hesaben aldıkları paraların vergiye tabi olduğu belirtilmiştir. Bankerlerin nakden ve hesaben aldıkları paralar arasında, maddedeki parantez içi hükmü ile sair adlarla faiz ve benzeri menfaat sağlamak üzere devamlı olarak para toplama işi ile uğraşanların topladıkları paralara sağladıkları gelir ve menfaatler üzerinden komisyon, ücret, hizmet karşılığı adlarla aldıkları paralar da sayılmıştır. 28'inci maddenin son fıkrasında, 2279 sayılı Kanuna göre ikraz işleri ile uğraşanlarla, yukarıda belirtilen muamele ve hizmetlerden herhangi birisini devamlı olarak yapanlar da banker sayılmıştır.

2279 sayılı Kanunu yürürlükten kaldıran 90 sayılı Kanun Hükmünde Kararname, faiz veya her ne ad altında olursa olsun bir ivaz karşılığı veya ipotek almak suretiyle sürekli olarak ödünç para verme işleriyle uğraşan gerçek kişilerin ve finansman şirketleri ile faktöring şirketlerinin faaliyetlerinin düzenlenmesi ve denetlenmesine ilişkindir. Anılan Kanun Hükmünde Kararnamede ikrazatçı tanımlanırken, devamlı ve mutad meslek halinde ve gerçek kişiler tarafından yapılması hususları önemle vurgulanmıştır.

Bu düzenlemeler, ortaklarına borç para vermek suretiyle örtülü kaynak dağıttığı ileri sürülen ve tüzel kişiliği olan kurumlar vergisi mükellefleri açısından değerlendirildiğinde, mutad meslek halinde yapılan bir ödünç para verme işi bulunmayan farklı bir ticari veya sınai faaliyet alanı içinde ödünç para verme yoluyla para kazanma amacı olmayan ve aynı zamanda lehe aldığı bir para da bulunmayanların, bu işlemleri nedeniyle banka ve sigorta muameleleri vergisi mükellefi olamayacağını ortaya koyduğundan, gerçek kişi olmayan davacı Şirketin banka ve sigorta muameleleri vergisi mükellefi kabul edilemeyeceği açıktır.

Bu nedenle, temyiz dilekçesinde ileri sürülen hususlar, sonucu itibarıyla yerinde görülen temyize konu kararın bozulmasını gerektirecek nitelikte görülmediğinden, istemin reddine, 18.11.2008 gününde, gerekçede oyçokluğu ile karar verildi.

KARŞI OY

X- Devamlı olarak üçüncü kişilere ödünç para verme işlemleriyle uğraşanların bu faaliyetlerinin ticari nitelikte olduğu, Danıştay vergi dava dairelerinin istikrarlı biçimde süre gelen içtihadıdır. Dolayısıyla, söz konusu faaliyetin yürütümü sırasında yapılan işlemlerin, 3065 sayılı Katma Değer Vergisi Kanununun 1'inci maddesinin 1'inci fıkrası uyarınca, bu Kanunda öngörülen vergiye tabi olması doğaldır. Ancak; ödünç para verme işlemleri, 6802 sayılı Gider Vergileri Kanununun 28'inci maddesi uyarınca banka ve sigorta muameleleri vergisine de tabidir ve 3065 sayılı Kanunun 17'nci maddesinin 4'üncü fıkrasının (e) bendinde de, banka ve sigorta muameleleri vergisinin kapsamına giren işlemler, katma değer vergisinden müstesna kılınmıştır. Durum böyle olunca; devamlılık niteliği olan bir ödünç para verme faaliyetinin katma değer vergisine tabi olup olmadığının belirlenmesi, 6802 sayılı Kanunun 28'inci maddesi uyarınca banka ve sigorta muameleleri vergisine tabi olup olmadığının belirlenmesine bağlı bulunmaktadır. Bunun anlamı; banka ve sigorta

muameleleri vergisine tabi olması halinde ödünç para verme faaliyetinin katma değer vergisine tabi tutulamayacağıdır.

Banka ve sigorta muameleleri vergisinin konusu ve vergiyi doğuran olayı, 6802 sayılı Kanunun 28'inci maddesinde üç ayrı fıkrada, banka ve sigorta şirketlerinin işlemleri, bankerlerin yapmış oldukları banka ve muamele ve hizmetleri ve banker sayılanların son fıkrada tanımlanan muamele ve hizmetleri olarak gösterilmiştir.

Banka, sigorta şirketi ve banker şeklinde örgütlenmeyen tüzel kişilerle, banker olarak faaliyette bulunma izni olmayan gerçek kişilerin ödünç para verme işlemlerinin, 28'inci maddenin ilk iki fıkrasına göre vergilendirilmesi olanaklı değildir. Bu bakımdan; banka, sigorta şirketi veya banker sıfatını taşımayan tüzel kişilerle gerçek kişilerin ödünç para verme işlemlerinin banka ve sigorta muameleri vergisine tabi tutulabilmesi, bu faaliyetin, 28'inci maddenin son fıkrası uyarınca, ödünç para veren tüzel kişi veya gerçek kişinin "banker sayılmasını" gerektirecek nitelikte olmasına bağlıdır.

28'inci maddenin anılan fıkrası, 2279 sayılı Kanuna göre ikraz işiyle uğraşanlarla ikinci fıkrada belirtilen muamele ve hizmetlerden herhangi birini devamlı olarak yapanların, bu Kanunun uygulanmasında banker sayılacağı hükmünü içermektedir. Bu fıkrada, kişilerin devamlı olarak yapmış oldukları muameleler ve hizmetlerden dolayı banker sayılabilmeleri için, birbirinden bağımsız iki ayrı durum öngörülmüştür. İlk durum, yapılan muamele ve hizmetlerin, 2279 sayılı Kanuna göre ikraz işi niteliğini taşıması; ikincisi ise, söz konusu muamele ve hizmetlerin 28'inci maddenin ikinci fıkrasında belirtilen muamele ve hizmetlerden olmasıdır. Devamlı olarak yapılan muamele ve hizmetin, bu iki durumdan birine giriyor olması, muamele ve hizmeti yapan tüzel kişilerle gerçek kişilerin banker sayılmasına yeterlidir.

Fıkrada sözü edilen 2279 sayılı Ödünç Para Verme İşleri Hakkında Kanunu ek ve değişiklikleri ile birlikte yürürlükten kaldıran 30.9.1983 gün ve 90 sayılı Ödünç Para Verme İşleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin 3'üncü maddesinde, devamlı ve mutat meslek halinde, faiz veya her ne ad altında olursa olsun ivaz karşılığı veya ipotek almak suretiyle ödünç para verme işleriyle uğraşan veya ödünç para verme işlerine aracılık eden ve kendilerine faaliyet izni verilen gerçek kişilerin ikrazatçı sayılacakları açıklanmıştır. Dolayısıyla; bu Kanun Hükmünde Kararnameye göre ikraz işiyle uğraşıyor kabul edilebilmek için gerçek kişi olmak ve izin alarak faaliyette bulunmak şart olduğuna göre, tüzel kişilerin, 28'inci maddenin son fıkrasında öngörülen ilk durum sebebiyle banker sayılmalarına ve muamele ve hizmetlerinin banka ve sigorta muameleleri vergisine tabi tutulmasına olanak bulunmamaktadır. Ancak; aynı fıkrada öngörülen ikinci durumda, 28'inci maddenin ikinci fıkrasında belirtilen muamele ve hizmetlerden herhangi birinin devamlı olarak yapılıyor olmasının, bu faaliyeti yapanın, gerçek kişi-tüzel kişi olması ayrımı olmaksızın, banker sayılmasına yeterli görülmüş olması karşısında; tüzel kişilerin ortaklarına veya üçüncü kişilere devamlı olarak ödünç para verme faaliyetlerinin, anılan ikinci fıkrada yazılı muamele ve hizmetlerden olup olmadığının da irdelenmesi gerekmektedir.

28'inci maddenin sözü edilen ikinci fıkrasında belirtilen muamele ve hizmetlerin ilk sırasında, bankerler tarafından yapılan banka muamele ve hizmetleri yer almıştır. Bunun sonucu olarak, ödünç para verme muamele veya hizmetinin, bir banker muamelesi veya hizmeti olduğu kuşkusuzdur. 28'inci maddenin son fıkrasında da, banker sayılacakların gerçek kişi olmaları konusunda öngörülmüş herhangi bir koşul mevcut değildir. Dolayısıyla; ödünç para verme muamele veya hizmetini devamlı olarak yapan tüzel kişinin banker sayılmasında, yasal zorunluluk vardır.

Öte yandan; Dairemizin ve Danıştay vergi dava dairelerinin süre gelen içtihadına göre, aynı takvim yılı içinde birden fazla kişiye ya da birden fazla olmak üzere bir kişiye veya birbirini izleyen yıllarda bir ya da birden çok kişiye ödünç para verilmesi halleri de, devamlılık unsurunun varlığının göstergesidir.

Davacı Şirketin, ortağına ödünç para verdiği; ancak, 213 sayılı Vergi Usul Kanununun 3'üncü maddesinin (B) fıkrasının son paragrafında öngörülen iktisadi icaplara aykırı olarak faiz tahakkuk ettirilmediği; bu işlemleri de, vergilendirme döneminde, birden çok kez yinelediği tartışmasızdır. Durum böyle olunca; davacı Şirketin yukarıda sözü edilen 28'inci maddenin son fıkrasının, "ikinci fıkrasında" ibaresiyle başlayan, ikinci cümleciği uyarınca banker sayılması ve ödünç para verme işlemi ve hizmetlerinin banka ve sigorta muameleleri vergisine tabi tutulması gerekmekle birlikte; ortağa aktarılan paraların Şirketin işlerinde kullanılmış olması karşısında, somut olayda, örtülü kazanç dağıtımından söz edilmesi mümkün değildir.

Bu nedenle, temyize konu mahkeme kararının onanması gerektiği oyu ile Dairemiz kararının gerekçesine katılmıyoruz.

GÜMRÜK VERGİLERİ

T.C.
D A N I Ş T A Y
Yedinci Daire
Esas No : 2006/1159
Karar No : 2008/4622

Özeti : 4458 sayılı Gümrük Kanunu'nun 200'üncü maddesinde, gümrük vergilerinin Türk lirası olarak ödeneceği; 3'üncü maddesinde de, bu kanunda geçen "gümrük vergileri" deyiminin, yürürlükteki hükümler uyarınca eşyaya uygulanan ithalat vergilerinin ya da ihracat vergilerinin tümünü ifade ettiğinin hükme bağlanmış olması karşısında, ihracatta alınması gereken telafi edici vergi için de, Türk lirası cinsinden tahakkuk yapılmasının zorunlu olduğu hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan: Başbakanlık Gümrük Müsteşarlığı adına
İzmir Gümrük Müdürlüğü
Karşı Taraf : ... Deri Sanayi ve Ticaret Anonim Şirketi
Vekili : Av. ...

İstemin Özeti : Davacıya ait 22.8.2001 tarih ve 2001/D1-2740 sayılı dahilde işleme izin belgesi kapsamında ithal edilerek AB üyesi ülkelere ihraç edilen ürünlerin imalinde üçüncü ülke menşeli girdilerin kullanıldığından bahisle, 38 adet gümrük çıkış beyannamesi ile ihraç edilen eşya için, Ege İhracatçı Birlikleri Genel Sekreterliğinden alınan listede gösterilen telafi edici vergi ile hesaplanacak gecikme faizlerinin 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun hükümleri çerçevesinde ödenmesi gerektiği yolunda tesis edilen işlemi; olayda, telafi edici verginin, davacının beyanı esas alınarak tahakkuk ettirilmiş olması nedeniyle, idari itiraz yoluna başvurulmadan doğrudan dava açılmasında usule aykırılık görülmediği; işin esasına gelince: dahilde işleme izin belgesi kapsamında ithal edilen eşyanın, İthalat Rejimi Kararına ekli hem (II) sayılı listede hem de (IV) sayılı listede yer aldığının ve gümrük vergisi oranının (II) sayılı listeye göre %2; (IV) sayılı listeye göre %0 olduğunun taraflar arasında ihtilafsız olduğu; İthalat Rejimi Kararının 9'uncu maddesinde, ortak listelerde yer alan mallar için düşük olan vergi oranının uygulanacağının kararlaştırılmış olması ve, bu hususun ithalat sırasında gümrük idarelerince resen gözetilmesinin zorunlu

olması karşısında, tesis edilen işlemde hukuka uyarlık görülmediği gerekçesiyle iptal eden İzmir Dördüncü Vergi Mahkemesinin 24.1.2006 gün ve E:2005/590; K:2006/39 sayılı kararının; söz konusu eşyanın davacı tarafından (II) sayılı listeye dahil şekilde beyan edildiği; öte yandan, idari itiraz yolları tüketilmeden dava açıldığı ileri sürülerek bozulması istenilmektedir.

Savunmanın Özeti : Savunma verilmemiştir.

Tetkik Hakimi Kurtuluş BEYRİBEY'in Düşüncesi: Dosyanın incelenmesinden; ihracatta alınması gereken telafi edici verginin, Ege İhracatçı Birlikleri Genel Sekreterliğinden alınan yazı ekindeki listede Amerikan doları cinsinden belirlendiği anlaşılmakla; 4458 sayılı Gümrük Kanununun 200'üncü maddesi uyarınca, gümrük vergilerinin Türk lirası olarak ödeneceği yolundaki hüküm doğrultusunda, gümrük vergileri tahakkukunun da Milli para cinsinden yapılması gerektiğinden, Kanunun öngördüğü anlamda tahakkuk işlemi sayılmasına ve, bu nitelikte işlem dolayısıyla idari itiraz yolunun işletilmesi gerektiğinin kabulüne olanak bulunmadığından, incelenmeksizin reddi gereken dava hakkında, işin esasının incelenmesi suretiyle verilen mahkeme kararının bozulması gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı H.Hüseyin TOK'un Düşüncesi: Davacı şirketten faizi birlikte ödenmesi istenilen ihtilaf konusu telafi edici verginin kaldırılması istemiyle ilgili gümrük müdürlüğüne yapılan başvuruya cevap verilmesi beklenmeden ya da cevap süresi dolmadan sözkonusu vergiye karşı açılan davada; davanın kabulü yönünde verilen vergi mahkemesi kararının davalı idarece temyizen bozulmasına karar verilmesi istenilmektedir.

4458 sayılı Gümrük Kanununun 3'üncü maddesinin 1'inci fıkrasının 5'inci bendinde; gümrük idaresinin gümrük mevzuatı ile ilgili olarak belirli bir konuda bir veya daha fazla kişi üzerinde hukuki sonuç doğuracak idari tasarruflarının idari karar niteliğinde olduğu belirtilmiş, anılan kanunun 242'inci maddesinin ilgili bendlerin de de, gümrük müdürlüğü ve gümrük başmüdürlüğüne intikal eden uyuşmazlıklarda bu müdürlüklerce 30 gün içinde, gümrük müsteşarlığına intikal eden uyuşmazlıklarda ise 45 gün içinde karar verilerek ilgililerine tebliğ edileceği ve idari prosedürü tamamlandıktan sonra idari yargıya başvurulabileceği öngörülmüştür.

Yukarıda belirtilen kanun hükümleri ile dosyada mevcut bilgi ve belgelere göre; davacı şirketin bazı gümrük çıkış beyannamelerine ilişkin eşyalarının üretiminde kullanılan üçüncü ülke menşeli eşyalardan dolayı faizi ile birlikte ödenmesi istenilen telafi edici verginin kaldırılması istemiyle yapılan başvuruya ilgili gümrük müdürlüğünce bir cevap verilmeden, ya da cevap süresinin dolması beklenmeden, dolayısıyla 242'nci maddede öngörülen idari itiraz presedürü işletilmeden doğrudan vergi mahkemesinde dava açıldığı, zımni red işleminin oluştuğu 7.6.2005 tarihi dikkate alındığında, dava tarihine göre gümrük başmüdürlüğü için öngörülen yedi günlük itiraz süresinin dolmuş olması sebebiyle merciine tevdi kararı verilmesinin de davacı şirkete hukuki yarar sağlamayacağı anlaşıldığından, mahkemece, davanın belirtilen sebeple reddine karar verilmesi gerekirken esastan inceleme yapılarak davanın kabulü yönünde karar verilmesinde hukuki isabet görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle, temyiz isteminin kabulü ile vergi mahkemesi kararının bozulması gerektiği düşünülmektedir

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Yedinci Dairesince işin gereği görüşüldü:

Temyiz başvurusu; davacıdan, dahilde işleme izin belgesi kapsamında ithal edilerek AB üyesi ülkelere ihraç edilen ürünlerin imalinde üçüncü ülke menşeli girdilerin kullanıldığından bahisle, Ege İhracatçı Birlikleri Genel Sekreterliğinden alınan listede gösterilen telafi edici vergi ile hesaplanacak gecikme faizlerinin 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun hükümleri çerçevesinde ödenmesi gerektiği yolunda tesis edilen işlemi iptal eden vergi mahkemesi kararının bozulması istemine ilişkindir.

Dosyanın incelenmesinden; 22.8.2001 tarih ve 2001/D1-2740 sayılı dahilde işleme izin belgesi kapsamında ithal edilip, 38 adet gümrük çıkış beyannamesi ile Avrupa Birliği üyesi ülkelere ihraç edilen eşyaya ilişkin olarak, Başbakanlık Dış Ticaret Müsteşarlığı Ege İhracatçı Birlikleri Genel Sekreterliğinin 1.2.2005 tarih ve 1466 sayılı yazısında; ihraç edilen eşyadan, üçüncü ülke menşeli olanlarına ait telafi edici verginin ihracat esnasında ödenmemiş olduğunun saptandığından bahisle, bu kısım eşya için yazı ekinde gönderilen liste dikkate alınmak suretiyle işlem yapılması gerektiğinin bildirilmesi üzerine tesis edilen ve işbu davada iptal istemine konu 12.5.2005 tarih ve 61729 sayılı gümrük müdürlüğü işleminde; "...Ege İhracatçı Birlikleri Genel Sekreterliğinin mezkur yazıları ekinde alınan listede belirtilen beyannamelere ait telafi edici vergilerin ve hesaplanacak gecikme faizlerinin 6183 sayılı Kanun çerçevesinde ödenmesi..." gerektiği hususunun tebliğ edildiği; anılan işlemin ekinde davacıya tebliğ edilen Ege İhracatçı Birlikleri Genel Sekreterliğince düzenlenmiş bulunan "liste"de, ödenmesi gereken telafi edici verginin 8.600,54 Amerikan doları olarak gösterildiği, gecikme faizi yönünden ise herhangi bir tutara yer verilmediği anlaşılmıştır.

4458 sayılı Gümrük Kanununun 200'üncü maddesinde, gümrük vergilerinin Türk lirası olarak ödeneceği hükme bağlanmış; Kanunun 3'üncü maddesinde de, bu Kanunda geçen "gümrük vergileri" deyiminin, yürürlükteki hükümler uyarınca eşyaya uygulanan ithalat vergilerinin ya da ihracat vergilerinin tümünü ifade ettiği belirtilmiştir.

Bu hukuki durum karşısında, ihracatta alınması gereken telafi edici vergi için Türk lirası cinsinden tahakkuk yapılması zorunludur. Dolayısıyla, Ege İhracatçı Birlikleri Genel Sekreterliğinden alınan yazı ekindeki listede Amerikan doları cinsinden yapılan belirlemenin, Gümrük Kanununun öngördüğü anlamda tahakkuk işlemi sayılmasına ve, bu nitelikte işlem dolayısıyla idari itiraz yolunun işletilmesi gerektiğinin kabulüne olanak bulunmadığından, davacının hukuk aleminde herhangi bir etkiye sahip olmayan işleme karşı açılan davanın incelenmeksizin reddi gerekirken, işin esasının incelenmesi suretiyle verilen mahkeme kararında isabet görülmemiştir.

Açıklanan nedenle, temyiz isteminin kabulüne; mahkeme kararının bozulmasına; bozma kararı üzerine Mahkemece yeniden verilecek kararla birlikte yargılama giderleri de hüküm altına alınacağından, bu hususta ayrıca hüküm tesisine gerek bulunmadığına, 18.11.2008 gününde oybirliği ile karar verildi.

T.C.
D A N I Ş T A Y
Yedinci Daire
Esas No : 2007/6470
Karar No : 2009/111

Özeti : 4458 sayılı Gümrük Kanunu'nun 234'üncü maddesinin 1'inci fıkrasının (a) bendi uyarınca, ceza kararı alınabilmesi için, beyana göre hesaplanan gümrük vergisi ile muayene sonuçlarına göre alınması gereken gümrük vergisi arasında fark olması gerektiği; beyan ile idarece tespit edilen tarife pozisyonu farklı olsa dahi, ödenmesi gereken gümrük vergisi farkı olmadığı halde, ceza kararı alınamayacağı hakkında.

Kararın Düzeltilmesini İsteyen: … Bahçe ve Evcil Hayvan Ürünleri Ticaret ve Sanayi Anonim Şirketi

Vekili : Av. …

Karşı Taraf : Başbakanlık Gümrük Müsteşarlığı adına Haydarpaşa Gümrük Müdürlüğü

İstemin Özeti : Davacı adına tescilli 19.3.2004 gün ve 16254 sayılı serbest dolaşıma giriş beyannamesi kapsamı eşya nedeniyle ek olarak tahakkuk ettirilen ve itirazsız ödenerek kesinleşen gümrük ve katma değer vergilerinin üç katı tutarında hesaplanarak karara bağlanan para cezalarına vaki itirazların reddine dair işlemleri iptal eden İstanbul Yedinci Vergi Mahkemesinin 26.11.2004 gün ve E:2004/1274; K:2004/2297 sayılı kararını bozan Danıştay Yedinci Dairesinin 27.6.2007 gün ve E:2005/1397; K:2007/3060 sayılı kararının; eşyanın hatalı pozisyonda beyan edildiğinin İdarenin kontrol ve tespitinden önce kendilerince bildirilmesi nedeniyle ceza kesilmesi koşullarının oluşmadığı ileri sürülerek düzeltilmesi istenilmektedir.

Savunmanın Özeti : İstemin reddi gerektiği savunulmuştur.

Tetkik Hakimi Ayşegül ŞAHİN'in Düşüncesi : Kararın düzeltilmesi isteminin kabul edilerek, Dairemizce verilen kararın ortadan kaldırılmasından sonra, mahkeme kararının onanması gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı Nazlı YANIKDEMİR'in Düşüncesi : Kararın düzeltilmesi dilekçesinde ileri sürülen nedenler, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 54'üncü maddesinde yazılı nedenlerden hiçbirisine uymadığından, istemin reddi gerekeceği düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Yedinci Dairesince, kararın düzeltilmesi istemini içeren dilekçede ileri sürülen sebepler, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 54'üncü maddesinin 1'inci fıkrasının (c) bendi uyarınca, Dairemizin 27.6.2007 gün ve E:2005/1397; K:2007/3060 sayılı kararının düzeltilmesini gerektirecek nitelikte bulunduğundan, istem kabul edilerek, anılan kararın ortadan kaldırılmasından sonra dosya yeniden incelendi:

Temyiz başvurusu; davacı adına tescilli serbest dolaşıma giriş beyannamesi kapsamı eşya nedeniyle ek olarak tahakkuk ettirilen ve itirazsız ödenerek kesinleşen gümrük ve katma değer vergilerinin üç katı tutarında hesaplanarak karara bağlanan para cezalarına vaki itirazların reddine dair işlemleri iptal eden vergi mahkemesi kararının bozulması istemine ilişkindir.

4458 sayılı Gümrük Kanununun 234'üncü maddesinin 1'inci fıkrasının (a) bendinde, serbest dolaşıma giriş rejimine veya 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 fark %5'i aştığı takdirde, gümrük vergisinden ayrı olarak, bu farkın 3 katı para cezası alınacağı hükmü yer almıştır.

Anılan madde uyarınca para cezası kesilebilmesi için, beyana göre hesaplanan gümrük vergisi ile muayene sonuçlarına göre alınması gereken gümrük vergisi arasında fark olması gerekmektedir.

Olayda; davacı tarafından ithal edilmek istenilen eşyanın, farklı bir tarife ve istatistik pozisyonunda yer aldığının tespit edildiğinden bahisle, yukarıda yer alan madde uyarınca para cezası kararları alınmış ise de; ithal edilen eşyanın 2309.90.99.90.11 tarife ve istatistik pozisyonuna dahil bulunduğu belirtilerek verilen 19.3.2004 günlü beyannamenin tescil edilmediği; beyannameye, "redrese" şerhi düşüldüğü; daha sonra, muayene memurunca beyanname eki belgelerden eşyanın 2309.10.90.00.00 tarife ve istatistik pozisyonunda yer

aldığının tespit edilmesi ve davacı tarafından da aynı günlü dilekçe ile beyan edilen pozisyonun hatalı olduğunun bildirilmesi üzerine, 2309.10.90.00.00 tarife ve istatistik pozisyonu esas alınarak beyannamenin yeniden düzenlendiği ve 22.3.2004 tarihinde tescil edildiği; bu pozisyon esas alınarak hesaplanan vergilerin beyanname üzerinde tahakkuk ettirilerek, davacı Şirketçe itirazsız ödendiği; dolayısıyla, davacı Şirket adına tescilli beyannameye göre hesaplanan gümrük vergisi ile muayene sonuçlarına göre alınması gereken gümrük vergisi arasında fark bulunmadığı anlaşıldığından, tesis edilen işlemde açıklanan hukuki duruma uyarlık görülmemiştir.

Açıklanan nedenle, sonucu itibarıyla yerinde bulunan mahkeme kararına yönelik temyiz isteminin reddine, 19.1.2009 gününde oybirliği ile karar verildi.

KAMU ALACAKLARININ TAHSİLİ

T.C.
D A N I Ş T A Y
Yedinci Daire
Esas No : 2006/230
Karar No : 2009/937

Özeti : 4458 sayılı Yasa'nın 193'üncü maddesinin 3'üncü fıkrası uyarınca hesaplanan faizin, öncelikle, tesis edilecek bir idari işlemle davacıya duyurulması ve böylece alacağın vadesinin belirlenmesi, ayrıca davacıya, gerek idari gerekse yargısal başvuru yollarını kullanma hakkının tanınması gerekirken, doğrudan ödeme emri düzenlenmesi suretiyle takibe geçilmesinde, hukuka uyarlık bulunmadığı hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan : Başbakanlık Gümrük Müsteşarlığı adına Samsun Gümrük Müdürlüğü
Karşı Taraf : … Gıda Sanayi ve Ticaret Anonim Şirketi
Vekili : Av…. - Av. …

İstemin Özeti : Davacı adına tescilli 19.11.1999 gün ve 802 sayılı beyanname muhteviyatı eşyanın kıymetinin noksan beyan edildiğinden bahisle ek olarak tahakkuk ettirilen gümrük ve katma değer vergilerinin ve bu vergiler için, itiraz edilerek ihtilaf yaratılan tarih ile 31.12.2004 tarihine kadar olan süre için hesaplanan gecikme faizinin tahsili amacıyla düzenlenen ödeme emrinin, dava konusu edilen gecikme faizine ilişkin kısmını; 4458 sayılı Gümrük Kanununun 193'üncü maddesinin 3'üncü fıkrasını açıklayarak; olayda, ek tahakkuka vaki itirazın reddi üzerine açılan davanın reddi yolunda Mahkemelerince verilen kararın Danıştay Yedinci Dairesince onandığının, karar düzeltme isteminin de 22.9.2004 gün ve E:2004/311; K:2004/2295 sayılı karar ile reddedildiğinin; bu kararın davalı İdareye tebliğ edildiği 21.10.2004 tarihi itibarıyla amme alacağının kesinleştiğinin anlaşıldığı; bu bakımdan, İdarece, yukarıda anılan yasal düzenlemeler uyarınca, vergiler için itiraz edilerek ihtilaf yaratılan tarih ile amme alacağının kesinleştiği tarih arasındaki süre için gecikme faizi hesaplanması gerekirken, bu süre aşılarak, 31.12.2004 tarihine kadar, gecikme faizi hesaplanmasında hukuka uyarlık bulunmadığı gerekçesiyle iptal eden Samsun Vergi Mahkemesinin 18.11.2005 gün ve E:2005/45; K:2005/516 sayılı kararının; itiraz edilerek ihtilaf yaratılan tarih ile amme alacağının kesinleştiği tarih arasında geçen süre dikkate

alınarak hesaplanan gecikme faizinde hukuka aykırılık bulunmadığı ileri sürülerek bozulması istenilmektedir.

Savunmanın Özeti : Savunma verilmemiştir.

Tetkik Hakimi Hamit YUMUK'un 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 beyanname muhteviyatı eşyanın kıymetinin noksan beyan edildiğinden bahisle ek olarak tahakkuk ettirilen gümrük ve katma değer vergileri için, itiraz edilerek ihtilaf yaratılan tarih ile 31.12.2004 tarihine kadar olan süre için hesaplanan gecikme faizinin tahsili amacıyla düzenlenen ödeme emrini istemin özeti bölümünde yazılı gerekçe ile iptal eden mahkeme kararının bozulması istemine ilişkindir.

4458 sayılı Gümrük Kanununun 193'üncü maddesinin 3'üncü fıkrasında, gümrük yükümlülüğünün doğmasından sonra, yükümlü tarafından, gümrük vergileri için ihtilaf yaratılarak idari yargı mercilerine başvurulması ve yargı kararlarının kısmen veya tamamen idare lehine kesinleşmesi durumunda, itiraz edilerek ihtilaf yaratılan tarih ile amme alacağının kesinleştiği tarih arasındaki süre için kesinleşen kısma, 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun hükümlerine göre belirlenen gecikme zammı oranında gecikme faizi uygulanacağı hüküm altına alınmış; 6183 sayılı Kanunun 55'inci maddesinde, amme alacağını vadesinde ödemeyenlere, yedi gün içinde borçlarını ödemeleri veya mal bildiriminde bulunmaları lüzumunun bir ödeme emri tebliği ile bildirileceği; 58'inci maddesinde ise, kendisine ödeme emri tebliğ olunan şahsın, böyle bir borcu olmadığı veya kısmen ödediği veya zaman aşımına uğradığı iddialarıyla, tebliğinden itibaren yedi gün içinde dava açabileceği hükme bağlanmıştır.

Gümrük Kanununda, Kanunun yukarıda yer verilen 193'üncü maddesinin 3'üncü fıkrasında belirtilen şartlar dahilinde gecikme faizi uygulanacağı hüküm altına alınmış olmasına rağmen, bu faizin tahakkukuna ilişkin herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır.

Ancak, bir kamu alacağının ödeme emri düzenlenmek suretiyle tahsili yoluna gidilebilmesinin ön koşulu, ortada, tarh ve tahakkuk aşamalarından geçmiş bir kamu alacağının bulunması ve vadesinin geçmiş olmasına karşın ödenmemiş olması; ve ayrıca, ödeme emrinin konusunu oluşturan vergilere karşı dava açılmayarak veya açılan davanın olumsuz sonuçlanması suretiyle kesinleşerek, cebren tahsil aşamasına gelmiş olmasıdır.

Bu bakımdan, davacı adına ek olarak tahakkuk ettirilen gümrük ve katma değer vergileri üzerinden hesaplanan gecikme faizinin, öncelikle, tesis edilecek bir idari işlemle davacıya duyurulması ve böylelikle, alacağın vadesinin belirlenmesi, ayrıca, davacının gerek idari, gerekse yargısal başvuru yollarını kullanma hakkının tanınması gerekirken, doğrudan ödeme emri düzenlenmesi suretiyle takibata geçilmesinde hukuka uyarlık bulunmadığından, temyiz dilekçesinde ileri sürülen iddialar sonucu itibarıyla yerinde olan mahkeme kararının bozulmasını gerektirecek nitelikte görülmemiştir.

Açıklanan nedenle; mahkeme kararının, ihtilaf yaratılan tarih ile ek tahakkuka vaki itirazın reddi üzerine açılan davanın reddi yolunda verilen mahkeme kararının tebliğ edildiği tarihe kadar hesaplanan gecikme faizine ilişkin hüküm fıkrasına yönelik temyiz isteminin

reddine oyçokluğuyla; ek tahakkuka vaki itirazın reddi üzerine açılan davanın reddi yolunda verilen mahkeme kararının tebliğ edildiği tarihten 31.12.2004 tarihine kadar hesaplanan gecikme faizine ilişkin hüküm fıkrasına yönelik temyiz isteminin reddine ise oybirliğiyle, 16.2.2009 gününde karar verildi.

AYRIŞIK OY

X- 4458 sayılı Gümrük Kanununun 193'üncü maddesinin 3'üncü fıkrasında, gümrük yükümlülüğünün doğmasından sonra, yükümlü tarafından, gümrük vergileri için ihtilaf yaratılarak idari yargı mercilerine başvurulması ve yargı kararlarının kısmen veya tamamen idare lehine kesinleşmesi durumunda, itiraz edilerek ihtilaf yaratılan tarih ile amme alacağının kesinleştiği tarih arasındaki süre için kesinleşen kısma, 21.7.1953 tarihli ve 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun hükümlerine göre belirlenen gecikme zammı oranında gecikme faizi uygulanacağı hüküm altına alınmış; 6183 sayılı Kanunun 55'inci maddesinde, amme alacağını vadesinde ödemeyenlere, yedi gün içinde borçlarını ödemeleri veya mal bildiriminde bulunmaları lüzumunun bir ödeme emri tebliği ile bildirileceği; 58'inci maddesinde ise, kendisine ödeme emri tebliğ olunan şahsın, böyle bir borcu olmadığı veya kısmen ödediği veya zaman aşımına uğradığı iddialarıyla, tebliğinden itibaren yedi gün içinde dava açabileceği hükme bağlanmıştır.

Her ne kadar matrahı ihtilaf yaratılan gümrük vergileri ise de, müstakilen miktarı belirlenecek bir fer'i Kamu alacağı söz konusudur. Gümrük Kanununda matrahın hesaplanacağı dönem ve gecikme zammı gibi hususlar belirlenmiş, ancak tahsil usulü ve kesinleşme hususlarında bir esas yer almamıştır.

Ancak, yasal düzenlemelerden, vergi tahakkuku üzerine ihtilaf yaratılması ve ihtilafın da mükellef aleyhine sonuçlandığı durumlarda, kamu alacağının, fer'ileri ile birlikte kesinleştiğinin kabulü ve ödeme emri ile takibinin de yapılması gerektiği sonucuna ulaşılır.

Bu durumda, temyiz isteminin kısmen kabulü ile, mahkemece de belirlenen, nihai yargı kararının tebliğ edildiği tarihe kadar hesaplanan gecikme faizi kısmı için mahkeme kararının bozulması, kalan kısmı için ise temyiz isteminin reddi görüşüyle, karara katılmıyorum.

ÖZEL TÜKETİM VERGİSİ

T.C.
D A N I Ş T A Y
Yedinci Daire
Esas No : 2006/5123
Karar No : 2008/4729

Özeti : 87.04 tarife pozisyonuna tabi olarak satın alınan aracın, tadilatla 87.03 tarife pozisyonuna tabi araca dönüştürülmesi nedeniyle, beyanı gereken özel tüketim vergisinin, idarenin uyarısı üzerine beyan edilmesi sonucu yapılan tarhiyatın "idarece tarh" olduğu ve anılan vergi nedeniyle, 213 sayılı Kanun'un 112'nci maddesi uyarınca gecikme faizi hesaplanmasında kanuna aykırılık bulunmadığı hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan Taraflar: 1- Yeğenbey Vergi Dairesi Müdürlüğü
2- ... Limited Şirketi

Vekili : Av. ...

İstemin Özeti : Satın aldığı 87.04 tarife pozisyonunda yer alan motorlu kara taşıtını, 87.03 tarife pozisyonuna dahil araca dönüştürdüğü halde süresinde beyanda bulunmadığından bahisle, davacı adına ihtirazi kayıtla beyanı üzerine, tahakkuk fişiyle özel tüketim ve damga vergisi tahakkuk ettirilmesi ve gecikme faizi hesaplanması ile ihbarnameyle vergi zıyaı cezası kesilmesi yolunda tesis edilen işlemlerin iptali istemiyle açılan davada; 4760 sayılı Özel Tüketim Vergisi Kanununun 1 ve 15'inci maddelerine göre, yükümlülerin, 4760 sayılı Kanuna ekli (II) sayılı listedeki mallardan kayıt ve tescile tabi olanları, ilk iktisap tarihinden itibaren beş yıl içinde, 87.02, 87.03 veya 87.04 tarife pozisyonlarında yer alan mallara dönüştürmeleri halinde, değişikliği bildirmeleri ve tarife pozisyonlarında yer alan araçlara uygulanan özel tüketim vergisi oranlarının farklı ölçütlere bağlı olarak belirlenmesinden kaynaklanan farkı ödemeleri gerektiği sonucuna varıldığından, olayda; 87.04 tarife pozisyonundaki panelvan tipindeki aracın, tadilatla 8+1 kişi taşımaya elverişli araca dönüştürülmesi nedeniyle, anılan Kanuna ekli (II) sayılı listedeki, 87.03 tarife pozisyonunda yer alan "insan taşımak üzere imal edilmiş diğer motorlu taşıt" vasfını kazanması sonucu, bu pozisyon için öngörülen vergi oranı üzerinden özel tüketim vergisi hesaplanmasında, anılan hükümlere aykırılık görülmediğinden, ihtirazi kayıtla süresinden sonra verilen beyanname üzerine tesis edilen işlemlerin özel tüketim ve damga vergisine ilişkin kısmında isabetsizlik bulunmadığı; öte yandan, 213 sayılı Kanunun 344'üncü maddesinin vergi zıyaı cezasının hesaplanmasıyla ilgili ikinci fıkrasının iptaline ilişkin Anayasa Mahkemesinin 6.1.2005 gün ve E:2001/3; K:2005/4 sayılı kararı üzerine oluşan hukuki duruma göre, vergi zıyaı cezasının dayanağının kalmadığı; gecikme faizine gelince; 213 sayılı Vergi Usul Kanununun 112'nci maddesinin 3'üncü fıkrası uyarınca gecikme faizi hesaplanabilmesi için, ortada ikmalen, re'sen veya idarece yapılmış bir tarhiyat bulunması gerektiği; olayda ise, ihtirazi kayıtla verilen beyanname üzerinden tarhiyat yapıldığından gecikme faizi hesaplanamayacağı gerekçesiyle, işlemlerin, vergi zıyaı cezası ile gecikme faizine ilişkin kısmını iptal eden; vergi aslına dair kısmı yönünden ise davayı reddeden Ankara İkinci Vergi Mahkemesinin 31.1.2006 gün ve E:2005/750; K:2006/57 sayılı kararının iptale ilişkin hüküm fıkrasının; süresinde beyanda bulunmamak suretiyle verginin geç tahakkuk ettirilmesine sebep olan davacı adına ceza kesilmesi ve gecikme faizi hesaplanmasının Yasa gereği olduğu iddiasıyla davalı İdarece, redde ilişkin hüküm fıkrasının ise; araç sınıflandırması yönünden Motorlu Taşıtlar Vergisi ile Karayolları Trafik Kanunu hükümleri yerine, Anayasaya aykırı olan Özel Tüketim Vergisi Kanunu hükümlerinin esas alınmasının hatalı olduğu ileri sürülerek davacı tarafından, bozulması istenilmektedir.

Savunmanın Özeti : Davacı tarafından savunma verilmemiş; davalı İdarece, davacının temyiz isteminin reddi gerektiği savunulmuştur.

Tetkik Hakimi Ergün GÖKDAM'ın Düşüncesi: Davacının temyiz dilekçesinde ileri sürülen iddialar, mahkeme kararının, hukuka uygun olan vergi aslına ilişkin hüküm fıkrasının bozulmasını gerektirecek nitelikte bulunmamıştır.

Davalı idarenin, mahkeme kararının, işlemlerin gecikme faizi ve vergi zıyaı cezasına ilişkin kısmının iptaline yönelik temyiz istemine gelince:

4760 sayılı Kanunun 1, 14 ve 15'inci maddeleri ile 213 sayılı Kanunun 29 ve 112'nci maddelerine göre; 87.04 tarife pozisyonundaki panelvan tipindeki aracın, tadilatla 8+1 kişi taşımaya elverişli araca dönüştürülmesi nedeniyle, 4760 sayılı Kanuna ekli (II) sayılı listedeki, 87.03 tarife pozisyonunda yer alan "insan taşımak üzere imal edilmiş diğer motorlu taşıt" vasfını kazanması sonucu, beyanname verilerek bu pozisyon için öngörülen vergi oranı üzerinden, daha önce ilk iktisap sırasında ödenen vergi mahsup edilmek suretiyle tahakkuk ettirilecek ve değişikliğin kayıt ve tescili tarihinde ödenecek olan özel tüketim vergisinin, bu şekilde tahakkukunun beyana dayalı bir tahakkuk olduğunda şüphe bulunmamakla birlikte;

bu yükümlülüğünü yerine getirmeyen mükellef adına, beyana çağrılmasından sonra ihtirazi kayıtla verilen beyanname üzerinden tarh olunan özel tüketim vergisinin, beyana dayalı olarak tahakkuk ettirildiğinin kabulü mümkün değildir. Artık bu ikmalen yapılmış bir tarhiyat niteliğindedir. Söz konusu tarhiyatın tahakkuk fişi esasına göre tebliği ise, tarhiyatın bu niteliğini değiştirmez.

Bu hukuki durum karşısında; davacının, üzerine düşen vergisel yükümlülüğünü zamanında yerine getirmemesi nedeniyle normal vade tarihinde tahakkuk ettirilemeyen vergi için gecikme hesaplanması, 213 sayılı Yasanın 112'inci maddesinin 3'üncü fıkrası hükmü gereği olduğundan, mahkeme kararının aksi yoldaki temyize konu bu hüküm fıkrasında isabet görülmemiştir.

Öte yandan; Anayasa Mahkemesince, vergi zıyaı cezasının gecikme faizi dahil edilerek hesaplanmasına ilişkin düzenlemenin iptal edildiği dikkate alındığında, görülmekte olan uyuşmazlıkta, vergi zıyaı cezasının, zıyaa uğratılan verginin bir katı dikkate alınarak uygulanmasının hukuka uygun olacağı sonucuna varıldığından; ceza kesme işleminin, vergi aslının bir katı esas alınarak kesilen kısmında isabetsizlik; vergi aslının bir katından fazlaya isabet eden, gecikme faizi hesaplanmasıyla ilgili kısmında da isabet yoktur.

Açıklanan nedenlerle; davacının temyiz isteminin reddi; davalı İdarenin temyiz isteminin ise, kısmen reddi kısmen de kabulü gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı H. Hüseyin TOK'un Düşüncesi: Davacının satın aldığı taşıtın minibüse çevrilmesi nedeniyle itirazi kayıtla verilen beyanname üzerinden vergi ziyaı cezalı olarak tarh ve tebliğ olunan özel tüketim vergisi ile gecikme faizine karşı açılan davada; davanın kısmen reddi, kısmen de kabulü yönünde verilen vergi mahkemesi kararının taraflarca bozulmasına karar verilmesi istenilmektedir.

Mahkeme kararının özel tüketim vergisi ve gecikme faizine ilişkin kesimi yönünden, temyiz dilekçesinde ileri sürülen hususlar, 2577 sayılı Kanunun 49'uncu maddesinde yazılı nedenlerden hiçbirisine uymadığından yazılı gerekçelerle verilen mahkeme kararında yasal isabetsizlik görülmemiştir.

Kararın vergi ziyaı cezasına ilişkin kesimine gelince; 213 sayılı Vergi Usul Kanununun "Vergi ziyaı suçu ve cezası" başlığını taşıyan 4369 sayılı Yasa ile değişik 344'üncü maddesinin ikinci 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 Kanunun 112'nci maddesine göre ziyaa uğratılan vergi tutarı üzerinden hesaplanan gecikme faizinin yarısının eklenmesi suretiyle bulunur" bölümünün Anayasa Mahkemesince 6.1.2005 tarihinde verilen E:2001/3, K:2005/4 sayılı kararla Anayasa'ya aykırı bulunarak iptal edildiğinden ve anılan kararın resmi gazetede yayımlandığı tarihten itibaren iptal edilen hükme göre hüküm kurulması mümkün olmadığından, ayrıca iptal edilen hükmün 8.4.2006 günlü resmi gazetede yayımlanan 5479 sayılı Kanunun 12'nci maddesiyle değiştirilmiş olması karşısında mahkemece, dava konusu vergi ziyaı cezası hakkında sözü edilen Anayasa Mahkemesi kararı ve 5479 sayılı kanunun 12'nci maddesiyle yapılan değişiklik sebebiyle doğan hukuki durumun değerlendirilerek yeniden bir karar verilmesi gerekmektedir.

Açıklanan nedenlerle vergi mahkemesi kararının cezaya ilişkin kesiminin bozulması, özel tüketim vergisi ile gecikme faizine ilişkin kesiminin ise onanması gerektiği düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Yedinci Dairesince işin gereği görüşüldü:

Temyiz başvurusu, davacı adına, satın aldığı ve 87.04 tarife pozisyonunda yer alan motorlu kara taşıtını, 87.03 tarife pozisyonuna dahil araca dönüştürdüğü halde süresinde beyanda bulunmadığından bahisle, ihtirazi kayıtla beyan üzerine, tahakkuk fişiyle özel tüketim ve damga vergisi tahakkuk ettirilmesi ve gecikme faizi hesaplanması ile

ihbarnameyle vergi zıyaı cezası kesilmesi yolunda tesis edilen işlemlerin iptali istemiyle açılan davada; işlemlerin, vergi zıyaı cezası ile gecikme faizine ilişkin kısmını iptal eden; vergi aslına dair kısmı yönünden ise davayı reddeden mahkeme kararının taraflarca bozulması istemlerine ilişkindir.

Mahkeme kararının, dayandığı hukuki ve kanuni nedenlerle gerekçesi yukarıda açıklanan vergi aslına ilişkin hüküm fıkrası, aynı gerekçe ve nedenle Dairemizce de uygun görülmüş olup, davacının temyiz dilekçesinde ileri sürülen iddialar, bu hüküm fıkrasının bozulmasını gerektirecek nitelikte bulunmamıştır.

Davalı idarenin, mahkeme kararının, işlemlerin gecikme faizi ve vergi zıyaı cezasına ilişkin kısmının iptaline yönelik temyiz istemine gelince:

4760 sayılı Özel Tüketim Vergisi Kanununun 1'inci maddesinde, bu Kanuna ekli (II) sayılı listedeki mallardan kayıt ve tescile tabi olanların ilk iktisabının bir defaya mahsus olmak üzere özel tüketim vergisine tabi olduğu; 14'üncü maddesinde, özel tüketim vergisinin, mükelleflerin yazılı beyanları üzerine tarh olunacağı ve beyanname verme süresi içinde ödeneceği; 15'inci maddesinin 2'nci fıkrasının (b) bendinde, (II) sayılı listedeki mallardan kayıt ve tescile tabi olanların, ilk iktisap tarihinden itibaren beş yıl içinde, 87.02, 87.03 veya 87.04 tarife pozisyonlarında yer alan mallara dönüştürülmesi halinde, daha önce ödenen vergi mahsup edilmek suretiyle bu malların ilk iktisabındaki matrah esas alınarak değişiklik uyarınca adına kayıt ve tescil işlemi yapılandan, değişikliğin kayıt ve tescili tarihinde dönüştürülen mallar için geçerli olan oran üzerinden, bu tarihte özel tüketim vergisi alınacağı belirtilmiş; 213 sayılı Vergi Usul Kanununun 29'uncu maddesinde ise, ikmalen vergi tarhı, her ne şekilde olursa olsun bir vergi tarh edildikten sonra bu vergiye müteallik olarak meydana çıkan ve defter, kayıt ve belgelere veya kanuni ölçülere dayanılarak miktarı tespit olunan bir matrah veya matrah farkı üzerinden alınacak verginin tarh edilmesi olarak tanımlanmış; 112'nci maddesinin 3'üncü fıkrasında da, ikmalen, re'sen ve idarece yapılan tarhiyatlarda; vergilerin kendi vergi kanunlarında belirtilen ve tarhiyatın ilgili bulunduğu döneme ilişkin normal vade tarihinden itibaren, (maddede belirtilen süreler için) 6183 sayılı Kanuna göre tespit edilen gecikme zammı oranında gecikme faizi uygulanacağı hükümlerine yer verilmiştir.

Anılan hükümlere göre; 87.04 tarife pozisyonundaki panelvan tipindeki aracın, tadilatla 8+1 kişi taşımaya elverişli araca dönüştürülmesi nedeniyle, 4760 sayılı Kanuna ekli (II) sayılı listedeki, 87.03 tarife pozisyonunda yer alan "insan taşımak üzere imal edilmiş diğer motorlu taşıt" vasfını kazanması sonucu, beyanname verilerek bu pozisyon için öngörülen vergi oranı üzerinden, daha önce ilk iktisap sırasında ödenen vergi mahsup edilmek suretiyle tahakkuk ettirilecek ve değişikliğin kayıt ve tescili tarihinde ödenecek olan özel tüketim vergisinin, bu şekilde tahakkukunun beyana dayalı bir tahakkuk olduğunda şüphe bulunmamakla birlikte; bu yükümlülüğünü yerine getirmeyen mükellef adına, beyana çağrılmasından sonra ihtirazi kayıtla verilen beyanname üzerinden tarh olunan özel tüketim vergisinin, beyana dayalı olarak tahakkuk ettirildiğinin kabulü mümkün değildir. Artık bu ikmalen yapılmış bir tarhiyat niteliğindedir. Söz konusu tarhiyatın tahakkuk fişi esasına göre tebliği ise, tarhiyatın bu niteliğini değiştirmez.

Bu hukuki durum karşısında; davacının, üzerine düşen vergisel yükümlülüğünü zamanında yerine getirmemesi nedeniyle normal vade tarihinde tahakkuk ettirilemeyen vergi için gecikme faizi hesaplanması, 213 sayılı Yasanın 112'inci maddesinin yukarıda yer verilen 3'üncü fıkrası hükmü gereği olduğundan, mahkeme kararının aksi yoldaki temyize konu bu hüküm fıkrasında isabet görülmemiştir.

Öte yandan; 213 sayılı Vergi Usul Kanununun olay tarihinde yürürlükteki şekliyle 344'üncü maddesinin birinci fıkrasında vergi zıyaı suçu; mükellef ve sorumlu tarafından 341'inci maddede yazılı hallerle vergi zıyaına sebebiyet verilmesi olarak tanımlanmış; ikinci fıkrasında da, vergi zıyaı suçu işleyenlere vergi zıyaı cezası kesileceği ve bu cezanın, zıyaa uğratılan verginin bir katına, bu verginin kendi kanununda belirtilen normal vade tarihinden,

cezaya ilişkin ihbarnamenin düzenlendiği tarihe kadar geçen süre için, 213 sayılı Kanunun 112'nci maddesine göre zıyaa uğratılan vergi tutarı üzerinden hesaplanan gecikme faizinin yarısı eklenmek suretiyle bulunacağı hükme bağlanmış; söz konusu maddenin anılan fıkrası, Anayasa Mahkemesinin, 20.10.2005 gün ve 25972 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan ve 20.4.2006 tarihinde yürürlüğe girmesi uygun bulunan, 6.1.2005 gün ve E:2001/3; K:2005/4 sayılı kararıyla; vergi zıyaı cezasının, vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlülük karakteri taşımayan, ancak, vergi zıyaı suçu işleyenlere öngörülen bir yaptırım olduğu; bu durum gözetildiğinde, cezanın hesaplanmasında esas alınacak oranların yasayla belirlenmesi gerektiği; kuralda, zıyaa uğratılan verginin bir katına eklenecek olan cezanın hesaplanmasında esas alınacak olan gecikme zammı oranının Bakanlar Kurulu tarafından ne zaman belirleneceğinin bilinmemesi ve bu durumun sonuçta öngörülecek ceza miktarında belirsizliğe yol açacak olmasının, Anayasanın 38'inci maddesinde sözü edilen "ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirleri ancak kanunla konulur" ve 2'nci maddesindeki "hukuk devleti" ilkelerine aykırılık oluşturacağı sonucuna varılarak, 213 sayılı Kanunun 344'üncü maddesinin 2'nci fıkrasında yer alan "...bu ceza, zıyaa 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 zıyaa uğratılan vergi tutarı üzerinden hesaplanan gecikme faizinin yarısının eklenmesi suretiyle bulunur" bölümünün iptaline ve, doğuracağı hukuksal boşluğun kamu yararını ihlal edici nitelikte görüldüğünden, Anayasanın 153'üncü maddesi ile 2949 sayılı Kanunun 53'üncü maddesi gereğince, iptal hükmünün, kararın Resmi Gazete'de yayımlanmasından başlayarak altı ay sonra yürürlüğe girmesine karar verilmiş; belirlenen süre dolmadan, 8.4.2006 gün ve 26133 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak 1.1.2006 tarihinden geçerli olmak üzere yayımlandığı tarihte yürürlüğe giren, 5479 sayılı Kanunun 12'nci maddesiyle de, 213 sayılı Kanunun 344'üncü maddesinin 2'nci fıkrası değiştirilerek, vergi zıyaı suçu işleyenlere, zıyaa uğrattıkları verginin bir katı tutarında vergi zıyaı cezası kesileceği öngörülmüş; öte yandan, anılan Kanunun 13'üncü maddesiyle eklenen Geçici 27'nci maddesiyle de, 1.1.2006 tarihinden önceki dönemlere ilişkin olarak, bu tarihten sonra ortaya çıkan ve vergi zıyaı cezası kesilmesi gerektiren fiiller için İdarece tesis edilecek işlemler yönünden, zıyaa uğratılan verginin bir katı tutarında vergi zıyaı cezası kesileceği hükme bağlanmıştır.

Anayasa Mahkemesinin iptal kararı; vergi zıyaı cezası konusunda Anayasaya aykırı bulunan hususun, vergi zıyaına yol açan eylemlerin vergi zıyaı cezası ile cezalandırılmasına ilişkin yasal düzenlemenin değil; cezanın miktarının hesaplanmasında esas alınacak gecikme faizinin; maddenin dolaylı olarak atıfta bulunduğu 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun hükümleri uyarınca Bakanlar Kurulunca ne zaman belirleneceği belli olmayan gecikme zammı oranlarına göre saptanmasının, "cezanın kanuniliği" ve "hukuk devleti" ilkeleriyle bağdaşmadığı gerekçesine dayanmaktadır. Yüksek Mahkemenin bu gerekçesi ve iptal hükmünün doğuracağı hukuksal boşluğun kamu yararını ihlal edici nitelikte görerek, iptal hükmünün, kararın Resmi Gazete'de yayımlanmasından başlayarak altı ay sonra yürürlüğe girmesine karar vermiş olması dikkate alındığında; görülmekte olan uyuşmazlıkta, vergi zıyaı cezasının, zıyaa uğratılan verginin bir katı dikkate alınarak uygulanmasının hukuka uygun olacağı sonucuna varıldığından; ceza kesme işleminin, vergi aslının bir katı esas alınarak kesilen kısmında isabetsizlik; vergi aslının bir katından fazlaya isabet eden, gecikme faizi hesaplanmasıyla ilgili kısmında da isabet yoktur.

Açıklanan nedenlerle; davacının temyiz isteminin reddine ve mahkeme kararının, işlemlerin vergi aslına ilişkin kısmı yönünden davanın reddine dair hüküm fıkrasının onanmasına; bu kısma ilişkin olarak hüküm altına alınan tutar üzerinden binde 7.2 oranında ve 28.90 (YirmisekizyeniTürklirasıdoksanyenikuruş) Yeni Türk lirasından az olmamak üzere hesaplanacak nispi karar harcından, Mahkemece karara bağlanan harcın mahsubundan sonra, kalan harç tutarının temyiz eden davacıdan alınmasına; mahkeme kararının, ceza kesme işleminin vergi aslının bir katından fazlaya isabet eden, gecikme faizi hesaplanmasıyla

ilgili kısmının iptaline ilişkin hüküm fıkrasına yönelik davalı İdarenin temyiz isteminin reddine; cezanın vergi aslının bir katı esas alınarak kesilen kısmı ile gecikme faizinin iptaline dair hüküm fıkralarına yönelik istemin ise kabulü ile anılan hüküm fıkralarının bozulmasına; kısmen bozma kararı üzerine Mahkemece yeniden verilecek kararla birlikte yargılama giderleri de hüküm altına alınacağından, bu hususta ayrıca hüküm tesisine gerek bulunmadığına, 25.11.2008 gününde oybirliği ile karar verildi.

T.C.
D A N I Ş T A Y
Yedinci Daire
Esas No : 2006/4865
Karar No : 2008/5665

Özeti : İlk iktisabı 87.04 tarife ve istatistik pozisyonunda "eşya taşımaya mahsus araç" olan motorlu kara taşıtının, 87.05 tarife istatistik pozisyonunda "canlı yayın aracı"na dönüştürülmesi halinde, 87.05 tarife ve istatistik pozisyonu, 4760 sayılı Özel Tüketim Vergisi Kanunu'nun 15'inci maddesinin 2'nci fıkrasının (b) bendinde sayılmadığından, bu dönüşüm işlemi dolayısıyla özel tüketim vergisi doğmayacağı hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan: Başbakanlık Gümrük Müsteşarlığı adına Halkalı Gümrük Müdürlüğü
Karşı Taraf : ... Haber Ajansı Anonim Şirketi
Vekili : Av. ...
İstemin Özeti : Davacı adına tescilli 24.1.2005 gün ve 8028 sayılı serbest dolaşıma giriş beyannamesi muhteviyatı canlı yayın aracı için yapılan özel tüketim vergisi tahakkukuna vaki itirazın reddine dair işlemi; beyannamenin tarih ve sayısı, 27.1.2005 ve 11454 olarak yazılmak suretiyle, olayda, ilk iktisabı 87.04 tarife ve istatistik pozisyonunda "eşya taşımaya mahsus araç" olan motorlu kara taşıtının, hariçte işleme rejimi kapsamında, 87.05 tarife istatistik pozisyonunda "canlı yayın aracı"na dönüştürüldüğünün tartışmasız bulunduğu; 4760 sayılı Özel Tüketim Vergisi Kanununun 15'inci maddesinin 2'nci fıkrasının (b) bendinde; Kanuna ekli (II) sayılı listedeki mallardan kayıt ve tescile tabi olanların, ilk iktisap tarihinden itibaren beş yıl içinde 87.02, 87.03 veya 87.04 tarife pozisyonlarında yer alan mallara dönüştürülmesi halinde, daha önce ödenen vergi mahsup edilmek suretiyle bu malların ilk iktisabındaki matrah esas alınarak değişiklik uyarınca, adına kayıt ve tescil işlemi yapılandan, değişikliğin kayıt ve tescili tarihinde dönüştürülen mallar için geçerli oran üzerinden, bu tarihte özel tüketim vergisi alınacağı hükme bağlandığından, hariçte işleme rejimi kapsamında, yukarıdaki madde hükmünde sayılmayan 87.05 tarife ve istatistik pozisyonunda yer alan canlı yayın aracına dönüştürülen araç için özel tüketim vergisi hesaplanmasının yasaya aykırı olduğu gerekçesiyle iptal eden İstanbul Sekizinci Vergi Mahkemesinin 19.4.2006 gün ve E:2005/1248; K:2006/738 sayılı kararının; Kontrol Genel Müdürlüğünün 2003/11 sayılı Genelgesi uyarınca tesis edilen işlemin hukuka uygun olduğu ileri sürülerek bozulması istenilmektedir.
Savunmanın Özeti : İstemin reddi gerektiği savunulmuştur.
Tetkik Hakimi Kurtuluş BEYRİBEY'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 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 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 Yedinci Dairesince işin gereği görüşüldü:

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 49'uncu maddesinin 2'nci fıkrasında; temyiz incelemesi sonunda kararda ki maddi yanlışlıkların düzeltilmesi mümkün ise kararın düzeltilerek onanmasına karar verileceği hükme bağlanmıştır.

Dosyanın incelenmesinden; davaya konu özel tüketim vergisi tahakkukuna vaki itirazın reddine dair işlem, davacı adına tescilli 24.1.2005 gün ve 8028 sayılı serbest dolaşıma giriş beyannamesine ilişkin olduğu halde, mahkeme kararında sehven "27.1.2005 gün ve 11454" olarak gösterildiği anlaşıldığından, kararda yer alan bu yanlışlık, 2577 sayılı Yasanın yukarıda anılan 49'uncu maddesinin 2'nci fıkrası uyarınca "24.1.2005 gün ve 8028" olarak düzeltildikten sonra, işin esasına geçildi:

Dayandığı hukuki ve kanuni nedenlerle gerekçesi yukarıda açıklanmış bulunan mahkeme kararı, aynı gerekçe ve nedenlerle uygun görülmüş olup, temyiz dilekçesinde ileri sürülen iddialar kararın bozulmasını sağlayacak durumda bulunmadığından, temyiz isteminin reddine; mahkeme kararının onanmasına, 30.12.2008 gününde oybirliği ile karar verildi.

VERASET VE İNTİKAL VERGİSİ

T.C.
D A N I Ş T A Y
Yedinci Daire
Esas No : 2005/3677
Karar No : 2008/5669

Özeti : 7338 sayılı Veraset ve İntikal Vergisi Kanunu'nun 9'uncu maddesinin 3'üncü fıkrası uyarınca, müşterek bahisler üzerinden yapılması gereken kesintilere ait beyanname verme ve tahakkuk edecek vergiyi ödeme yükümlülüğünü yerine getirmeyen dar mükellefler adına, bu faaliyetleri, Türkiye'de, anılan dar mükellefler adına yürüten gerçek kişilerin takip edilmesinde, hukuka aykırılık bulunmadığı hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan : ...
Vekili : Av. ...
Karşı Taraf : Yeditepe Veraset ve Harçlar Vergi Dairesi Müdürlüğü
İstemin Özeti : Yurt dışında mukim ... Limited isimli şirket tarafından internet ortamında gerçekleştirilen müşterek bahisler dolayısıyla dağıtılan ikramiyelerden intikal vergisi kesintisi yapılmadığından bahisle, dar mükellef kurumun Türkiye'deki temsilcisi

sıfatıyla davacı adına tesis edilen ihtiyati tahakkuk ve ihtiyati haciz işlemlerinin iptali istemiyle açılan davayı; olayda, … Limited firmasınca internet üzerinden oynatılan müşterek bahislere ilişkin olarak, bahisçilerden paraların toplanmasında ve kazanılan ikramiyelerin dağıtılmasında davacının da aralarında bulunduğu şahısların Türkiye'deki banka hesaplarının kullanıldığının anlaşılması karşısında, davacının, dar mükellefiyete tabi şirketin Türkiye'deki faaliyetlerini yürüttüğünün açık olduğu; kazanılan ikramiyeler üzerinden, 7338 sayılı Veraset ve İntikal Vergisi Kanununun 9'uncu maddesinin 3'üncü fıkrası uyarınca yapılması gereken kesintilere ait beyanname verme ve tahakkuk edecek vergiyi ödeme yükümlülüğünü yerine getirmeyen şirket adına, Türkiye'de bu faaliyetleri yürütenler arasında bulunan davacı hakkında tesis edilen işlemlerde, bu nedenle hukuka aykırılık görülmediği gerekçesiyle reddeden İstanbul Altıncı Vergi Mahkemesinin 10.06.2005 gün ve E:2005/180; K:2005/1201 sayılı kararının; ortada ivazsız intikal bulunmadığı; yalnızca … Limited Şirketine gönderilen paralar için banka hesaplarının kullanılmış olmasının, bu firmanın daimi temsilcisi sayılmalarını gerektirmediği ileri sürülerek bozulması istenilmektedir.

Savunmanın Özeti: İstemin reddi gerektiği savunulmuştur.

Tetkik Hakimi Kurtuluş BEYRİBEY'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 uygun görülmüş olup, temyiz dilekçesinde ileri sürülen iddialar kararın bozulmasını sağlayacak durumda bulunmadığından, temyiz isteminin reddine; mahkeme kararının onanmasına, 28,90 (YirmisekizyeniTürklirasıdoksanyenikuruş) Yeni Türk lirası maktu karar harcının temyiz eden davacıdan alınmasına, 30.12.2008 gününde oybirliği ile karar verildi.

VERGİ USULÜ

T.C.
D A N I Ş T A Y
Yedinci Daire
Esas No : 2006/324
Karar No : 2008/4915

Özeti : İhracat taahhüdünün yerine getirilmemiş olması hallerinde, ihracatı teşvik mevzuatı uyarınca istisnadan yararlandırılan vergi açısından vergi doğuran olayın, ihracat taahhüdü süresinin sona erdiği tarihte meydana geleceği, tarh zaman aşımı

süresinin de ihracatı teşvik mevzuatı ile tanınan bu sürenin bitim tarihini takip eden takvim yılı başından başlayacağı hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan: Davutpaşa Vergi Dairesi Müdürlüğü
Karşı Taraf **:** ... Kundura Sanayi Anonim Şirketi
Vekili **:** Av. ...
İstemin Özeti **:** İhracatı teşvik mevzuatı uyarınca kullanılan ihracat kredilerine ilişkin olarak damga vergisi istisnasından yararlanan davacının, ihracat taahhüdünü yerine getirmediğinden bahisle, 1997/Mayıs dönemi için salınan damga vergisine ve kesilen kaçakçılık cezasına ilişkin işlemi; olayda, vergiyi doğuran olay, kredilerin kullanıldığı 13.5.1997 tarihinde meydana geldiğinden, 213 sayılı Vergi Usul Kanununun 114'üncü maddesinin birinci fıkrası hükmü karşısında, verginin, bu tarihi takip eden yıldan itibaren beş yıl içerisinde tarh ve tebliğ edilmesi gerekirken, bu süre geçirildikten sonra tarh ve tebliğ edildiğinden, tarh zaman aşımının söz konusu olduğu; 213 sayılı Kanunun anılan 114'üncü maddesinin 5228 sayılı Kanunun 5'inci maddesi ile değişik üçüncü fıkrası hükmünün ise, zaman aşımı süresinin geçmesinden sonra yürürlüğe girmesi nedeniyle olaya etkisinin bulunmadığı gerekçesiyle iptal eden İstanbul Yedinci Vergi Mahkemesinin 24.10.2005 gün ve E:2004/2307; K:2005/2714 sayılı kararının; ihracatı teşvik mevzuatına göre, damga vergisi alacağı istisnadan yararlanma koşullarının ihlal edilmesiyle doğduğundan, koşulların ihlal edildiğinin 2004 yılında tespiti üzerine tarh edilen verginin zaman aşımına uğramadığı ileri sürülerek bozulması istenilmektedir.

Savunmanın Özeti: İstemin reddi gerektiği savunulmuştur.

Tetkik Hakimi Abidin İLDEŞ'in Düşüncesi: Dosyanın incelenmesinden; ihracat taahhüdünde bulunarak damga vergisi istisnasından yararlanan davacı adına, taahhüt hesabında kullanılan gümrük çıkış beyannamelerinin gerçeği yansıtmadığından bahisle tesis edilen işlemin, Mahkemece, vergiyi doğuran olayın kredilerin kullanıldığı tarihte meydana geldiğinin kabulü suretiyle tarh zaman aşımı nedeniyle iptal edildiği anlaşılmıştır.

Oysa; ihracatı teşvik mevzuatına göre, damga vergisi istisnasından yararlanılmasında vergiyi doğuran olayın tekemmülü ihracat taahhüdünün gerçekleştirilmemesi koşuluna bağlı bulunmaktadır.

Bu itibarla; olayda, ihracat taahhüdünün gerçekleştirilmemiş olması halinde, zaman aşımı süresinin başlangıcına taahhüt süresinin sona erdiği tarihin esas alınması gerekeceğinden, gümrük çıkış beyannamelerinin gerçeği yansıtıp yansıtmadığı; yansıtmıyorsa ihracatı teşvik mevzuatına göre taahhüt süresinin hangi tarihte sona erdiği hususları irdelenmeksizin verilen mahkeme kararında isabet görülmemiştir.

Açıklanan nedenle, temyiz isteminin kabulü ile mahkeme kararının bozulması gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı Mukaddes ARAS'ın Düşüncesi: Temyiz başvurusu; davacı Şirket tarafından 13.5.1997 tarihinde kullanılan üç adet ihracat kredisinin %40.63, %100, %100'luk kısmının T.C. Merkez Bankasının 2.3.2004 gün ve 2004/YB-16 sayılı Genelgesi uyarınca iptal edilen gümrük çıkış beyannameleri ile kapatıldığının tespit edildiğinden bahisle salınan damga vergisi ile kesilen kaçakçılık cezasını; verginin tahakkuk zaman aşımına uğradığı gerekçesiyle iptal eden mahkeme kararının bozulması istemine ilişkindir.

213 sayılı Vergi Usul Kanununun zaman aşımına ilişkin 114'üncü maddesinin 1'inci fıkrasında, "Vergi alacağının doğduğu takvim yılını takip eden yılın başından başlayarak beş yıl içinde tarh ve mükellefe tebliğ edilmeyen vergilerin zaman aşımına uğrayacağı.," hükmü yer almış; 19'uncu maddesinin 1'inci fıkrasında ise, vergi alacağının, vergi kanunlarının vergiyi bağladıkları olayın vukuu veya hukuki durumun tekemmülü ile doğacağı belirtilmiştir.

Damga vergisinde, vergiyi doğuran olay, 488 sayılı Kanuna ekli (1) sayılı tabloda yer alan ve herhangi bir hususu ispat veya belli etmek için ibraz edilebilecek olan kağıtların

yazılıp imzalanması ya da imza yerine geçen bir işaret konulması anında meydana gelmekte ve sözü edilen Kanunda gösterilen zamanlarda ödenmesi gerekmektedir.

Olayda ise, ihracatı teşvik mevzuatı uyarınca kredinin kullandırıldığı tarihte alınmayarak şarta bağlı olarak ertelenen damga vergisi; ihracat taahhüdünün bir kısmının iptal edilen gümrük çıkış beyannamelerine dayanılarak kapatıldığının tespit edilmesi üzerine istenildiğinden, zaman aşımı süresinin başlangıcının ihracatı teşvik mevzuat uyarınca vergiyi doğuran olay tarihi esas alınmak suretiyle hesaplanması gerekirken, sözleşmenin yapıldığı tarihi takip eden takvim yılından itibaren başlatılmak suretiyle verilen kararda hukuka uyarlık görülmemiştir.

Açıklanan nedenle, temyiz isteminin kabulüyle mahkeme kararının yeniden bir karar verilmek üzere bozulması gerektiği düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Yedinci Dairesince işin gereği görüşüldü:

Dosyanın incelenmesinden; davacının gerçekleştirmeyi taahhüt ettiği ihracatın finansmanında kullanılmak üzere, 13.5.1997 tarihinde temin ettiği ihracat kredileri nedeniyle, ihracatı teşvik mevzuatı uyarınca damga vergisi istisnasından yararlandığı; kredileri kullandıran Bankaca davalı İdareye gönderilen 16.9.2004 tarihli yazılarla, taahhüt hesabının usulüne uygun olarak kapatılmadığının bildirilmesi üzerine tesis edilen tarh ve ceza kesme işleminin, Mahkemece, istemin özeti bölümünde yazılı gerekçeyle iptal edildiği anlaşılmıştır.

213 sayılı Vergi Usul Kanununun zaman aşımına ilişkin 114'üncü maddesinin 1'inci fıkrası, "Vergi alacağının doğduğu takvim yılını takip eden yılın başından başlayarak beş yıl içinde tarh ve mükellefe tebliğ edilmeyen vergiler zaman aşımına uğrar." hükmünü taşımaktadır. Aynı kanunun 19'uncu maddesinin 1'inci fıkrasında ise, vergi alacağının, vergi kanunlarının vergiyi bağladıkları olayın vukuu veya hukuki durumun tekemmülü ile doğacağı öngörülmüştür.

Bazı vergi kanunlarında değişiklik yapan, 3505 sayılı Kanunun Geçici 2'nci maddesinde, ihracat işlemleri ve bu işlemlerle ilgili olarak düzenlenen kağıtların damga vergisinden müstesna olduğu, kredilerin amaç dışı kullanılması, taahhüt edilen ihracatın gerçekleştirilmemesi veya teşvik belgesindeki şartların yerine getirilmemesi halinde, alınmayan damga vergilerinin, ihracatçı veya yatırımcı kişi ve kuruluşlardan, 213 sayılı Vergi Usul Kanunu hükümlerine göre ceza ve gecikme faizi ile birlikte alınacağı hükme bağlanmıştır.

Bu duruma göre, vergiyi doğuran olayın vukuu veya hukuki durumun tekemmül tarihinin tespiti, zaman aşımı süresinin başlangıcı, dolayısıyla, uyuşmazlığın çözümü bakımından önem taşımaktadır.

Uyuşmazlıkta, mükellef şirketin damga vergisi istisnasından yararlanmasının nedeni, ihracatı teşvik mevzuatı kapsamında taahhüt ettiği ihracatı yapacak olması, uyuşmazlığa konu vergilerin istenilmesinin nedeni de, taahhüdün öngörülen şekilde yerine getirilmediğinin tespit edilmiş olmasıdır.

Damga vergisinde, vergiyi doğuran olay, 488 sayılı Kanuna ekli (1) sayılı tabloda yer alan ve herhangi bir hususu ispat veya belli etmek için ibraz edilebilecek olan kağıtların yazılıp imzalanması ya da imza yerine geçen bir işaret konulması anında meydana gelmekte ve verginin sözü edilen Kanunda gösterilen zamanlarda ödenmesi gerekmekte ise de; olayda olduğu gibi ihracatı (veya yatırımı ya da döviz kazandırıcı faaliyetleri) teşvik etmek amacıyla yapılan düzenlemelerle, söz konusu faaliyetlerle ilgili işlemler dolayısıyla tahakkuk ettirilerek tahsil edilmesi gereken damga vergisinin tahakkuk işleminin yapılması, Kanunda öngörülen zamanlar yerine, şarta bağlı olarak ileri bir tarihe ertelenmesi öngörülmektedir. Bu şart ise, teşviklerden yararlanılabilmesi için uyulması zorunlu olan kuralların ihlali veya taahhüdün öngörülen şekilde ve sürede yerine getirilmemiş olmasıdır.

Yukarıda yer alan düzenlemelerin birlikte değerlendirilmesinden, ihracatı teşvik mevzuatı hükümlerine göre verilen ihracat süresi sonunda, ihracatın gerçekleştirilmemesi veya bu süre içinde yapılan ihracatın gerçek olmaması hallerinde, Vergi Usul Kanununun 19'uncu maddesinde belirtilen vergiyi doğuran olayın, ihracat taahhüdü süresinin sona erdiği tarihte tekemmül etmiş olacağı sonucuna ulaşılmaktadır. Buna göre de, tarh zaman aşımı süresinin, ihracatı teşvik mevzuatı ile tanınan sürenin bitim tarihini takip eden takvim yılı başından başladığının kabulü gerekir.

Olayda, ihracat taahhüdünde kullanılan gümrük çıkış beyannamelerinin gerçeği yansıtmaması halinde, vergiyi doğuran olayın ihracat taahhüt süresinin sona erdiği tarihte tekemmül etmiş olduğunun kabulü zorunlu bulunduğundan, zaman aşımının başlangıcına, kredilerin kullanıldığı tarihin değil, bu tarihin esas alınması gerekecektir. Bu bakımdan; anılan çıkış beyannamelerinin gerçeği yansıtıp yansıtmadığının açıklığa kavuşturulması açısından, beyannamelerin gerçeği yansıtmadığının bildirimine ilişkin Cumhuriyet Başsavcılığının yazısı da dahil yazıların ve dayanağı tüm bilgi ve belgelerin getirtilip incelenmesinden; gerçeği yansıtmıyorsa ihracatı teşvik mevzuatına göre ihracat taahhüt süresinin hangi tarihte sona erdiğinin araştırılmasından sonra karar verilmesi gerekirken, bunlar yapılmaksızın verilen vergi mahkemesi kararında isabet görülmemiştir.

Açıklanan nedenle, temyiz isteminin kabulüne; mahkeme kararının bozulmasına, bozma kararı üzerine, Mahkemece, yeniden verilecek kararla birlikte yargılama giderleri de hüküm altına alınacağından, bu hususta ayrıca hüküm tesisine gerek bulunmadığına, 3.12.2008 gününde oyçokluğu ile karar verildi.

KARŞI OY

X- Temyiz başvurusu, davacı tarafından 1997 yılında kullanılan ihracat kredilerine ilişkin olup, ihracatı teşvik mevzuatı uyarınca, kredilerin kullandırılması anında alınmayan damga vergisinin, ihracat taahhüdünde kullanılan 1998 yılında tescilli gümrük çıkış beyannamelerinin gerçeği yansıtmadığından bahisle salınmasına ve kaçakçılık cezası kesilmesine ilişkin işlemi, verginin tarh zaman aşımına uğradığı gerekçesiyle iptal eden mahkeme kararının bozulması istemine ilişkindir.

Olayda; davacının ihracat taahhüdünü gerçekleştirme süresinin, gümrük çıkış beyannamelerinin tescil edildiği 1998 yılında sona ermiş olması karşısında, verginin, bu tarihi izleyen yıl olan 1999 takvim yılı başından başlamak üzere, en son 2003 takvim yılı sonuna kadar tebliği gerekirken, 2004 yılında tebliğ edildiği anlaşıldığından, zaman aşımına uğrayan vergiye ilişkin işlemde hukuka uyarlık bulunmamaktadır.

Bu bakımdan; temyiz dilekçesinde ileri sürülen iddialar, mahkeme kararının bozulmasını gerektirecek nitelikte görülmediğinden, temyiz isteminin reddi gerektiği oyu ile karara katılmıyorum.

T.C.
D A N I Ş T A Y
Yedinci Daire
Esas No : 2006/224
Karar No : 2008/5149

Özeti : A. T. A. karnesi kapsamı eşyanın süresinde Yurt dışı edilmemesi nedeniyle, olay tarihinde yürürlükte bulunan Eşyaların Geçici Kabulü için A. T. A. Karneleri Hakkında Gümrük Sözleşmesi hükümleri uyarınca, davacı TOBB hakkında tesis edilen işlemin, 4458 sayılı Kanun'un 242'nci maddesinde öngörülen idari itiraz prosedürüne tabi olmadığı; dava açma süresi içerisinde üst makama başvurulmadığından; olayda, 2577 sayılı Yasa'nın 11'inci maddesinin de uygulanamayacağı, davada süre aşımı bulunduğu hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan: Başbakanlık Gümrük Müsteşarlığı adına
Adnan Menderes Gümrük Müdürlüğü
Karşı Taraf : Türkiye Ticaret, Sanayi, Deniz Ticaret
Odaları ve Ticaret Borsaları Birliği
Vekilleri : Av. …
İstemin Özeti : … Limited Şirketi adına 11.3.2002 gün ve 17 sayı ile tescilli DE 072592/02M numaralı ve 18.2.2003 geçerlilik tarihli A.T.A. karnesi kapsamı eşyanın süresinde Yurt dışı edilmediğinden bahisle, söz konusu eşyanın tekrar ihraç edildiği veya A.T.A. karnesinin usulüne uygun olarak diğer bir suretle mükellefiyetten ibra olunduğu hususunda bu yazının tebliğ tarihinden itibaren 6 (altı) ay içinde delil verilmediği takdirde, eşyaya isabet eden gümrük vergi ve resimlerinin %10 fazlasıyla birlikte, 6 (altı) aylık sürenin bitim tarihinden itibaren en geç 7 (yedi) gün içinde ödenmesi, aksi halde, 6183 sayılı Yasa hükümleri uyarınca tahsili cihetine gidileceği yolunda, müşterek ve müteselsil sorumlu sıfatıyla teminat veren müessese olan davacı Kurum adına tesis edilen 16.2.2004 tarih ve 4268 sayılı işleme, 6 (altı) aylık sürenin bitimini müteakip yapılan düzeltme ve itiraz başvurularının reddi üzerine açılan davada; A.T.A. karnesi kapsamı eşyaya ilişkin delil ibrazı ve ödeme talebini içeren işlemin, karnenin geçerlilik süresi sonu olan 18.2.2003 tarihinden itibaren, Eşyaların Geçici Kabulü İçin A.T.A. Karneleri Hakkında Gümrük Sözleşmesinin 6'ncı maddesinin 4'üncü fıkrasında öngörülen bir yıllık sürenin bitiminden sonra 20.2.2004 tarihinde tebliğ edilmiş olması karşısında, olayda, zaman aşımı bulunduğu gerekçesiyle, davaya konu işlemi iptal eden İzmir Dördüncü Vergi Mahkemesinin 20.9.2005 gün ve E:2004/998; K:2005/677 sayılı kararının; davaya konu işlemin, 16.2.2004 tarihinde telefaks yazısı ile davacı Kuruma tebliğ edildiği ileri sürülerek bozulması istenilmektedir.

Savunmanın Özeti: İstemin reddi gerektiği savunulmuştur.

Tetkik Hakimi Ergün GÖKDAM'ın Düşüncesi: Olayda, dava konusu işlemin iptali istemiyle, otuz günlük süre içerisinde en geç 20.9.2004 tarihine kadar dava açılması gerekirken, bu süre geçirilerek, (yapılan düzeltme ve itirazın reddine ilişkin kararın 23.11.2004 tarihinde tebliği üzerine) 21.12.2004 tarihinde mahkeme kayıtlarına geçen dilekçeyle açılan davada süre aşımı bulunduğundan, bu husus gözetilmeksizin, işin esasının

incelenmesi ve bu inceleme sonucuna göre hüküm kurulmasında Yargılama Hukuku Kurallarına uyarlık görülmemiştir.

Bu nedenle, temyiz isteminin kabulüyle kararın bozulması gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı Mukaddes ARAS'ın Düşüncesi: İdare ve vergi mahkemelerince verilen kararların temyizen incelenerek bozulabilmesi için, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 49'uncu maddesinin 1'inci fıkrasında belirtilen nedenlerin bulunması gerekmektedir.

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

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Yedinci Dairesince işin gereği görüşüldü:

Dosyanın incelenmesinden; A.T.A. karnesi kapsamı eşya nedeniyle müşterek ve müteselsil sorumlu sıfatıyla, teminat veren müessese olan davacı Kurum adına tesis edilen 16.2.2004 tarih ve 4268 sayılı işlemin 20.2.2004 tarihinde tebliği üzerine, 6 (altı) aylık sürenin bitimi olan 20.8.2004 tarihini müteakip, önce, 3.9.2004 tarihinde tarihinde düzeltme talebinde bulunularak, bu talebin reddine dair kararın 12.10.2004 tarihinde tebliğinden sonra, 18.10.2004 tarihinde itiraz edildiği; itirazın reddine ilişkin kararın 23.11.2004 tarihinde tebliği üzerine de, 21.12.2004 tarihinde mahkeme kayıtlarına geçen dilekçeyle dava açıldığı; Mahkemece, işin esasının incelenmesi suretiyle, istemin özeti bölümünde yazılı gerekçeyle, işlemin iptaline karar verildiği anlaşılmıştır.

Olay tarihinde yürürlükte bulunan Eşyaların Geçici Kabulü İçin A.T.A. Karneleri Hakkında Gümrük Sözleşmesinin 1'inci maddesinde, teminat veren müessese deyiminin, sözleşmenin 6'ncı maddesinde öngörülen miktarı garanti etmeye yetkili kılınan müesseseyi ifade ettiği; sözleşmenin 6'ncı maddesinde de, teminat veren müessesenin, A.T.A. karnesi ile ithal edilen eşya ile ilgili geçici kabul veya transit için belirlenmiş şartlara uyulmamış olması halinde, giriş vergileri ve ödenmesi gereken sair meblağı ödemeyi taahhüt edeceği; teminat veren müessesenin sorumluluğunun, giriş vergileri tutarının yüzde on fazlasını aşamayacağı belirtilmiştir. Aynı sözleşmenin 7'nci maddesinde ise, teminat veren müessesenin, eşyanın tekrar ihraç edildiği veya usulüne uygun diğer bir şekilde mükellefiyetten ibra olunduğuna ilişkin olarak delil sunmak için gümrük makamlarının talep tarihinden itibaren altı aylık süreye sahip olduğu; deliller bu sürede verilmezse teminatı veren müessesenin bu meblağı derhal depozito olarak veya geçici olarak ödeyeceği, ödeme tarihinden üç ay sonra depozito veya ödemenin kesinleşeceği, ancak bu üç aylık süre içinde de, müessesenin yine delil sunabileceği açıklanmıştır.

Davacı Kurum adına tesis edilen işlem, 4458 sayılı Gümrük Kanunu hükümlerine göre değil, Eşyaların Geçici Kabulü İçin A.T.A. Karneleri Hakkında Gümrük Sözleşmesi ve bu Sözleşmeye dayanılarak çıkarılan 2 seri nolu Gümrük Genel Tebliği (Geçici İthalat) hükümleri uyarınca tesis edildiğinden, bir tahakkuk işlemi değildir. Dolayısıyla, bu işlem için idari itiraz yoluna başvurulmaksızın, 6 (altı) aylık delil verme süresinin dolmasından sonra dava açma süresi içerisinde, doğrudan vergi mahkemesinde dava açılması Yargılama Hukuku kuralları gereğidir.

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun "Dava açma süresi" başlıklı 7'nci maddesinin 1'inci fıkrasında, dava açma süresinin, özel kanunlarında ayrı süre gösterilmeyen hallerde vergi mahkemelerinde otuz gün olduğu; 2'nci fıkrasının (b) bendinde de, bu sürelerin, vergi, resim ve harçlarla benzeri mali yükümler ve bunların zam ve cezalarından doğan uyuşmazlıklarda, tebliğ yapılan hallerde veya tebliğ yerine geçen işlemlerde tebliğin yapıldığı tarihi izleyen günden başlayacağı hükme bağlanmıştır.

Bu durumda; Gümrük Müdürlüğünün idari itiraza konu edilen, A.T.A. Karnesi muhteviyatı eşyaya isabet eden gümrük vergi ve resimleri nedeniyle kefil Kuruluş sıfatıyla davacı Kurum adına tesis edilen işlemine karşı, 4458 sayılı Kanunun 242'nci maddesi uyarınca idari itiraz yoluna başvurulmasının dava açma süresine etkisi yoktur.

Öte yandan; her ne kadar, 2577 sayılı Kanunun "Üst Makamlara Başvurma" başlıklı 11'inci maddesinde, ilgililer tarafından, idari dava açılmadan önce, idari işlemin kaldırılması, geri alınması, değiştirilmesi veya yeni bir işlem yapılmasının üst makamdan, üst makam yoksa işlemi yapmış olan makamdan, idari dava açma süresi içinde istenebileceği, bu başvurmanın işlemeye başlamış olan idari dava açma süresini durduracağı, altmış gün içinde bir cevap verilmezse isteğin reddedilmiş sayılacağı, isteğin reddedilmesi veya reddedilmiş sayılması halinde dava açma süresinin yeniden işlemeye başlayacağı ve başvurma tarihine kadar geçmiş sürenin de hesaba katılacağı hüküm altına alınmış ise de; A.T.A. karnesi muhteviyatı eşyadan kaynaklanan vergilerle ilgili Gümrük Müdürlüğü işleminin tebliği üzerine, 6 (altı) aylık sürenin bitimi olan 20.8.2004 tarihini müteakip, düzeltme talebinin reddi üzerine 18.10.2004 tarihinde İzmir Gümrük ve Muhafaza Başmüdürlüğüne yapılan başvuru, otuz günlük sürenin geçirilmesi nedeniyle, 11'inci maddede öngörülen üst makama yapılan başvuru olarak değerlendirilemeyeceğinden, olayda, idari dava açma süresinin hesaplanması bakımından, bu hükmün uygulanması da olanaklı değildir.

Bu bakımdan; dava konusu işlemin iptali istemiyle, otuz günlük süre içerisinde, en geç 20.9.2004 tarihine kadar, dava açılması gerekirken, bu süre geçirilerek, (yapılan düzeltme ve itirazın reddine ilişkin kararın 23.11.2004 tarihinde tebliği üzerine) 21.12.2004 tarihinde mahkeme kayıtlarına geçen dilekçeyle açılan davada süre aşımı bulunduğundan, bu husus gözetilmeksizin, işin esasının incelenmesi ve bu inceleme sonucuna göre hüküm kurulmasında Yargılama Hukuku Kurallarına uyarlık görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle, temyiz isteminin kabulüne, mahkeme kararının bozulmasına, bozma kararı üzerine Mahkemece yeniden verilecek kararla birlikte yargılama giderleri de hüküm altına alınacağından, bu hususta ayrıca hüküm tesisine gerek bulunmadığına, 22.12.2008 gününde oybirliği ile karar verildi.

SEKİZİNCİ DAİRE KARARLARI

BELEDİYE GELİRLERİ

T.C.
D A N I Ş T A Y
Sekizinci Daire
Esas No : 2009/852
Karar No : 2009/1870

Özeti : Belediyece yapılan imar planları ve imar uygulamaları sonucunda, kişilere ait taşınmazların değer kazandığı gerekçesiyle, idari hizmetlerin karşılığı olarak, belediye tarafından belirlenen tarifeye dayanılmak suretiyle herhangi bir bedel istenilmesinde, mevzuata ve hukuka uyarlık bulunmadığı hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan : ...
Vekili **:** Av. ...
Karşı Taraf **:** Silivri Belediye Başkanlığı
Vekili **:** Av. ...

İstemin Özeti **:** İstanbul İli Silivri İlçesi, ... Köyü ... pafta ... sayılı parselin bulunduğu alanda 3194 sayılı Yasanın 18. maddesi uygulamasına gidildiğinden bahisle 5272 sayılı Belediye Yasasının 59/E maddesi uyarınca davacıdan imar uygulama hizmet bedeli alınmasına ilişkin Belediye Başkanlığının 26.8.2005 gün ve 3719 sayılı işleminin iptali istemiyle açılan davada; davacıya ait taşınmazın, belediyece yapılan imar planları ve imar uygulaması sonucunda ekonomik olarak değer kazandığı anlaşıldığından, idari hizmetlerin karşılığı olarak belediye tarafından belirlenen tarifeye dayanılmak suretiyle imar uygulama hizmet bedeli istenilmesine ilişkin işlemde mevzuata aykırılık bulunmadığı gerekçesiyle davayı reddeden İstanbul 6. İdare Mahkemesinin 17.05.2006 gün ve E:2005/2735, K:2006/1143 sayılı kararının; hukuka aykırı olduğu öne sürülerek, 2577 sayılı Yasanın 49. maddesi uyarınca temyizen incelenerek bozulması istemidir.

Savunmanın Özeti : İstemin reddi ile Mahkeme kararının onanması gerektiği savunulmaktadır.

Danıştay Tetkik Hakimi Tuğba DEMİRER AKAR'ın Düşüncesi : İstemin kabulü ile İdare Mahkemesi kararının bozulması gerektiği düşünülmektedir.

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

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

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Sekizinci Dairesince işin gereği görüşüldü:

Uyuşmazlık; İstanbul İli Silivri İlçesi, ... Köyü ... pafta ... parselin maliki olan davacıdan, imar uygulama hizmet bedeli istenilmesine ilişkin Silivri Belediye Başkanlığı işleminden kaynaklanmıştır.

Dava konusu işlem, 5272 sayılı Belediye Yasasının 59. maddesinin birinci fıkrasının (e) bendi uyarınca oluşturulmuş ise de, dava konusu işlem tarihinde yürürlükte bulunan 5393 sayılı Yasanın ilgili maddeleri de aynı kuralları içerdiğinden, uyuşmazlığın çözümünde bu Yasanın dikkate alınması gerekmektedir.

5393 sayılı Belediye Yasasının 18. maddesinin (f) fıkrasında; yasalarda vergi, resim, harç ve katılma payı konusu yapılmayan ve ilgililerin isteğine bağlı hizmetler için uygulanacak ücret tarifesini belirlemek görev ve yetkisinin belediye meclisine ait olduğu hükmüne yer verilmiş olup, "Belediyenin gelirleri" başlığını taşıyan 59. maddesinin (a) fıkrasında; yasalarla gösterilen belediye vergi, resim, harç ve katılma payları ile (e) fıkrasında; belediye meclisi tarafından belirlenecek tarifelere göre tahsil edilecek hizmet karşılığı ücretler belediyenin gelirleri arasında sayılmıştır.

2464 sayılı Belediye Gelirleri Yasasının 97. maddesinde; "Belediyeler bu Yasada harç veya katılma payı konusu yapılmayan ve ilgililerin isteğine bağlı olarak ifa edecekleri her türlü hizmet için belediye meclislerince düzenlenecek tarifelere göre ücret almaya yetkilidir.Belediyeye tekel olarak verilmiş işler kendi özel hükümlerine tabidir." hükmüne yer verilmiş olup; aynı Yasanın "Çeşitli Harçlar" başlıklı 8. Bölüm 80. maddesinde, imar mevzuatı gereğince, belediye sınırları ve mücavir alanlar içinde İmar Yasasına göre ilk kez yapılan veya istek üzerine gerçekleştirilen müteakip parselasyon işlemlerinin "parselasyon harcına", ifraz ve tevhit kararlarının "ifraz ve tevhit harcına", proje tasdik işlemlerinin "plan ve proje tasdik harcına" tabi olduğu gibi bir kısım harçlar sayılmış ve 84. maddesinde; imarla ilgili olan ilk parselasyon harcı, ifraz ve tevhit harcı ve diğer harçlar için asgari ve azami tarife bedeli belirlenmiş ve 89.maddesinde de, harcamalara katılma paylarının,bir program dahilinde veya istek üzerine doğrudan doğruya yapılan işlerde sözkonusu olduğu belirtilerek, yine 91. maddesinde, katılma paylarının tahakkuku ve hesaplanması, bu madde hükmünde ayrı bir yönteme bağlanmıştır.

Mahkemece, davacının da taşınmazının bulunduğu alan, daha önce 1/50000 ölçekli İstanbul Metropoliten Alan İmar Planında ve 1/25000 ölçekli Çevre Düzeni Planlarında tarımsal karakteri korunacak alanda ve tarla vasfında iken davalı belediye tarafından, 3194 sayılı İmar Yasasının 8. maddesi ve Plan Yapımına Dair Esaslara Ait Yönetmelik gereğince üst ölçekli planlara uygun olarak 1/1000 ölçekli uygulama imar planı yapıldığı; imar planına uygun olarak da imar uygulaması yapılması sonucunda çeşitli harcamalar yapıldığından, bu hizmetlerin karşılığında 7.1.2005 tarih ve 2005/5 sayılı Belediye Meclisi kararı ile belirlenen belli bir tarife üzerinden, imar uygulama hizmet bedeli istenilmesinde mevzuata aykırılık bulunmadığı gerekçesiyle dava reddedilmiştir.

Dosyanın incelenmesinden, davacının mülkiyetinde bulunan İstanbul İli, ... İlçesi, ... Köyü, ... Mevkii, ... pafta, ... sayılı parselde taşınmazın da bulunduğu bölgede, 17.8.1999 depremi sonrasında, harita yaptırılması ve 1/25000, 1/5000 ve 1/1000 ölçekli planların hazırlanması gereğinin hasıl olması üzerine, plan çalışmaları ile Silivri Belediyesi I. Etap Arazi ve Arsa Düzenlemesi İşi için 3194 sayılı İmar Yasası uyarınca yapılan işler ve verilen hizmetler karşılığında, davalı belediyenin bir kısım harcamalarda bulunduğu anlaşılmaktadır.

Uyuşmazlığın çözümü için öncelikle, davacıdan, Belediye Meclisinin 7.1.2005 gün ve 2005/5 sayılı kararı ile belirlenen tarifeye bağlanarak (m^2) değeri üzerinden istenilen bedelin; 2464 sayılı Yasanın 97. maddesi gözönüne alınarak, niteliğinin belirlenmesi gerekmektedir.

Yukarıda yer alan yasal düzenlemeler uyarınca, belediye meclislerinin; vergi, resim, harç ve katılma payı konusu yapılmayan ve isteğe bağlı olarak yapacakları hizmetler için tarife belirlemek suretiyle ilgililerden ücret isteyecekleri açıktır.

Ancak, davalı idarece herhangi bir istek olmaksızın, 3194 sayılı İmar Yasasının 8. maddesi uyarınca yapılan veya yaptırılan planlar ile 18. maddesi uygulamasından kaynaklanan imar düzenlemeleri sonucunda, davacıdan "imar uygulama hizmeti karşılığı" adı

altında istenen ücret, 2464 sayılı Yasanın 97. maddesi kapsamındaki ücrete tabi işlerden sayılamayacağından yasal dayanağının bulunmadığı görülmektedir.

Bu durumda, davalı idarece kendiliğinden yapılan imar uygulamaları sonucunda, davacıya ait taşınmazın değer kazandığından bahisle ücrete tabi tutulmasına olanak bulunmadığından, dava konusu işlemde ve davayı reddeden İdare Mahkemesi kararında hukuka uyarlık görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle İstanbul 6. İdare Mahkemesi kararının bozulmasına, yeniden bir karar verilmek üzere dosyanın anılan Mahkemeye gönderilmesine 16.03.2009 gününde oybirliği ile karar verildi.

BELEDİYE İŞLERİ

T.C.
D A N I Ş T A Y
Sekizinci Daire
Esas No : 2007/6791
Karar No : 2009/352

Özeti : İlçe belediyesi sınırları içerisinde bulunan parklara isim verme yetkisinin ilçe belediye meclislerine ait olduğu ve ilçe belediye meclislerince konuyla ilgili olarak alınan kararların, mülki idare amirinin onayı ile yürürlüğe gireceği hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan (Davacı): Yakapınar Belediye Başkanlığı
Vekili **:** Av. ...
Karşı Taraf (Davalı) **:** Yüreğir Kaymakamlığı
İstemin Özeti **:** Adana İli, Yüreğir İlçesi, Yakapınar Beldesi sınırları içerisinde bulunan ... Mahallesi ... Mevkiindeki parka" ...", ... Mahallesi ... Sokağındaki parka " ... " adının verilmesine ilişkin Yakapınar Belediye Meclisinin 13.09.2006 gün 13 ile 14 sayılı kararlarının uygun görülmeyerek reddine ilişkin Yüreğir Kaymakamlığının 13.09.2006 gün ve 2022 sayılı işleminin iptali istemiyle açılan davada; Büyükşehir Belediyesi sınırları içerisinde kalan parklara isim verme yetkisinin, 5216 sayılı Büyükşehir Belediye Yasasının 7/g maddesi uyarınca Adana Büyükşehir Belediyesine ait olması nedeniyle, Adana Büyükşehir Belediyesi ilk kademe belediyesi olan davacı Yakapınar Belde Belediye Meclisince alınan kararların onanmayarak iade edilmesine ilişkin dava konusu kararda bu yönüyle hukuka aykırılık görülmediği gerekçesiyle davayı reddeden Adana 2. İdare Mahkemesinin 31.05.2007 gün ve E: 2006/3257, K:2007/790 sayılı kararının, dava konusu işlemin mevzuata uygun olduğu öne sürülerek, 2577 sayılı Yasanın 49. maddesi uyarınca temyizen incelenerek bozulması istemidir.

Savunmanın Özeti : Savunma verilmemiştir.

Danıştay Tetkik Hakimi Tuğba DEMİRER AKAR'ın Düşüncesi : İlçe belediyeleri sınırları içerisindeki parklara isim verme yetkisi ilçe belediye meclislerine ait olduğundan, aksi yöndeki değerlendirmeyle verilen İdare Mahkemesi kararının bozulması gerektiği düşünülmektedir.

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

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

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Sekizinci Dairesince işin gereği görüşüldü:

Uyuşmazlık, Adana İli, Yüreğir İlçesi, Yakapınar Beldesi sınırları içerisinde bulunan Eski Misis Mahallesi Köprübaşı Mevkiindeki parka" Ahmet Kaya", Yakapınar Mahallesi Namık Kemal Sokağındaki parka " Yılmaz Güney " adının verilmesine ilişkin Yakapınar Belediye Meclisinin 13.09.2006 gün 13 ile 14 sayılı kararlarının uygun görülmeyerek reddine ilişkin Yüreğir Kaymakamlığının 13.09.2006 gün ve 2022 sayılı işleminin iptali isteminden kaynaklanmıştır.

23.07.2004 gün ve 25531 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren 5216 sayılı Büyükşehir Belediye Yasasının 28. maddesinde, Belediye Yasası ve diğer ilgili yasaların bu Yasaya aykırı olmayan hükümlerinin ilgisine göre büyükşehir, büyükşehir ilçe ve ilk kademe belediyeleri hakkında da uygulanacağı kurala bağlanmış, 5393 sayılı Belediye Yasasının "Ad Verme, Tanıtıcı Amblem ve Flama Kullanımı" başlıklı 81. maddesinde de, cadde, sokak, meydan, park, tesis ve benzerlerine ad verilmesi ve beldeyi tanıtıcı amblem, flama ve benzerlerinin tespitine ilişkin kararlarda; belediye meclisinin üye tam sayısının salt çoğunluğu, bunların değiştirilmesine ilişkin kararlarda ise, meclis üye tam sayısının üçte iki çoğunluğunun kararının aranacağı, bu kararların mülki idare amirinin onayı ile yürürlüğe gireceği düzenlemesine yer verilmiştir.

Dosyanın incelenmesinden; davacı Belediye Meclisinin 13.09.2006 gün ve 13 sayılı kararı ile, ... Mahallesi ... Mevkiindeki parka "...", aynı tarih ve 14 sayılı kararı ile de ... Mahallesi ... Sokağındaki parka " ..." isminin verilmesine karar verildiği, anılan kararların onay için davalı Yüreğir Kaymakamlığına gönderildiği, Yüreğir Kaymakamlığının davaya konu işlemiyle davacı Belediye Meclisi kararlarının uygun görülmeyerek iade edildiği anlaşılmıştır.

İdare Mahkemesince, 5216 sayılı Büyükşehir Belediye Yasası uyarınca parklara isim verme yetkisinin Büyükşehir Belediyesine ait olduğu, bu nedenle davacı Belediye Meclisince alınan kararların onaylanmayarak iade edilmesine ilişkin kararda hukuka aykırılık bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiş ise de, yukarıda anılan mevzuat hükümleri uyarınca, parklara isim verme yetkisi ilçe belediye meclislerine ait olup, ilçe belediye meclislerince konuyla ilgili olarak alınan kararlar, mülki idare amirinin onayı ile yürürlüğe girecektir.

Bu durumda, İdare Mahkemesince belirtilen husus gözönünde bulundurularak işin esası hakkında bir karar verilmesi gerekmektedir.

Açıklanan nedenlerle, Adana 2. İdare Mahkemesi kararının bozulmasına , yeniden bir karar verilmek üzere dosyanın anılan Mahkemeye gönderilmesine 19.01.2009 gününde oybirliği ile karar verildi .

T.C.
D A N I Ş T A Y
Sekizinci Daire
Esas No : 2007/5844
Karar No : 2009/1309

Özeti : İşyeri Açma ve Çalışma Ruhsatlarına İlişkin Yönetmeliğe göre, umuma açık istirahat ve eğlence yerlerinin patlayıcı, parlayıcı, yanıcı v.b. tehlikeli maddeler üretilen, satılan, kullanılan yerlere uzaklığı konusunda açık bir düzenleme olmadığından, bu yerlerin başka kurumlara olan uzaklığının kıyas yolu ile uygulanamayacağı hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan : ...
Karşı Taraf : Kargı Belediye Başkanlığı
İstemin Özeti : Davacının kıraathane açmak istemiyle yaptığı başvurusunun reddine ilişkin 9.5.2006 gün ve 617 sayılı Kargı Belediye Başkanlığı işleminin iptali istemiyle açılan davada; İşyeri Açma ve Çalışma Ruhsatlarına İlişkin Yönetmeliğin 5. maddesi ile 34/1 maddesinden söz edilerek, dosyanın incelenmesinden, davacının işyerinin likit petrol gazı satan bayilere olan uzaklığının 100 metreden az olduğu anlaşıldığından, davacının ruhsat talebinin reddinde hukuka aykırılık bulunmadığı gerekçesiyle davayı reddeden Çorum İdare Mahkemesinin 8.2.2007 gün ve E:2006/839, K:2007/131 sayılı kararının, İşyeri Açma ve Çalışma Ruhsatlarına İlişkin Yönetmelikte umuma açık istirahat ve eğlence yerlerinin patlayıcı, parlayıcı, yanıcı ve benzeri tehlikeli maddeler üretilen, satılan, kullanılan, depolanan ve gaz dolum tesislerine mevzuatın öngörüldüğü uzaklıkta bulunması gerektiği hükme bağlanmakla beraber, uzaklıkla ilgili bir düzenlemeye yer verilmediği ileri sürülerek, 2577 sayılı Yasanın 49. maddesi uyarınca temyizen incelenerek bozulması istemidir.
Savunmanın Özeti : Savunma verilmemiştir.
Danıştay Tetkik Hakimi Mesude GÜNDÜZ'ün Düşüncesi : İstemin reddi gerektiği düşünülmektedir.
Danıştay Savcısı Hüseyin YILDIZ'ın Düşüncesi : İdare ve vergi mahkemelerince verilen kararların temyizen incelenerek bozulabilmesi için, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 49 uncu maddesinin birinci fıkrasında belirtilen nedenlerin bulunması gerekmektedir.
Temyiz dilekçesinde öne sürülen hususlar, söz konusu maddede yazılı nedenlerden hiçbirisine uymadığından, istemin reddi ile temyiz edilen Mahkeme kararının onanmasının uygun olacağı düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Sekizinci Dairesince işin gereği görüşüldü :
Uyuşmazlık; davacının kıraathane açmak için yaptığı başvurusunun reddine ilişkin işlemden doğmuştur.
10.8.2005 gün ve 25902 sayılı İşyeri Açma ve Çalışma Ruhsatlarına İlişkin Yönetmeliğin 4. maddesi, bu Yönetmelikte geçen deyimlerin tanımlarını yapmış, kıraathaneler anılan maddenin g bendinde, umuma açık istirahat ve eğlence yerleri arasında sayılmış, aynı Yönetmeliğin "İşyerlerinde Aranacak Genel Şartlar" başlıklı 5. maddesinin e bendinde, umuma açık istirahat ve eğlence yerlerinin, patlayıcı, parlayıcı, yanıcı ve benzeri tehlikeli maddeler üretilen, satılan, kullanılan, depolanan yerler ile gaz dolum tesislerine mevzuatın öngördüğü uzaklıkta bulunması gerektiği, "Umuma Açık İstirahat ve Eğlence

Yerlerinin Açılması" başlıklı 32. maddesinin 6. fıkrasında, yukarıdaki hükümde sayılan yerlerin, resmi ve özel okul binalarından ve ilk ve ortaöğretim öğrencilerinin barındığı öğrenci yurtları ile anaokullarından kapıdan kapıya en az yüz metre uzaklıkta bulunmasının zorunlu olduğu, "Mesafe Ölçümü" başlıklı 34. maddesinde, bu yerlerin açılmasına izin verilirken, mesafe ölçümünde, bina ve tesislerin varsa bahçe kapıları, yoksa bina kapıları; kapıların birden fazla olması durumunda en yakını'nın esas alınacağı,. yüz metre uzaklığın ölçümünde, mevcut cadde ve sokaklar üzerinden yaya yolu kullanılarak, yaya kurallarına göre gidilebilecek en kısa mesafenin dikkate alınacağı, bu tür yerlerin açılmasına izin verilirken, o yerin en az yüz metre civarında okul bulunup bulunmadığının yanı sıra, bu işyerlerinin özel eğitime muhtaç bireylerin devam ettikleri öğretim kurumları ve okullar dışındaki diğer özel öğretim kurumları ile aynı binada olup olmadığı ve içkili yer bölgesinde bulunup bulunmadığının yetkili idarelerce tespit edileceği hükme bağlanmıştır.

Dosyanın incelenmesinden; davacının, Çorum İli, Kargı İlçesinde kıraathane açmak istemiyle yaptığı başvurusunun, İşyeri Açma ve Çalışma Ruhsatlarına İlişkin Yönetmeliğin 5/e maddesine aykırı olduğundan bahisle reddedildiği anlaşılmışsa da, yukarıda aktarılan Yönetmelik hükümlerinin birlikte değerlendirilmesinden, meyhane, kahvehane, kıraathane, bar elektronik oyun merkezleri gibi umuma açık yerler ile alkollü içki satışı yapılan yerlerin okullara uzaklığının en az 100 metre olması gerektiği, söz konusu bu uzaklığın okullar için getirilmiş özel bir sınırlama olduğu, bu yerlerin patlacıyı, parlayıcı, yanıcı ve benzeri tehlikeli maddeler üretilen, satılan, kullanılan, depolanan yerler ile gaz dolum tesislerine olması gereken uzaklık hakkında açık olarak belirtilmiş bir düzenlemenin bulunmadığı sonucuna varılmıştır.

Bu durumda, davacının kıraathane açmak istemiyle yaptığı başvurusunun, İşyeri Açma ve Çalışma Ruhsatlarına İlişkin Yönetmeliğin 5/e maddesine uygun olmadığından bahisle reddine ilişkin işlemin iptali istemiyle açılan davada, umuma açık istirahat ve eğlence yerlerinin patlacıyı, parlayıcı, yanıcı ve benzeri tehlikeli maddeler üretilen, satılan, kullanılan, depolanan yerler ile gaz dolum tesislerine uzaklığı konusunda mevzuaatta açık olarak belirtilmemiş olan mesafe sınırının, başka kurumlar için öngörülmüş olan mesafe sınırının kıyas yoluyla esas alınarak, işyerinin yukarıda anılan yerlere bu mesafeden daha az bir mesafede olduğu için davanın reddedilmesinde hukuka uyarlık görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle, Çorum İdare Mahkemesi kararının bozulmasına, dosyanın yeniden bir karar verilmek üzere adı geçen Mahkemeye gönderilmesine 23.2.2009 gününde oybirliği ile karar verildi.

OKUL İŞLERİ

T.C.
D A N I Ş T A Y
Sekizinci Daire
Esas No : 2007/6457
Karar No : 2008/8352

Özeti : Bedensel engelli vatandaşların iş yaşamı ve sosyal yaşam içinde daha aktif bir katılımla yer alması noktasında, büyük önem arz eden ve maddi açıdan daha külfetli olan eğitim ve rehabilitasyon sürecine devamlarının sağlanması, anayasal sosyal devlet anlayışınında bir gereği olduğundan, Milli Eğitim Bakanlığı Özel Öğretim Kurumlarının onsekiz yaşını

doldurmuş bedensel engelli vatandaşların eğitim giderlerinin karşılanmamasına ilişkin genel tebliğinde hukuka uyarlık bulunmadığı hakkında.

Davacı : ...'na velayeten ...
Vekili : Av. ...
Davalı : Milli Eğitim Bakanlığı

Davanın Özeti : Milli Eğitim Bakanlığı Özel Öğretim Kurumları Genel Müdürlüğü tarafından çıkarılan; zihinsel özürlülerde yaş koşulu aranmadan, özürlü çocukların eğitim giderlerinin Bakanlıkça karşılanmasına ilişkin 26.06.2006 gün ve 55270 sayılı tebliğde, zihinsel özürlü çocuklarda yaş koşulu aranmamasına karşılık, bunlar dışındaki özürlüler için 18 yaş sınırı getirildiği; bu suretle bedensel özürlüler açısından Anayasa'da yer alan eşitlik ilkesine aykırı bir şekilde ayrım yapıldığı; 5378 sayılı Özürlüler ve Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanunun ilgili maddelerinde bu yönde bir ayrım yapılmadığı ve anılan düzenleyici işlemin üst hukuk normlarına aykırı olduğu ileri sürülerek, zihinsel özürlüler dışındaki özürlüler için 18 yaş sınırı getiren kısmının iptali istenilmektedir.

Savunmanın Özeti : Dava konusu tebliğin dayanağı olan 5378 sayılı Yasada özür türlerinin ve bu tür özürlerin seviyesinin çocuk olarak belirtildiği ve Medeni Kanunda yeralan çocuk tanımı uyarınca ancak 18 yaşın üzerindeki zihinsel özürlülerin çocuk olarak addedildiği; dolayısıyla 18 yaşın üzerindeki bedensel engelli kişilerin çocuk olarak tanımlanamayacağı için 5378 sayılı Yasada öngörülen eğitim gideri yardımından faydalanamayacağı; ayrıca anılan tebliğle anayasal eğitim hakkının kısıtlanmadığı ve 5378 sayılı Yasanın 13. maddesi uyarınca bedensel özürlüler için sunulan eğitim ve rehabilite imkanlarından davacının oğlunun da faydalanabileceği, davanın reddi gerektiği savunulmaktadır.

Danıştay Tetkik Hakimi Volkan ÇAKMAK'ın Düşüncesi : Dava konusu tebliğin dayanağı olan 5378 sayılı Yasanın "amaç" başlıklı 1. maddesi ile özürlü tanımına yer veren 3. maddesinde engelli kişiler açısından zihinsel veya bedensel kavramları çerçevesinde bir ayrım yapılmamış olup, anılan tebliğ ile hem 5378 sayılı Yasanın "engellilerin her bakımdan gelişiminin sağlanması" yönündeki amacına aykırı bir durum yaratılmakta hem de anayasal eşitlik ilkesi toplum yaşamı açısından benzer zorluklarla karşılaşan engelli kişiler arasında ayrım yapılmak suretiyle ihlal edilmektedir.

Demokratik, çağdaş ve medeni bir toplum olmanın gereği olarak engelli vatandaşların, iş yaşamı ve sosyal yaşam içinde daha aktif bir katılımla yer alması noktasında büyük önem arzeden ve maddi açıdan daha külfetli olan eğitim ve rehabilitasyon sürecine devamlarının sağlanması Anayasamızda yer alan sosyal devlet anlayışının da bir gereği olduğundan, onsekiz yaşını geçmiş bedensel engelli kişilerin özel eğitim giderlerinin Bakanlıkça karşılanmaması sonucunu doğuran dava konusu tebliğin ilgili hükmünün iptal edilmesi gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı Yücel BULMUŞ'un Düşüncesi : Dava; Milli Eğitim Bakanlığı Özel Öğretim Kurumları Genel Müdürlüğü tarafından çıkarılan; zihinsel özürlülerde yaş koşulu aranmadan, özürlü çocukların eğitim giderlerinin Bakanlıkça karşılanmasına ilişkin 26.06.2006 gün ve 55270 sayılı tebliğde, zihinsel özürlü çocuklarda yaş koşulu aranmamasına karşılık, bunlar dışındaki özürlüler için 18 yaş sınırı getirildiği; bu suretle bedensel özürlüler açısından Anayasa'da yer alan eşitlik ilkesine aykırı bir şekilde ayrım yapıldığı; 5378 sayılı Özürlüler ve Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanunun ilgili maddelerinde bu yönde bir ayrım yapılmadığı ve anılan düzenleyici işlemin üst hukuk normlarına aykırı olduğu ileri sürülerek, zihinsel özürlüler dışındaki özürlüler için 18 yaş sınırı getiren kısmının iptali isteminden doğmuştur.

Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Başlangıç kısmında; Her Türk Vatandaşının bu Anayasadaki temel hak ve hürriyetlerden eşitlik ve sosyal adalet gereklerince yararlanarak

milli kültür, medeniyet ve hukuk düzeni içinde onurlu bir hayat sürdürme ve maddi ve manevi varlığını bu yönde geliştirme hak ve yetkisine doğuştan sahip olduğu belirtilmiştir. Birinci kısmında yer alan 2. maddesinde ise; "Türkiye Cumhuriyeti, toplumun huzuru, milli dayanışma ve adalet anlayışı içinde, insan haklarına saygılı, Atatürk milliyetçiliğine bağlı, başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan, demokratik, laik ve sosyal bir hukuk Devletidir." hükmü yer almaktadır. "Kanun Önünde Eşitlik" başlıklı 10. maddesinde de; herkesin ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşit olduğu hüküm altına alınmıştır.

7.7.2005 gün ve 25868 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren 5378 sayılı Özürlüler ve Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un "Tanımlar" başlıklı 3. maddesinin a bendinde, özürlü; doğuştan veya sonradan herhangi bir nedenle bedensel, zihinsel, ruhsal, duyusal ve sosyal yeteneklerini çeşitli derecelerde kaybetmesi nedeniyle toplumsal yaşama uyum sağlama ve günlük gereksinimlerini karşılama güçlükleri olan ve koruma , bakım, rehabilitasyon, danışmanlık ve destek hizmetlerine ihtiyaç duyan kişi olarak tanımlanmıştır.

Aynı Yasanın 35. maddesi ile 3797 sayılı Milli Eğitim Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanuna Eklenen Ek 3. maddesinde de; görme, ortopedik, işitme, dil-konuşma, ses bozukluğu, zihinsel ve ruhsal özürlü çocuklardan özel eğitim değerlendirme kurulları tarafından, özel eğitim ve rehabilitasyon merkezlerine devam etmeleri uygun görülenlerin eğitim giderlerinin, her yıl bütçe uygulama talimatında belirlenen miktarının Milli Eğitim Bakanlığı bütçesine konulacak ödenekten karşılanacağı hükmü yer almaktadır.

Dava konusu 26.6.2006 gün ve 55270 sayılı Milli Eğitim Bakanlığı tebliğinde; "Özürlülerin sağlık, eğitim, rehabilitasyon, istihdam, sosyal yardım alanlarında yaşadıkları sorunların çözümlenmesi amacıyla hazırlanan 5378 sayılı Yasa gereği 1.6.2006 gününden itibaren özel eğitim değerlendirme kurulları tarafından Milli Eğitim Bakanlığı gözetim ve denetimi altında olan özel eğitim ve rehabilitasyon merkezlerine devam etmeleri uygun görülen özürlü çocukların (zihinsel özürlülerde yaş koşulu aranmaz) eğitim giderlerinin Milli Eğitim Bakanlığınca karşılanacağı belirtilmiştir.

Dava dosyasının incelenmesinden, davacının, adına 26.6.2006 günlü tebliğin iptali istemiyle yargı yoluna başvurduğu ve %90.4 fonksiyon kaybı olan oğlunun, anılan tebliğ uyarınca 18 yaşını doldurduğu ve bedensel özürlü olduğu için devam ettiği özel eğitim ve rehabilitasyon merkezinden ayrılmak durumunda kaldığı, anlaşılmaktadır.

5378 sayılı Yasada yer alan özürlü tanımında zihinsel ve bedensel yeteneklerin kaybı kavramlarına yer verilmekle beraber, tanım yapılırken bu hususta zihinsel veya bedensel özürlü şeklinde bir ayrım yapılmamıştır.Her ne kadar 5378 sayılı Yasanın 35. maddesinde "çocuk" kavramına yer verilmiş olsa da, özürlü tanımı yapılırken de belirtildiği gibi toplum yaşamına katılım ve ihtiyaçların karşılanması açısından zorluk çeken engellilerin özel nitelikteki eğitime ve rehabilitasyona duydukları gereksinim açısından çocuk ya da ergin olmalarının bir önemi olmadığı tartışmasızdır.

Yukarıda alıntısı yapılan Anayasa hükümleri uyarınca sosyal bir hukuk Devleti olan Türkiye Cumhuriyetinin idari yapısını oluşturan kurumlarının tüm eylem ve işlemlerinde "sosyal devlet" ilkesini gözetmeleri bir zorunluluktur. Bu ilke uyarınca hiç bir ayrım gözetilmeden tüm vatandaşların temel hak ve hürriyetlerini hukuk devleti ile bağdaşmayacak şekilde sınırlayan ekonomik ve sosyal engellerin kaldırılması gerekmektedir. Toplum yaşamı içinde varlığı yadsınamayacak kadar büyük boyutlara ulaşan (nüfusun yaklaşık %12'si) engelli vatandaşların iş yaşamı ve sosyal yaşam içinde demokratik ve medeni bir toplum olmanın gereği olarak daha aktif bir biçimde yer alması gerektiği kuşkusuzdur. Engelli vatandaşların toplum yaşamına daha aktif bir şekilde katılımı için özel ve maddi açıdan daha külfetli bir eğitim ve rehabilitasyon sürecine ihtiyaç duydukları izahtan varestedir. Bu eğitimin sağlanması aşamasında sosyal devlet olmanın bir gereği olarak 5378 sayılı Yasada bir takım düzenlemeler yapılmış ve anılan Yasanın amacını belirten 1. maddesinde; "engellilerin her bakımından gelişmelerini sağlamak" ibaresine yer verilmiştir.

Ancak; dava konusu tebliğ ile engelli vatandaşların arasında Medeni Kanunda yer alan erginlik tanımı temel alınarak eğitim giderlerinin Bakanlıkça karşılanması konusunda zihinsel ve bedensel özürlü şeklinde bir ayrım yapılmıştır.

Yasal düzenlemeler ve Anayasa hükümleri karşısında engellilerin özel eğitiminin giderlerinin karşılanmasında temel alınması gereken kıstas kişinin engelli olup olmadığı hususudur. Engelli bir kişinin, Medeni Yasaya göre ergin sayılması onun engelli olduğu gerçeğini değiştirmediği gibi, toplum yaşamına daha aktif bir şekilde katılımı için özel bir eğitime duyduğu gereksinimini de ortadan kaldırmamaktadır. Aksi düşünceyle zihinsel engelli olmayan ve onsekiz yaşından büyük olduğu için Medeni Kanun gereği ergin sayılan bedensel engelli vatandaşların Yasada öngörülen ekonomik imkandan yararlanmaması gibi bir sonuç ortaya çıkacak ve bu uygulama hem Yasanın amacıyla bağdaşmayacak hem de vatandaşların temel hakları önündeki sosyal ve ekonomik engelleri kaldırmakla görevli sosyal devlet anlayışı ve ilkesine ters düşecektir. Ayrıca bu durum, karşılaşılan zorluklar ve sosyal hayata katılım açısından aynı koşullara sahip olan engelli vatandaşlar arasında, Anayasal eşitlik ilkesine açıkça aykırılık teşkil edecektir.

Bu bilgiler ışığında 26.06.2006 gün ve 55270 sayılı tebliğin üst hukuk normlarına ve temel hukuki ilkelere açıkça aykırı olan, bedensel engellilerin özel eğitim giderlerinin bakanlıkça karşılanması hususunda onsekiz yaş sınırı getirilmesine ilişkin kısmında hukuka uyarlık görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle, dav akonusu tebliğin iptali gerektiği düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Sekizinci Dairesince işin gereği görüşüldü:

Dava; Milli Eğitim Bakanlığı Özel Öğretim Kurumları Genel Müdürlüğü tarafından çıkarılan; zihinsel özürlülerde yaş koşulu aranmadan, özürlü çocukların eğitim giderlerinin Bakanlıkça karşılanmasına ilişkin 26.06.2006 gün ve 55270 sayılı tebliğin, zihinsel özürlüler dışındaki özürlüler için 18 yaş sınırı getiren kısmının iptali isteminden doğmuştur.

Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Başlangıç kısmında; Her Türk Vatandaşının bu Anayasadaki temel hak ve hürriyetlerden eşitlik ve sosyal adalet gereklerince yararlanarak milli kültür, medeniyet ve hukuk düzeni içinde onurlu bir hayat sürdürme ve maddi ve manevi varlığını bu yönde geliştirme hak ve yetkisine doğuştan sahip olduğu belirtilmiştir. Birinci kısmında yer alan 2. maddesinde ise; "Türkiye Cumhuriyeti, toplumun huzuru, milli dayanışma ve adalet anlayışı içinde, insan haklarına saygılı, Atatürk milliyetçiliğine bağlı, başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan, demokratik, laik ve sosyal bir hukuk Devletidir." hükmü yer almaktadır. "Kanun Önünde Eşitlik" başlıklı 10. maddesinde de; herkesin ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşit olduğu hüküm altına alınmıştır.

7.7.2005 gün ve 25868 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren 5378 sayılı Özürlüler ve Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un "Tanımlar" başlıklı 3. maddesinin a bendinde, özürlü; doğuştan veya sonradan herhangi bir nedenle bedensel, zihinsel, ruhsal, duyusal ve sosyal yeteneklerini çeşitli derecelerde kaybetmesi nedeniyle toplumsal yaşama uyum sağlama ve günlük gereksinimlerini karşılama güçlükleri olan ve koruma , bakım, rehabilitasyon, danışmanlık ve destek hizmetlerine ihtiyaç duyan kişi olarak tanımlanmıştır.

Aynı Yasanın 35. maddesi ile 3797 sayılı Milli Eğitim Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanuna Eklenen Ek 3. maddesinde de; görme, ortopedik, işitme, dil-konuşma, ses bozukluğu, zihinsel ve ruhsal özürlü çocuklardan özel eğitim değerlendirme kurulları tarafından, özel eğitim ve rehabilitasyon merkezlerine devam etmeleri uygun görülenlerin eğitim giderlerinin, her yıl bütçe uygulama talimatında belirlenen miktarının Milli Eğitim Bakanlığı bütçesine konulacak ödenekten karşılanacağı hükmü yer almaktadır.

Dava konusu 26.6.2006 gün ve 55270 sayılı Milli Eğitim Bakanlığı tebliğinde; "Özürlülerin sağlık, eğitim, rehabilitasyon, istihdam, sosyal yardım alanlarında yaşadıkları

sorunların çözümlenmesi amacıyla hazırlanan 5378 sayılı Yasa gereği 1.6.2006 gününden itibaren özel eğitim değerlendirme kurulları tarafından Milli Eğitim Bakanlığı gözetim ve denetimi altında olan özel eğitim ve rehabilitasyon merkezlerine devam etmeleri uygun görülen özürlü çocukların (zihinsel özürlülerde yaş koşulu aranmaz) eğitim giderlerinin Milli Eğitim Bakanlığınca karşılanacağı belirtilmiştir.

Dava dosyasının incelenmesinden, davacının %90.4 fonksiyon kaybı olan oğlunun anılan tebliğ uyarınca 18 yaşını doldurduğu ve bedensel özürlü olduğu için devam ettiği özel eğitim ve rehabilitasyon merkezinden ayrılmak durumunda kaldığı ve bu nedenle anılan tebliğin; zihinsel ve bedensel özürlü kişiler arasında ayrıma yol açtığı; bedensel özürlü kişilerin eğitim giderlerinin karşılanması açısından 18 yaş sınırı getirmesiyle anayasal eğitim hakkının ve eşitlik ilkesinin ihlal edildiği iddialarıyla uygulamadan kaldırılması için Milli Eğitim Bakanlığı Özel Öğretim Kurumları Genel Müdürlüğüne idari başvuru yapıldığı, bu başvurunun ise Medeni Kanunda yalnızca zihinsel engellilerin on sekiz yaşından büyük olması halinde ergin sayılmayacağı hüküm altına alındığından ve davacının oğlu bedensel özürlü olduğundan bahisle eğitim giderlerinin bakanlık tarafından karşılanamayacağı belirtilerek reddedildiği, ret işlemi üzerine, işlemde temel olan 26.6.2006 gün ve 55270 tebliğin iptali istemiyle yargı yoluna başvurulduğu anlaşılmaktadır.

5378 sayılı Yasada yer alan özürlü tanımında zihinsel ve bedensel yeteneklerin kaybı kavramlarına yer verilmekle beraber, tanım yapılırken bu hususta zihinsel veya bedensel özürlü şeklinde bir ayrım yapılmamıştır.Her ne kadar 5378 sayılı Yasanın 35. maddesinde "çocuk" kavramına yer verilmiş olsa da, özürlü tanımı yapılırken de belirtildiği gibi toplum yaşamına katılım ve ihtiyaçların karşılanması açısından zorluk çeken engellilerin özel nitelikteki eğitime ve rehabilitasyona duydukları gereksinim açısından çocuk ya da ergin olmalarının bir önemi olmadığı tartışmasızdır.

Yukarıda alıntısı yapılan Anayasa hükümleri uyarınca sosyal bir hukuk Devleti olan Türkiye Cumhuriyetinin idari yapısını oluşturan kurumlarının tüm eylem ve işlemlerinde "sosyal devlet" ilkesini gözetmeleri bir zorunluluktur. Bu ilke uyarınca hiç bir ayrım gözetilmeden tüm vatandaşların temel hak ve hürriyetlerini hukuk devleti ile bağdaşmayacak şekilde sınırlayan ekonomik ve sosyal engellerin kaldırılması gerekmektedir. Toplum yaşamı içinde varlığı yadsınamayacak kadar büyük boyutlara ulaşan (nüfusun yaklaşık %12'si) engelli vatandaşların iş yaşamı ve sosyal yaşam içinde demokratik ve medeni bir toplum olmanın gereği olarak daha aktif bir biçimde yer alması gerektiği kuşkusuzdur. Engelli vatandaşların toplum yaşamına daha aktif bir şekilde katılımı için özel ve maddi açıdan daha külfetli bir eğitim ve rehabilitasyon sürecine ihtiyaç duydukları tartışmasızdır. Bu eğitimin sağlanması aşamasında sosyal devlet olmanın bir gereği olarak 5378 sayılı Yasada bir takım düzenlemeler yapılmış ve anılan Yasanın amacını belirten 1. maddesinde; "engellilerin her bakımından gelişmelerini sağlamak" ibaresine yer verilmiştir.

Ancak; dava konusu tebliğ ile engelli vatandaşların arasında Medeni Kanunda yer alan erginlik tanımı temel alınarak eğitim giderlerinin Bakanlıkça karşılanması konusunda zihinsel ve bedensel özürlü şeklinde bir ayrım yapılmıştır.

Yasal düzenlemeler ve Anayasa hükümleri karşısında engellilerin özel eğitiminin giderlerinin karşılanmasında temel alınması gereken kıstas kişinin engelli olup olmadığı hususudur. Engelli bir kişinin, Medeni Yasaya göre ergin sayılması onun engelli olduğu gerçeğini değiştirmediği gibi, toplum yaşamına daha aktif bir şekilde katılımı için özel bir eğitime duyduğu gereksinimini de ortadan kaldırmamaktadır. Aksi düşünceyle zihinsel engelli olmayan ve onsekiz yaşından büyük olduğu için Medeni Kanun gereği ergin sayılan bedensel engelli vatandaşların Yasada öngörülen ekonomik imkandan yararlanmaması gibi bir sonuç ortaya çıkacak ve bu uygulama hem Yasanın amacıyla bağdaşmayacak hem de vatandaşların temel hakları önündeki sosyal ve ekonomik engelleri kaldırmakla görevli sosyal devlet anlayışı ve ilkesine ters düşecektir. Ayrıca bu durum, karşılaşılan zorluklar ve sosyal hayata

katılım açısından aynı koşullara sahip olan engelli vatandaşlar arasında, Anayasal eşitlik ilkesine açıkça aykırılık teşkil edecektir.

Bu bilgiler ışığında 26.06.2006 gün ve 55270 sayılı tebliğin, üst hukuk normlarına, temel hukuki ilkelere açıkça aykırı olan ve kamu yararı, hizmet gerekleri ile bağdaşmayan; bedensel engellilerin özel eğitim giderlerinin bakanlıkça karşılanması hususunda onsekiz yaş sınırı getirilmesine ilişkin kısmında hukuka uyarlık görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle, Milli Eğitim Bakanlığı'nın 26.06.2006 gün ve 55270 sayılı tebliğinin bedensel engellilerin özel eğitim giderlerinin Bakanlıkça karşılanması hususunda onsekiz yaş sınırı getirilmesine ilişkin kısmın iptaline, 111,90-YTL yargılama giderinin davalı idareden alınarak davacıya verilmesine, ayrıca 1136 sayılı Avukatlık Yasasının 164. maddesinde; avukatlık ücretinin avukatın hukuki yardımının karşılığı olan meblağı veya değeri ifade ettiği hüküm altına alındığından, dosya tekemmül ettikten sonra vekil tayin edilen ve dosyaya hukuki yardım olarak nitelendirilebilecek şekilde bir dilekçe sunmadan, dosyanın karara bağlanma aşamasında yalnızca tebligatın kendisine yapılması yönünde bir dilekçe ve vekaletname sunduğu anlaşılan davacı avukatının hukuki yardımından bahsedilemeyeceği cihetle vekalet ücreti açısından hüküm kurulmasına yer olmadığına, artan posta ücretinin istenilmesi halinde davacıya iadesine 17.12.2008 gününde oybirliği ile karar verildi.

T.C.
D A N I Ş T A Y
Sekizinci Daire
Esas No : 2007/5152
Karar No : 2008/8503

Özeti : Merkezi sınav sistemi ile kazanılan anadolu meslek lisesinin, gerekli önlemler alınmadan mevcut binasının boşaltılması ve öğrencilerin çeşitli okullara dağıtılmasına yönelik işlemde, hukuka uyarlık bulunmadığı hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan : Milli Eğitim Bakanlığı
Karşı Taraf : ...'a velayeten ...
Vekilleri : Av. ...
İstemin Özeti : Ulus Anadolu Teknik Lisesinin Bilişim Teknolojileri Alanı dışındaki bölümlerinin öğrenci, öğretmen ve personeli ile birlikte 20.6.2006 gününe kadar tercihleri de dikkate alınarak durumlarına uygun başka okullara nakledilmesine ilişkin Milli Eğitim Bakanlığı Eğitim Araçları ve Donatım Dairesi Başkanlığının 12.4.2006 gün ve 2006/2862 sayılı işleminin iptali istemiyle açılan davada; dosyanın incelenmesinden; Milli Eğitim Bakanlığının 12.4.2006 gün ve 2006/2862 sayılı işlemi ile her ilde eğitim müzesi kurma çalışmalarının başlatıldığı, bu kapsamda Ankara'da Türk Eğitim Tarihi ve Teknolojileri Müzesi kurmak üzere Ulus Teknik Anadolu Lise, Anadolu Meslek ve Endüstri Meslek lisesi binasının belirlendiği, binanın bir kısmının müze olarak kullanılmak üzere tahsisinin yapılmasına ve bilişim teknolojileri alanı dışındaki bölümlerin öğrenci, öğretmen ve personeli ile birlikte 20 Haziran 2006 tarihine kadar tercihleri dikkate alınarak uygun okullara nakledilmesine karar verildiğinin anlaşıldığı, müzeye dönüştürülmesi amaçlanan ve okul olarak kullanılan binanın mülkiyetinin Ankara İl Özel İdare Müdürlüğüne ait olduğu, Milli Eğitim Bakanlığının söz konusu binanın müze olarak kullanılması yönündeki tahsis talebinin Ankara İl Genel Meclisinin 9.6.2006 gün ve 2006/1057, 2006/192 sayılı kararıyla reddedildiği, bu haliyle okul amacı dışında tahsis yapılmadan davaya konu binanın müze olarak kullanılmasının mümkün

olmadığı dikkate alındığında, İl Özel İdare Müdürlüğü tarafından müze kullanımına tahsis yapılmadan davacının öğrencisi olduğu okulun bilişim teknolojileri alanı dışındaki bölümlerinin öğrenci, öğretmen ve personelinin başka okullara naklinin yapılmasına ilişkin işlemde hukuka uyarlık görülmediği, öte yandan, müze olarak kullanılmasına karar verilen binanın hukuki statüsünün Anadolu Lisesi olduğu, söz konusu okul öğretmenlerinin, diğer okul öğretmenlerinden farklı nitelik ve yöntemlerle atandığı gibi, anılan okula, öğrenci tercihleri dikkate alınarak, merkezi sınav sistemiyle yerleştirme yapıldığı, dolayısıyla, adı geçen okul için bir bina temin edilerek taşınması sağlanmadan, mevcut binanın boşaltılması ve öğrencilerin çeşitli okullara dağıtılması biçiminde tesis edilen işlemin, merkezi sınav sistemi ile kazanılan hakların açıkça ihlaline neden olacağı gerekçesiyle dava konusu işlemi iptal eden Ankara 7. İdare Mahkemesinin 30.4.2007 gün ve E:2006/1299, K:2007/1048 sayılı kararının; hukuka aykırı olduğu öne 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 reddinin gerekeceği düşünülmektedir.

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

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

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Sekizinci Dairesince işin gereği görüşüldü :

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 23.12.2008 gününde oybirliği ile karar verildi.

ÖĞRENCİ İŞLERİ (İLK-ORTA DERECE)

T.C.
D A N I Ş T A Y
Sekizinci Daire
Esas No : 2007/3978
Karar No : 2008/7492

Özeti : Ortaöğretimde öğrenim görmekte olan öğrencilerin, öğrencilik yaşamı ile bağdaşma olanağı bulunmayan ve yaşam içinde farklı sorumlulukları da beraberinde getiren nişanlanma ve evlenme durumlarında, okulla ilişiğinin kesilmesini öngören düzenlemede, hukuka uyarlık bulunmadığı hakkında.

Davacı : ...
Davalılar : 1-Milli Eğitim Bakanlığı
2-Ankara Valiliği

Davanın Özeti : ... 11. sınıf öğrencisi olan davacının, 29.3.2007 gün ve 6748 sayılı tasdikname ile okuldan ilişiğinin kesilmesine ilişkin işlemin ve 28.11.1964 gün ve 11868 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan Lise ve Ortaokullar Yönetmeliğinin "Evli, nişanlı olanlar okula öğrenci olarak alınmazlar. Öğrenci iken evlenen ve nişanlananların okulla ilişikleri kesilir." hükmüne yer veren 153. maddesinin, Anayasanın öngördüğü öğrenim hakkını hukuka aykırı olarak kısıtladığı iddiasıyla iptali istemidir.

Savunmanın Özeti : Lise ve Ortaokullar Yönetmeliğinin 153. maddesinin amacının, eğitim-öğretimde sosyal ve kültürel yönden birlik ve beraberliğin sağlanması olduğu, öğrencilerin kayıt-kabul kurallarını belirleme yetkisi idarelerine ait olduğundan, örgün ortaöğretimde evlilik nedeniyle ilişik kesme işleminin, eğitim hakkının engellenmesi niteliğinde görülemeyeceği, kamu yararı ve hizmet gerekleri bakımından davacı isteminin reddi gerekeceği savunulmaktadır.

Danıştay Tetkik Hakimi Tuğba DEMİRER AKAR'ın Düşüncesi : Ortaöğretimde öğrenim görmekte olan öğrencilerin, öğrencilik yaşamı ile bağdaşma olanağı bulunmayan ve yaşam içinde farklı sorumlulukları da beraberinde getiren nişanlanma ve evlenme durumlarında okulla ilişiğinin kesilmesini öngören düzenlemede hukuka aykırılık bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddi gerektiği düşünülmektedir

Danıştay Savcısı Leyla KODAKOĞLU'nun Düşüncesi : Dava, ... Lisesi 11. sınıf öğrencisi olan davacının, 29.3.2007 günlü tasdikname ile okuldan ilişiğinin kesilmesine ilişkin işlemin ve bu işlemin dayanağı olan 28.11.1964 günlü, 11868 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan Lise ve Ortaokullar Yönetmeliğinin 153. maddesinin iptali istemiyle açılmıştır.

Dava konusu Yönetmeliğin iptali istenilen 153. maddesinde, "Evli, nişanlı olanlar okula öğrenci olarak alınmazlar. Öğrenci iken evlenen ve nişanlananların okulla ilişikleri kesilir." kuralı yer almaktadır.

Uyuşmazlıkta, özel lise 11. sınıf öğrencisi olan davacının 10.10.2006 gününde evlendiğinin ve bu konuda okula bilgi vermediği hususunun ÖSS başvuru işlemleri sırasında okulu tarafından tespit edilmesi üzerine 29.3.2007 günlü işlem ile okuldan ilişiğinin kesildiği anlaşılmaktadır.

İptali istenilen Yönetmelik maddesiyle, örgün ortaöğretim kurumlarında okuyan, hayata ve yükseköğrenime hazırlanan çeşitli yaş grubundaki öğrenciler arasında sosyal ve kültürel yönlerden birlik ve beraberliğin sağlanması amaçlanmaktadır. Bu çerçevede, ortaöğretimde öğrenim görmekte olan öğrencilere öğrencilik yaşamı ile bağdaşma olanağı bulunmayan ve yaşam içinde farklı sorumlulukları da beraberinde getiren nişan ve evlilik sözleşmesi yapma yasağı getirilmesinde eşitlik ilkesine ve hukuka aykırılık bulunmamaktadır.

Diğer taraftan, davacının evlenmesine neden olan özel ve ailevi sebepler yönetmeliğin iptalini gerektirmeyeceği gibi; açıköğretim lisesinde öğretime devam edebileceğinden, eğitim hakkından mahrum bırakıldığından da söz edilemez.

Açıklanan nedenlerle, davanın reddi gerektiği düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Sekizinci Dairesince işin gereği görüşüldü:

Uyuşmazlık, ... 11. sınıf öğrencisi olan davacının, 29.3.2007 gün ve 6748 sayılı tasdikname ile okuldan ilişiğinin kesilmesine ilişkin işlemin ve 28.11.1964 gün ve 11868 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan Lise ve Ortaokullar Yönetmeliğinin "Evli, nişanlı olanlar okula öğrenci olarak alınmazlar. Öğrenci iken evlenen ve nişanlananların okulla ilişikleri kesilir." hükmüne yer veren 153. maddesinin, Anayasanın öngördüğü öğrenim hakkını hukuka aykırı olarak kısıtladığı iddiasıyla iptali isteminden kaynaklanmıştır.

T.C. Anayasasının 'Eğitim ve öğrenim hakkı ve ödevi' başlıklı 42. maddesinin 3. fıkrasında,"Eğitim ve öğretim, Atatürk ilkeleri ve inkılapları doğrultusunda çağdaş bilim ve eğitim esaslarına göre, Devletin gözetim ve denetimi altında yapılır. Bu esaslara aykırı eğitim ve öğretim yerleri açılamaz..." düzenlemesine yer verilmiştir.

1739 sayılı Milli Eğitim Temel Yasasının 56. maddesinde de, eğitim ve öğretim hizmetinin, bu Yasa hükümlerine göre Devlet adına yürütülmesinden, gözetim ve denetiminden Milli Eğitim Bakanlığı'nın sorumlu olduğu kurala bağlanmıştır.

İptali istenilen Lise ve Ortaokullar Yönetmeliğinin 153. maddesinde de, evli veya nişanlı olanların okula öğrenci olarak alınamayacağı, öğrenci iken evlenenlerin ve nişanlananların okulla ilişiklerinin kesileceği kuralı getirilmiştir.

Yönetmeliğin bu maddesinin amacı, örgün ortaöğretim kurumlarında okuyan çeşitli yaş grubundaki öğrenciler arasında sosyal ve kültürel yönlerden birlik ve beraberliğin sağlanmasıdır.

Her ne kadar davacı tarafından, Yönetmeliğin bu hükmünün eğitim - öğretim hakkını sınırladığı ileri sürülmüşse de, bu durumdaki öğrencilerin açıköğretim lisesinde öğrenimlerine devam etme olanakları bulunduğundan davacının bu iddiasına itibar edilmemiştir.

Bu durumda, ortaöğretim öğrencilerinin yaşamlarında öğrencilikle ilgili sorumluluklar yanında, daha farklı pek çok sorumluluğu da birlikte getirebilecek olan nişanlanma ve evlenme gibi durumlar, öğrencilik yaşamıyla bağdaşmayacağından, davaya konu düzenlemede ve buna dayalı olarak oluşturulan işlemde hukuka aykırılık bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle, yasal dayanaktan yoksun bulunan davanın reddine, 121,90.-YTL yargılama giderinin davacı üzerinde bırakılmasına, artan posta ücreti olan 7,50.-YTL nin istemi halinde davacıya iadesine 17.11.2008 gününde oybirliğiyle karar verildi.

TAM YARGI DAVALARI

T.C.
D A N I Ş T A Y
Sekizinci Daire
Esas No : 2008/10271
Karar No : 2009/1027

Özeti : Davacı şirkete ait kaldırımda bulunan reklam tabelasının, belediyece herhangi bir bildirim yapılmaksızın kaldırılması sonucunda oluşan zarardan, belediyenin sorumlu olacağı hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan : İzmir Büyükşehir Belediye Başkanlığı
Vekili : Av. ...
Karşı Taraf : ... Ltd.Şti
Vekili : Av. ..., Av. ...

İstemin Özeti : Davacı şirketin, İzmir İli, Bornova ilçesi, ... Cad. No: ... adresindeki işyerleri önündeki kaldırımda bulunan ... reklam levhasının kaldırılması nedeniyle uğranıldığı ileri sürülen 13.514,25-YTL zararın yasal faiziyle birlikte tazmini istemiyle açılan davada; her ne kadar davacı şirket tarafından mevzuat hükümlerine aykırı reklam tabelası konulmuş ise de, davalı idarece levhanın kaldırılması yönünde bir ihtarda bulunulmaksızın levhanın kaldırılmasında kusurunun olduğundan, oluşan 13.514,25-YTL zararın idareye başvuru tarihi olan 07.07.2006 tarihinden itibaren işleyecek yasal faiziyle tazminine karar

veren İzmir 3. İdare Mahkemesinin 29.02.2008 gün ve E:2006/1926, K:2008/482 sayılı kararının; levhanın konulmasında davacının kusurunun olduğu öne sürülerek, 2577 sayılı Yasanın 49. maddesi uyarınca temyizen incelenerek bozulması istemidir.

Savunmanın Özeti : Savunma verilmemiştir.

Danıştay Tetkik Hakimi Mevlüt BEDEL'in Düşüncesi : İstemin reddi gerektiği düşünülmektedir.

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

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

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Sekizinci Dairesince işin gereği görüşüldü:

İdare ve Vergi Mahkemeleri tarafından verilen kararların temyiz yolu ile incelenip bozulabilmeleri 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Yasasının 49. maddesinin 1. fıkrasında yazılı nedenlerin bulunmasına bağlıdır.

İdare Mahkemesince verilen kararın dayandığı gerekçe usul ve yasaya uygun olup, bozulmasını gerektiren bir neden bulunmadığından, temyiz isteminin reddi ile anılan kararın onanmasına ve yargılama giderlerinin temyiz isteminde bulunan üzerinde bırakılmasına 13.02.2009 gününde oybirliği ile karar verildi.

T.C.
D A N I Ş T A Y
Sekizinci Daire
Esas No : 2007/4540
Karar No : 2009/1191

Özeti : Türkiye'de geçerli uluslararası anlaşmalarla kabul edilmiş zorunlu mali sigortası bulunmayan yabancı uyruklu şahsın yaptığı kaza sonucu oluşan zararda, 2918 sayılı Karayolları Trafik Yasası'nın 91. maddesi uyarınca öngörülen kontrolleri yaparak anılan araç için zorunlu sigorta tesis edilmesine yönelik tedbirleri almayan Başbakanlık Gümrük Müsteşarlığı ile söz konusu aracı trafikten men etmeyen ve sigortası bulunmadığı halde, bu aracın Türkiye Karayollarında hareket etmesine mani olmayan, Emniyet Genel Müdürlüğünün bağlı olduğu İçişleri Bakanlığının hizmet kusurunun bulunduğu hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunanlar: 1- Başbakanlık Gümrük Müsteşarlığı
2- İçişleri Bakanlığı

Karşı Taraf : ...
Vekilleri : Av. ..., Av. ...

İstemin Özeti : Davacıya ait ... plakalı aracın yabancı plakalı bir araçla kaza yapması nedeniyle uğranıldığı öne sürülen 15.000.00.-YTL maddi zararın 03.06.2004 tarihinden işleyecek yasal faiziyle tazmini istemiyle açılan davada; davacının aracında

meydana gelen zararı kazadaki kusuru oranında karşılamakla yükümlü olan yabancı uyruklu şahsın, Türkiye'de geçerli uluslararası anlaşmalarla kabul edilmiş bir sigortası bulunmadığı, 2918 sayılı Karayolları Trafik Yasasının 91.maddesi uyarınca, sınır sorumluluk sigortası yaptırması gerekirken bu kurala da uymadığı anlaşılmış olup, gümrük girişinde Yasa ile öngörülen kontrolleri yaparak anılan araç için zorunlu sigorta tesis edilmesine yönelik tedbirleri almayan Başbakanlık Gümrük Müsteşarlığının, söz konusu araç yönünden bu kurala uymayarak hizmet kusuru işlediği, yine 2918 sayılı Yasanın 5/b-ı maddesi uyarınca araçları, sürücüleri ve bunlara ait belgeleri denetlemekle görevli olan Emniyet Genel Müdürlüğünün bağlı olduğu İçişleri Bakanlığının da, yetkili personel marifetiyle gerekli kontrolleri yaparak kazaya yol açan aracı, zorunlu mali sigortası bulunmaması nedeniyle 91.madde hükmü gereği trafikten men etmemek ve sigortası bulunmadığı halde bu aracın Türkiye Karayollarında hareket etmesine mani olmamak suretiyle hizmet kusuru işlediği,anılan kazadaki kusur oranlarının kaza tesbit tutanağı çerçevesinde belirlenmesi amacıyla yaptırılan inceleme sonucunda düzenlenen ve karara esas alınacak nitelikte bulunan bilirkişi raporunda**;** kazada karayollarında işaretleme yapmaksızın çalışma yapan karayolları sorumlusunun 2/8, yabancı uyruklu sürücünün ise 6/8 oranında kusurlu oldukları anlaşıldığından, davacının aracında meydana gelen ve Iğdır Asliye Hukuk Mahkemesinin 21.6.2004 gün ve K:2004/37 D.iş karar sayılı tespit dosyası ile belirlenen 15.500.00-YTL tutarındaki zararın 6/8 oranına tekabül eden 11.625.00-YTL lik kısmının ilgiliye tazminat olarak ödenmesinin uygun görüldüğü gerekçesiyle, davacının aracında meydana gelen 15.000.00 YTL tutarındaki maddi zararın tazminine yönelik davacı isteminin 11.625.00-YTL liralık kısmının kabulüne, bu tutarın davalı idareler arasında yarı yarıya müştereken paylaştırılmasına, artan tazminat talebinin reddine, hükmedilen tazminat tutarı için davanın açıldığı 12.10.2004 gününden itibaren davacıya yasal faiz ödenmesine karar veren Erzurum 2. İdare Mahkemesinin 28.11.2006 gün ve E:2004/584, K:2006/2563 sayılı kararının; İçişleri Bakanlığınca kusur oranının fazla belirlendiği, Başbakanlık Gümrük Müsteşarlığınca sorumluluklarının bulunmadığı öne sürülerek, 2577 sayılı Yasanın 49. maddesi uyarınca temyizen incelenerek bozulması istemleridir.

Savunmanın Özeti : Savunma verilmemiştir.

Danıştay Tetkik Hakimi Serpil KOÇYİĞİT ERDOĞAN'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 17.2.2009 gününde oybirliği ile karar verildi.

T.C.
D A N I Ş T A Y
Sekizinci Daire
Esas No : 2008/4027
Karar No : 2008/8266

Özeti : 19 Mayıs Üniversitesi Tıp Fakültesi Kardiyoloji Anabilim Dalında öğretim üyesi olarak görev yapan davacının, Üniversitelerarası Yabancı Dil Sınavında bir başkasının yerine sınava girdiğinin tespiti üzerine, hakkında tesis edilen kamu görevinden çıkarma cezasını, fiilin öğretim elemanı görev kimliği dışında gerçekleştirildiğinden bahisle iptal eden mahkeme kararında, hukuka uyarlık bulunmadığı hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan : Yükseköğretim Kurulu Başkanlığı
Vekili : Av. ...
Karşı Taraf : ...
Vekili : Av. ...

İstemin Özeti : Ondokuz Mayıs Üniversitesi , Tıp Fakültesi Kardiyoloji Anabilim Dalında Öğretim Üyesi olarak görev yapan davacının, kamu görevinden çıkarma cezası ile cezalandırılmasına ilişkin Yükseköğretim Kurulu Başkanlığı Yüksek Disiplin Kurulunun 13.04.2007 gün ve 2007/21-2 sayılı kararının iptali istemiyle açılan davada; davacının Üniversitelerarası Yabancı Dil Sınavında bir başkasının yerine sınava girerek yaptığı olumsuz tutum ve davranışlardan sorumluluğunun öğretim elemanı sıfatı ile değil, sınava katılan öğrenci kimliği ile ilgili olduğunun kabulünün hakkaniyete daha uygun olacağı, bu sebeple öğretim elemanı görev kimliği dışında üzerine atılı fiili işlediği sabit olmakla, eylemine uygun disiplin cezası ile cezalandırılması gerekirken kamu görevinden çıkarma cezası ile cezalandırılmasında hukuka uyarlık bulunmadığı gerekçesiyle dava konusu işlemi iptal eden Samsun 1. İdare Mahkemesinin 31.12.2007 gün ve E:2007/1120, K:2007/1802 sayılı kararının, hukuka aykırı olduğu ileri sürülerek, 2577 sayılı Yasanın 49. maddesi uyarınca temyizen incelenerek bozulması istemidir.

Savunmanın Özeti : Savunma verilmemiştir.

Danıştay Tetkik Hakimi Nilüfer SÜLKÜ'nün Düşüncesi : İstemin kabulü ile Mahkeme kararının bozulması gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı Gülsen BİŞKİN'in Düşüncesi : Kardiyoloji Ana Bilim Dalında Öğretim üyesi olarak görev yapan davacının, ÖSYM tarafından yapılan Üniversitelerarası Yabancı Dil Sınavında kendi yerine bir başkasının sınava girmesini sağladığı tespit edilerek, Yükseköğretim Kurumları Yönetici, Öğretim Elemanı ve Memurları Disiplin Yönetmeliğinin 11/b-6 maddesi uyarınca "Kamu Görevinden Çıkarma Cezası" ile cezalandırılmasına ilişkin işlemi iptal eden Mahkeme kararı temyiz edilmiştir.

Davacının sabit bulunan suçu, Mahkemece öğretim elemanı sıfatı ile değil öğrenci kimliği ile işlediğinden bahisle işlem iptal edilmiş ise de, söz konusu suçun. kamu hizmeti ve öğretim elemanı sıfatıyla bağdaşmayacak nitelik ve derecede yüz kızartıcı ve utanç verici suç olarak kabulü gerektiği açık olup aksi yolda verilen kararın bozulması gerektiği düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Sekizinci Dairesince işin gereği görüşüldü:

Uyuşmazlık, Ondokuz Mayıs Üniversitesi, Tıp Fakültesi Kardiyoloji Anabilim Dalı Öğretim üyesi olarak görev yapan davacının kamu görevinden çıkarma cezası ile cezalandırılmasına ilişkin işlemden doğmuştur.

Yüksek Öğretim Kurumları Yönetici, Öğretim Elemanı ve Memurları Disiplin Yönetmeliğinin 11. maddesinin b/6 fıkrasında kamu hizmeti veya öğretim elemanı sıfatı ile bağdaşmayacak nitelik ve derecede yüz kızartıcı ve utanç verici hareketlerde bulunmak eyleminin cezasının kamu görevinden çıkarma olduğu belirtilmiştir.

Dosyanın incelenmesinden; Ondokuz Mayıs Üniversitesi, Tıp Fakültesi, Kardiyoloji Anabilim Dalı öğretim üyesi olarak görev yapan davacının Öğrenci Seçme ve Yerleştirme Merkezi (ÖSYM) tarafından düzenlenen Üniversitelerarası Yabancı Dil Sınavında Yrd.Doç.Dr. ...'nın yerine sınava girmesi ile ilgili olarak yapılan soruşturma sonucunda fiilinin sabit görülerek, soruşturmacı tarafından yukarıda anılan yönetmeliğin 11/b-6 maddesi kapsamında değerlendirilmekle beraber Yönetmeliğin 16. maddesi uyarınca daha önce disiplin cezası almaması ve çalışmalarının başarılı olması nedeniyle alt ceza uygulanmak suretiyle görevden çekilmiş sayılma cezası ile cezalandırılması yönünde teklif getirildiği,ancak iyi halin değerlendirilmeyerek Yüksek Disiplin Kurulu'nun 13.04.2007 gün ve 2007/21 sayılı kararı ile davacının kamu görevinden çıkarma cezası ile cezalandırıldığı, Mahkemelerince davacının fiilin öğretim elemanı kimliği ile değil sınava katılan öğrenci kimliği ile ilgili olduğunun kabulü ile eylemine uygun disiplin cezası ile cezalandırılması gerekirken kamu görevinden çıkarma cezası ile cezalandırılmasına ilişkin işlemde hukuka uyarlık görülmeyerek iptal edildiği anlaşılmıştır.

Olayda,söz konusu fiilin davacının öğretim üyesi sıfatı ile bağdaşmayacak nitelik ve derecede yüz kızartıcı ve utanç verici bir hareket olduğundan şüphe bulunmayıp davacı ve yerine sınava girdiği şahıs hakkında Samsun 3. Sulh Ceza Mahkemesinin 21.12.2006 gün ve E:2006/605, K:2006/720 sayılı kararı ile resmi belgenin düzenlenmesinde yalan beyan suçu nedeniyle 5237 sayılı Türk Ceza Yasasının 206/1 ve 52/2 maddeleri gereğince ayrı ayrı 2.500.00.-YTL adli para cezası ile cezalandırıldıkları görülmüştür.

Bu durumda, davacının yürüttüğü görev ve fiilinin niteliği gözetilerek verilen cezada hukuka aykırılık bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle, Samsun 1. İdare Mahkemesi kararının bozulmasına yeniden bir karar verilmek üzere dosyanın anılan Mahkemeye gönderilmesine 16.12.2008 gününde oybirliğiyle karar verildi.

DÜZENLEYİCİ – GENEL İŞLEMLER

T.C.
D A N I Ş T A Y
Sekizinci Daire
Esas No : 2008/130
Karar No : 2009/1905

Özeti : Özel tertibatlı araç plakasında "sakatlara mahsus" işaretinin kaldırılması istemiyle yapılan başvurunun reddine ilişkin işlem ile işleminin dayanağı olan Karayolları Trafik Yönetmeliği'nin 53/b-4 maddesinde hukuka aykırılık bulunmadığı hakkında.

Davacı : ...
Davalı : İçişleri Bakanlığı

Davanın Özeti : Davacının özel tertibatlı ... plakalı aracının plakasındaki "sakatlara mahsus" işaretinin kaldırılması istemiyle İçişleri Bakanlığı'na yaptığı başvurunun reddine ilişkin İçişleri Bakanlığı Emniyet Genel Müdürlüğü'nün 26.10.2007 gün ve 11432-176860 sayılı işlemi ile bu işlemin dayanağı olan Karayolları Trafik Yönetmeliğinin 53/b-4 maddesinin; özel hayatın gizliliğine ve ayrımcılığın yasaklanmasına ilişkin Anayasanın 10. ve 20. maddelerine, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 8. ve 14. maddelerine, Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşmenin 2. ve 17. maddelerine, Hasta Hakları Yönetmeliğinin " mahremiyete saygı" başlıklı 21. maddesine, taraf olunan sözleşmelere aykırı olması nedeniyle Anayasanın 90. maddesine aykırı oluğu ve "sakatlara mahsus" işaretinin plakada belirtilmesinin özürlü vatandaşların kişilik hak ve hürriyetini zedelediği, rencide oldukları öne sürülerek iptali istemidir.

Savunmanın Özeti : Sakat ve malul engelli kişilerin araçlarına konulan özel işaretlerin yönetmelik gereği olduğu, engelli kişilerin kullandığı araçların özel işaretlere sahip olmasının, trafikte diğer sürücüler tarafından farkedilerek kolaylık ve yardım sağlanmasına yönelik bulunduğu; davanın reddi gerektiği savunulmaktadır.

Danıştay Tetkik Hakimi Serpil KOÇYİĞİT ERDOĞAN'ın Düşüncesi : Özel ihtimam gösterilmesi gereken sakat, malul ve engellilerin bazı ayrıcalıklardan yararlanmaları, hayatlarının kolaylaştırılması amacıyla düzenlenen davaya konu Yönetmelik maddesinin ve buna dayalı olarak tesis edilen dava konusu işlemin hukuka uygun olduğu gerekçesiyle davanın reddi gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı Hüseyin YILDIZ'ın Düşüncesi : Uyuşmazlık, davacının sahibi olduğu ... plaka no'lu aracının plakasından sakatlara mahsus işaretinin kaldırılması talebinin reddine dair işlem ile, dayanağı olan Karayolları Trafik Yönetmeliğinin 53.maddesinin (b) bendinin 4 numaralı alt bendinin iptali isteminden doğmuştur.

Anayasanın 124 maddesinde; Başbakanlık, bakanlıklar ve kamu tüzel kişilerinin, kendi görev alanlarını ilgilendiren kanunların ve tüzüklerin uygulanmasını sağlamak üzere ve bunlara aykırı olmamak şartıyla Yönetmelikler çıkarabilecekleri öngörülmüştür.

Karayolları Trafik Kanununun 135.maddesi uyarınca hazırlanıp, 18.7.1997 tarihli ve 23053 sayılı Mükerrer sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Karayolları Trafik Yönetmeliğinin 53.maddesinin (b) bendinin (31.12.2004 tarih ve 25687 Mükerrer sayılı Resmi Gazetede yayımlanan) değişik 4.numaralı alt bendinde; "İthaline izin verilen veya ülkemizde imal edilen malul, sakat ve engellilere ait özel tertibatlı araçlar ile sakatlık derecesi %90 ve üzerinde olan malul ve engelliler adına Özel Tüketim Vergisinden muaf olarak tescil edilmiş özel tertibatı olmayan araçlara, örneği EK:12/z'de gösterilen üzerinde sakatlara mahsus işaret bulunan plakalardan verilir" kuralı getirilmiştir.

Madde hükmüyle; malül ve engellilerin bu Yönetmelik uyarınca, edinebildikleri araçların Vergi Mevzuatı yönünden Özel Tüketim Vergisinden muaf tutulduğundan takiplerinin yapılması, hemde; trafikte seyir halinde iken, diğer sürücüler tarafından fark edilerek güvenli bir şekilde seyretmelerine imkan tanınması, ayrıca, park etme durumlarında kendilerine kolaylıkların sağlanması amaçlandığından getirilen düzenlemede, hizmet gereklerine, kanun yararına ve hukuka aykırılık bulunmamaktadır.

Hukuka uygunluğu saptanan Yönetmelik madde hükmüne dayalı dava konusu işlemde yerinde olup, hukuka aykırılık taşımamaktadır.

Açıklanan nedenlerle davanın reddi gerekeceği düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Sekizinci Dairesince işin gereği görüşüldü:

Dava, davacının özel tertibatlı ... plakalı aracının plakasındaki "sakatlara mahsus" işaretinin kaldırılması istemiyle İçişleri Bakanlığı'na karşı yaptığı başvurunun reddine ilişkin

İçişleri Bakanlığı Emniyet Genel Müdürlüğü'nün 26.10.2007 gün ve 11432-176860 sayılı işlemi ile bu işlemin dayanağı Karayolları Trafik Yönetmeliğinin 53/b-4 maddesinin; iptali istemiyle açılmıştır.

Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının, "Yönetmelikler", başlıklı 124. maddesinde; "Başbakanlık, bakanlıklar ve kamu tüzelkişileri, kendi görev alanlarını ilgilendiren kanunların ve tüzüklerin uygulanmasını sağlamak üzere ve bunlara aykırı olmamak şartıyla, yönetmelikler çıkarabilirler." hükmü yer almıştır.

2918 sayılı Karayolları Trafik Kanununun "sürücü adaylarında aranacak şartlar" başlıklı 41. maddesinin sağlık şartlarını düzenleyen (c) bendinde; sağlık şartları bakımından kimlere hangi tür sürücü belgesi verilebileceği hususunun yönetmelikle düzenleneceği; sürücü belgesi alacakların ilgili yönetmelikte belirtilen hekimden sürücü olur raporu almalarının zorunlu olduğu ve bu yönetmeliğin İçişleri ve Sağlık Bakanlıklarınca müştereken hazırlanarak yürürlüğe konulacağı, düzenlenmiştir.

Karayolları Trafik Kanununun 135.maddesi uyarınca hazırlanıp, 18.7.1997 tarihli ve 23053 sayılı Mükerrer sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Karayolları Trafik Yönetmeliğinin 31.12.2004 tarih ve 25687 Mükerrer sayılı Resmi Gazetede yayımlanan değişik 53.maddesinin (b) bendinde; "İthaline izin verilen veya ülkemizde imal edilen malul, sakat ve engellilere ait özel tertibatlı araçlar ile sakatlık derecesi %90 ve üzerinde olan malul ve engelliler adına Özel Tüketim Vergisinden muaf olarak tescil edilmiş özel tertibatı olmayan araçlara, örneği EK:12/z'de gösterilen üzerinde sakatlara mahsus işaret bulunan plakalardan verilir" kuralı getirilmiştir.

Davaya konu Yönetmelik maddesi hükmüyle; özel ihtimam gösterilmesi gereken sakat, malul ve engellilerin bu Yönetmelik uyarınca, edinebildikleri araçların Vergi Mevzuatı yönünden Özel Tüketim Vergisinden muaf tutulduğundan takiplerinin yapılması, trafikte seyir halinde iken, diğer sürücüler tarafından fark edilerek güvenli bir şekilde seyretmelerine imkan tanınması, park etme durumlarında kendilerine kolaylıkların sağlanması gibi bazı ayrıcalıklardan yararlanmaları ve hayatlarının kolaylaştırılması amacıyla getirilen düzenlemede, hizmet gereklerine, kamu yararına ve hukuka aykırılık bulunmamaktadır.

Bu durumda, davaya konu Yönetmeliğin 53/b-4. madddesinde ve söz konusu madde uyarınca tesis edilen dava konusu işlemde hukuka aykırılık görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle, davanın reddine, aşağıda dökümü yapılan 86,55 TL yargılama giderlerinin davacı üzerinde bırakılmasına, 17.03.2009 gününde oybirliği ile karar verildi.

YARGILAMA USULÜ

T.C.
D A N I Ş T A Y
Sekizinci Daire
Esas No : 2007/4208
Karar No : 2009/795

Özeti : Mahallle muhtarlarının, tüzel kişiliği bulunmayan mahalle muhtarlığı adına açtıkları davanın, ehliyet yönünden reddi gerektiği hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan(Davalı) : Rize İl Özel İdare Müdürlüğü
Vekili : Av. ...
Karşı Taraf(Davacılar) : 1-Yalıköy Muhtarlığı
2-Sarayköy Muhtarlığı

Davacılar Yanında Davaya Katılanlar : 1- ..., 2- ...

İstemin Özeti : Rize İli, İyidere İlçesi, Yalıköy ve Sarayköy Mahalleleri kıyısına yakın yerlerden kum çıkartılması ve kum ocağı işletilmesi için Rize İl Özel İdaresi tarafından verilen 01.01.2006 tarih ve 14,15 sayılı 1(a) grubu kum ocağı işletme ruhsatlarının iptali istemiyle yapılan başvurunun reddine ilişkin 05.04.2006 tarih ve 438 sayılı Rize İl Özel İdare Müdürlüğü işleminin iptali istemiyle açılan davada; her ne kadar Mahkemelerince yaptırılan keşif ve bilirkişi incelenmesi sonucu düzenlenen bilirkişi raporunda uyuşmazlık konusu ruhsatların kıyı alanlarında herhangi bir olumsuz etki yaratmayacağı belirtilmiş ise de; ruhsat verilen alanının kıyıya olan yakınlığı (500 metre), ruhsat sahasının su derinliği (10-20 m.), ruhsat verilen alanın yörenin tek plaj bölgesi oluşu, kum çıkartılan alanın hemen güneyinde bölge halkının denize girmesi nedeniyle kum çıkarma faaliyeti sonunda oluşabilecek çukurların boğulma olaylarına sebebiyet verebileceği, ruhsat verilen alanın çevresinin aynı zamanda yerleşim alanı niteliğinde oluşu hususları ile birlikte ruhsat süresinin uzunluğu (01.01.2006-31.12.2010) ve ruhsat alanının genişliği (180.999 m²) göz önünde tutulduğunda, insanlar, bitki örtüsü, kıyı ve diğer çevresel varlıklar ile kıyıdaki yapılar üzerinde telafisi güç veya imkansız zararların ortaya çıkacağı sonucuna ulaşıldığı, bu durumda, uyuşmazlık konusu kum ocağı ruhsatlarının iptali istemiyle yapılan başvurunun reddine ilişkin işlemde hukuka, mevzuata ve kamu yararına uygunluk bulunmadığı gerekçesiyle dava konusu işlemi iptal eden Trabzon İdare Mahkemesinin 6.12.2006 gün ve E:2006/1403, K:2006/1724 sayılı kararının, yapılan keşif sonucu düzenlenen bilirkişi raporu uyarınca karar verilmesi gerektiği öne sürülerek, 2577 sayılı Yasanın 49. maddesi uyarınca temyizen incelenerek bozulması istemidir.

Savunmanın Özeti : Yanıt verilmemiştir.

Danıştay Tetkik Hakimi Gülşen AKAR PEHLİVAN'ın Düşüncesi : İstemin reddi gerektiği düşünülmektedir.

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

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

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Sekizinci Dairesince işin gereği görüşüldü :

Uyuşmazlık, Rize İli, İyidere İlçesi, Yalıköy ve Sarayköy Mahalleleri kıyısına yakın yerlerden kum çıkartılması ve kum ocağı işletilmesi için Rize İl Özel İdaresi tarafından verilen 01.01.2006 tarih ve 14,15 sayılı 1(a) grubu kum ocağı işletme ruhsatlarının iptali istemiyle yapılan başvurunun reddine ilişkin 05.04.2006 tarih ve 438 sayılı davalı idare işleminin iptali isteminden kaynaklanmıştır.

2577 sayılı Yasanın 31. maddesinde, dava ehliyeti hususunda Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu hükümlerinin uygulanacağı, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 39. maddesinde ise, ehliyeti haiz olan hükmi şahısların kanuni uzuvları vasıtasıyla ve icap eden mezuniyetin istihsal ile hareket edecekleri belirtilmiş bulunmaktadır.

4541 sayılı Şehir ve Kasabalarda Mahalle Muhtar ve İhtiyar Heyetleri Teşkiline Dair Kanun hükümleri uyarınca mahalle muhtarlıklarının tüzel kişiliğinin bulunmadığından mahalle muhtarlarının mahalle muhtarlığı olarak açtıkları davanın ehliyet yönünden reddi gerekmektedir.

Ancak, davacı mahalle muhtarının mahalle halkından biri olarak her zaman dava açabileceği tabiidir.

Bu durumda, tüzel kişiliği bulunmayan mahalle muhtarlığının, davada, davacı yada davalı olarak taraf olma yeteneği bulunmadığından, Mahkemece işin esası incelenerek karar verilmesinde hukuka uyarlık görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle, Trabzon İdare Mahkemesi kararının bozulmasına, dosyanın yeniden bir karar verilmek üzere anılan Mahkemeye gönderilmesine 3.2.2009 gününde oybirliği ile karar verildi.

T.C.
D A N I Ş T A Y
Sekizinci Daire
Esas No : 2008/8591
Karar No : 2009/2023

Özeti : Su satış ücretinin TEFE'ye göre artırılmasında, su bedelinin tüketim miktarına göre kademelendirilmesinde ve faturaların 45 günlük süreyle tahakkuk ettirilmesinde, hukuka uyarlık bulunmadığı hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunanlar (Davalılar) : 1-Ankara Su ve Kanalizasyon İdaresi Genel Müdürlüğü
Vekili **:** Av. ..
2- Ankara Büyükşehir Belediye Başkanlığı
Vekili **:** Av. …
3-(Davacı) Ankara Barosu Başkanlığı
Vekili **:** Av. ..., Av. ...
Karşı Taraf **:** 1-Ankara Büyükşehir Belediye Başkanlığı
2-Ankara Su ve Kanalizasyon İdaresi Genel Müdürlüğü
3-Ankara Barosu Başkanlığı

İstemin Özeti **:** Ankara Barosu tarafından, Ankara'da uygulanan su tarifesinin, su satış ücretinin TEFE'ye göre belirlenmesi; konutların su bedelinin tüketim miktarına göre kademelendirilmesi ve faturaların 45 gün süreyle tahakkuk ettirilmesine ilişkin kısımlarının iptali istemiyle açılan davada; ASKİ Tarifeler Yönetmeliğinin 13. maddesinde, ASKİ Genel Müdürlüğü Yönetim Kurulu kararı ile su tüketimi tahakkuk ve tahsilatlarının üst sınırı 2 ayı geçmeyen dönemlerde yapılacağı, sürelerin saptanmasında Genel Müdürlüğün yetkili olduğu hükmüne yer verildiği, anılan hüküm uyarınca ASKİ Yönetim Kurulu'nun 27.2.1991 gün ve 78 sayılı kararıyla 45 günlük sürelerde faturalama yapılmasında hukuka aykırılık bulunmadığı, öte yandan aynı Yönetmeliğin 14. maddesinin birinci fıkrasının son cümlesinde, tasarrufu teşvik amacıyla kademeli tarife uygulaması yapılabilir, hükmüne yer verildiği, bu hükümle, suyun kullanımında az ücret alınması suretiyle tasarruf yapılmasının amaçlandığı, Yönetmelik hükmüne dayalı olarak belirlenen kademeli ücret uygulamasının, aynı zamanda sınırlı kaynak niteliğindeki suyun kullanımında tasarrufa yönelmesinin amaçlandığından, dava konusu işlemin bu kısmında da hukuka aykırılık bulunmadığı, ayrıca, su satış ücretinin 2560 sayılı Yasanın 23. maddesinde belirtildiği şekilde, yönetim ve işletme giderleri ile amortismanlar, doğrudan gider yazılan (aktifleştirilmeyen) yenileme, ıslah ve tevsi masrafları ve %10'dan aşağı olmayacak nispetinde bir kar oranı esas alınarak belirlenmesi gerekirken, sözü edilen kriterler kullanılmaksızın su ücretinin tespit edilmesi ve TEFE oranları uygulanmak suretiyle dönemsel artışlara tabi tutulmasına ilişkin işlemde hukuka uyarlık bulunmadığı gerekçesiyle dava konusu işlemin, su satış ücretinin TEFE'ye göre artırılarak belirlenmesine ilişkin kısmını iptal eden ve davanın su bedelinin tüketim miktarına göre kademelendirilmesi ve faturaların

45 günlük süreyle tahakkuk ettiği kısmını ise reddeden Ankara 6. İdare Mahkemesinin 04.07.2008 gün ve E:2005/2362, K:2008/1151 sayılı kararının, davacı Baro tarafından redde ilişkin kısmının eksik incelemeye dayalı olduğu, davalı idareler tarafından ise davacı Baronun dava açma ehliyetinin bulunmadığı, davanın süresinde olmadığı öne sürülerek 2577 sayılı Yasanın 49. maddesi uyarınca temyizen incelenerek bozulması istemidir.

Savunmanın Özeti : ASKİ Genel Müdürlüğü ve Ankara Barosu tarafından karşı tarafın temyiz isteğinin reddi gerektiği savunulmuş olup, Ankara Büyükşehir Belediye Başkanlığınca savunma verilmemiştir.

Danıştay Tetkik Hakimi İbrahim ÖZDEMİR'in Düşüncesi : ASKİ Yönetim Kurulu'nun 27.2.1991 gün 78 sayılı kararı ve 3.10.1996 günlü kararı ile uygulamaya konulan su ücret tarifesinin kademelendirilmesi, satış ücretinin TEFE'ye göre belirlenmesi ve faturaların 45 gün süreyle tahakkuk ettirilmesine ilişkin düzenlemeler belirtilen tarihlerden bu yana uygulanmış olduğundan, idareye başvurulmaksızın 23.11.2005 tarihinde açılan bu davanın süreaşımı nedeniyle incelenme olanağı bulunmadığı gerekçesiyle işin esasını karara bağlayan İdare Mahkemesi kararının bozulması gerektiği düşünülmektedir.

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

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

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Sekizinci Dairesince işin gereği görüşüldü :

Uyuşmazlık, Ankara Barosu tarafından, Ankara'da uygulanan su tarifesinin, su satış ücretinin TEFE'ye göre belirlenmesi; konutların su bedelinin tüketim miktarına göre kademelendirilmesi ve faturaların 45 gün süreyle tahakkuk ettirilmesine ilişkin kısımlarının iptali isteminden kaynaklanmaktadır.

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 Mahkemesi kararının su satış ücretinin TEFE'ye göre artırılarak belirlenmesine ilişkin işlemi iptal eden kısmı usul ve yasaya uygun olup, bozulmasını gerektiren bir neden bulunmadığından, kararın bu kısmına yönelik temyiz isteminin reddi gerekmektedir.

İdare Mahkemesi kararının, konutların su bedelinin tüketim miktarına göre kademelendirilmesi ve faturaların 45 gün süreyle tahakkuk ettirilmesine ilişkin kısmına gelince;

2560 sayılı İstanbul Su ve Kanalizasyon İdaresi Genel Müdürlüğü Kuruluş ve Görevleri Hakkında Yasanın 23. maddesinde, su satışı, kanalizasyon tesisi bulunan yerlerdeki kullanılmış suların uzaklaştırılması, septik çukurların boşaltılması giderleri için ayrı tarifeler yapılır. Bu tarifelerin tespitinde, yönetim ve işletme giderleri ile, amortismanları doğrudan gider yazılan (aktifleştirilmeyen) yenileme, ıslah ve tevsi masrafları ve % 10'dan aşağı olmayacak nispetinde bir kâr oranı esas alınacağı, tarifelerin tespiti ile tahsilâtla ilgili usul ve esasların bir yönetmelik ile belirleneceği, Ek 5. maddesinde ise, bu Yasanın diğer büyükşehir belediyelerinde de uygulanacağı kuralı yer almıştır.

2464 sayılı Belediye Gelirleri Yasasının Mükerrer 44.maddesinde, konutlara ait çevre temizlik vergisi, su tüketim miktarı esas alınmak suretiyle metreküp başına büyükşehirlerde 15 YKR, diğer yerlerde 12 YKR olarak hesaplanacağı, su tüketim miktarı esas alınmak suretiyle hesaplanan çevre temizlik vergisinin, su faturasında ayrıca gösterilmek suretiyle tahakkuk etmiş sayılacağı kuralı yer almıştır.

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Yasasının 7. maddesinin 4. fıkrasında, düzenleyici işlemin iptal edilmemiş olmasının bu düzenlemeye dayalı işlemin iptaline engel olmayacağı kuralı bulunmaktadır.

ASKİ Tarifeler Yönetmeliğinin 13. maddesinde ASKİ Genel Müdürlüğü Yönetim Kurulu kararı ile su tüketimi tahakkuk ve tahsilatlarını üst sınırı 2 ayı geçmeyen dönemlerde yapacağı, sürelerin saptanmasında Genel Müdürün yetkili olduğu, 74. maddesinde ise, tasarrufu teşvik amacıyla kademeli tarife uygulaması yapılabileceği kurala bağlanmıştır.

Dava dosyasının incelenmesinden; Ankara Su Kanalizasyon İdaresi Yönetim Kurulu'nun 27.2.1991 günlü, 78 sayılı kararı ile, su tüketiminin 1991 yılından itibaren resmi kurum ve belediye abonelikleri için aylık, konut ve iş yeri abonelikleri için 45 günlük dönemler esas alınarak tahakkuk ve tahsil edilmesine ve üst sınır 2 ayı geçmemek kaydıyla sürenin belirlenmesinde genel müdürün yetkili kılınmasına karar verildiği, ASKİ Yönetim Kurulu'nun 03.10.1996 günlü, 504 sayılı kararı ile de, daha önce, her ayın ilk günündeki ABD Dolarının Merkez Bankası döviz alış kuru üzerinden yeniden hesaplanarak uygulanan su ve atık su tarifelerinin, DİE tarafından yayımlanan Toptan Eşya Fiyatları Endeksindeki (TEFE) aylık artış oranına göre hesaplanması ve yeniden belirlenmesine, konut aboneleri için fiyatlandırmanın tüketilen su miktarı baz alınarak 0-10, 11-30 ve 31 ve üzeri m3 olarak kademelendirilmesine karar verildiği ve Ankara Büyükşehir Belediye Meclisinin 03.10.1996 günlü, 425 sayılı kararıyla; "konut düzenlenmesi ve TEFE'nin altında aylık artış belirleme konusunda ASKİ Yönetim Kurulunun yetkili olması" şeklinde tadilen onandığı, konutların su ihtiyacının temini bu tarihlerden itibaren uygulamanın anılan karara dayalı yapıldığı, en son 10.11.2005 tarihinde yapılan fiyat değişikliğinde ise konutlar için 0-10 m3 arası 0,64 YTL/m3, 11-30 m3 arası 1.66 YTLm3, 30 m3 sonrası için 2.44 YTL/m3 şeklinde fiyat belirlemesi yapıldığı anlaşılmaktadır.

Belde halkının müşterek ihtiyacı olan şebeke suyunun dağıtımı, depolanması, atık suyun uzaklaştırılması ve fiyatının belirlenmesi konusunda tekel konumunda olan Su ve Kanalizasyon İdarelerinin, belde halkına ekonomik olarak yük teşkil edecek, makul sayılamayacak uygulamalardan kaçınması gerektiği açıktır.

Anılan Yasa hükmü gereğince, su bedeli maliyet bazlı olarak belirleneceğine göre, her bir metreküp su bedelinin eşit olacağı açıktır. Bu bakımdan, maliyeti eşit olanın satış bedelinin de eşit olması gereklidir. Su bedelinin tüketim miktarına göre kademelendirilmesi ise, eşit maliyetli bir maldan daha fazla ücret alınması sonucunu doğurduğundan, bu da eşitlik ilkesine aykırıdır. Keza, su tüketimine bağlı olarak tahakkuk ettirilen atıksu bedelinin hesaplanmasında da eşitsizlik yaratacağı açıktır.

Ayrıca Tarifeler Yönetmeliğine göre iki ay geçmeyecek dönemlerde tahakkuk yapılabileceği belirtilmiş ise de, aylık hesaplama dönemi yerine 45 günlük dönemlerin baz alınması nedeniyle kullanılan su miktarı artacağından, hesaplanacak su bedelinde meydana gelen artış, daha da büyük olacaktır. Bu nedenle, aylık dönemler baz alınarak tahakkuk işleminin yapılması hakkaniyete ve ölçülülük ilkesine uygun olup, idareye ek bir külfet getirmemektedir.

Bu durumda, Ankarada su bedelinin tüketim miktarına göre kademelendirilmesinde ve faturaların 45 günlük süreyle tahakkuk ettirilmesinde hukuka uyarlık görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle, Ankara 6. İdare Mahkemesi kararının, su satış ücretinin TEFE'ye göre artırılarak belirlenmesi işleminin iptaline ilişkin kısmına yönelik temyiz isteminin reddine ve bu kısmının onanmasına, su bedelinin tüketim miktarına göre kademelendirilmesi ve faturaların 45 günlük süreyle tahakkuk ettirilmesinin iptali isteminin reddine ilişkin kısmına yönelik temyiz isteminin kabulü ile kararın bu kısmının bozulmasına, bozulan kısım hakkında yeniden bir karar verilmek üzere dosyanın anılan Mahkemeye gönderilmesine 24.3.2009 gününde oyçokluğu ile karar verildi.

AZLIK OYU

X- Dosyanın incelenmesinden su faturalarının 45 günlük dönemler esas alınarak tahakkuk ettirilmesine ASKİ Yönetim Kurulunun 27.2.1991 günlü kararı ile, su ücretinin TEFE'ye göre artırılarak belirlenmesi ve tüketilen bu miktarın kademelendirilmesine 3.10.1996 günlü kararla uygulamaya başlandığı anlaşılmaktadır.

Belirtilen tarihlerden sonra ilk uygulamanın yapıldığı (su faturasının gönderildiği) tarihte davacı Baro'nun bu uygulamalardan haberdar olduğu açıktır. Bu durumda, ilk uygulamadan itibaren 60 gün içinde dava açılması gerekirken, bu süre geçirildikten çok sonra 23.11.2005 tarihinde açılan bu davanın süre aşımı nedeniyle incelenmesine olanak bulunmamaktadır. Bu nedenle, İdare Mahkemesi kararının öncelikle bu yönden bozulması gerekmektedir.

2577 sayılı Yasanın 22/2 maddesi uyarınca işin esasına gelince;

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 onanması gerektiği oyu ile aksi yöndeki karara katılmıyorum.

DOKUZUNCU DAİRE KARARLARI

BELEDİYE GELİRLERİ

T.C.
D A N I Ş T A Y
Dokuzuncu Daire
Esas No : 2007/1454
Karar No : 2008/5158

Özeti : Belediyece yapılan kapalı zarf usulü ihale nedeniyle alınan tellallık harcının, düzeltme şikayet başvurusu yoluyla geri istenebileceği, harca konu olmayan kapalı zarf usulü ihalede alınan tellallık harcının, vergilendirmede hata kapsamına gireceği hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan : ... A. Ş.
Karşı Taraf : Adana Büyükşehir Belediyesi Başkanlığı
Vekili : Av. ...

İstemin Özeti : Davacının 2003 takvim yılına ait istihkak bedelleri üzerinden kesilen 70.250.000.000.-lira tutarındaki tellallık harcının düzeltilerek tarafına iadesi istemiyle davalı idareye yaptığı 16.1.2004 tarihli başvurusunun zımnen reddedilmesi üzerine açılan davayı; Danıştay Dokuzuncu Dairesinin 15.11.2005 tarih ve E:2005/289, K:2005/3273 sayılı bozma kararına uyularak dosyanın yeniden incelendiği, Adana Büyükşehir Belediye Başkanlığı tarafından davacı şirketten 25.3.2003 tarihinde 100.000 çuval 17.6.2003 tarihinde de 150.000 çuval un satın alınması nedeniyle ihale bedellerinin ödenmesi sırasında dava konusu tellallık harcının alındığının anlaşıldığı, buna karşı iade istemiyle dava açma süresi geçtikten sonra 16.1.2004 tarihinde davalı idareye düzeltme başvurusunda bulunulduğunun, isteme cevap verilmeyerek zımnen reddi üzerine yasal faiziyle iadesi istemiyle bakılan davanın açıldığının anlaşıldığı, düzeltme ve şikayet yoluyla yapılan başvurunun 213 sayılı Kanunun 116. ve devamı maddelerinde belirtilen vergilendirmede hata sayılabilecek yani hukuki yorum gerektirmeyen açık hatalar için öngörüldüğü, oysa davacının iddiasının 2464 sayılı Belediye Gelirleri Kanununun 67. maddesinde düzenlenen tellallık harcının belediyenin kendi yaptığı ihalelerde de alınıp alınmayacağının oluşturduğu bunun da hukuki ihtilaf olup vergilendirmede hata kapsamına girmeyeceği, bu nedenle davalı idare işleminde isabetsizlik bulunmadığı gerekçesiyle reddeden Adana 2. Vergi Mahkemesinin 14.12.2006 tarih ve E:2006/1036, K:2006/919 sayılı kararının; belediyece yapılan ihalede tellallık harcı alınmasının yasal olup olmadığının vergilendirmede hataya girdiği ileri sürülerek bozulması istenilmektedir.

Savunmanın Özeti : Cevap verilmemiştir.

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 İhsan Saçmalı'nın Düşüncesi : Olayda belediyece yapılan kapalı zarf usulü eksiltme ihalesi sonucu ödenen hakedişler üzerinden tellallık harcı alındığı ve dava

konusu düzeltme şikayet başvurusunda bulunulduğu istemin zımnen reddi üzere de dava açıldığı görülmektedir.

İhale tellalık harcı konusuna girmediğinden vergilendirme hatası olan bu işleme karşı yapılan düzeltme şikayet başvurusu yerinde olup yazılı gerekçeyle verilen kararda isabet görülmediğinden bozulması gerektiği düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Dokuzuncu Dairesince işin gereği görüşüldü:

Uyuşmazlıkta, belediye tarafından davacı şirkete kapalı zarf eksiltme usulü ile ihale edilen un alımlarına ilişkin hakediş ödemelerinden kesilen tellallık harcının düzeltme ve şikayet yoluyla iadesi isteminin zımmen reddine karşı açılan davayı reddeden Vergi Mahkemesi kararının bozulması istenilmektedir.

Genel bütçeye, il özel idarelerine, belediyelere ve köylere ait vergi, resim, harç ve benzeri yükümlerin tarh, tahakkuk, tahsil işlemlerinden ve bunlarla ilgili zam ve cezalardan doğan uyuşmazlıkların çözümünde genel ilke 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununa uygun olarak vergi mahkemesi nezdinde dava açılmasıdır.

Ancak, vergilendirme işleminden doğan anlaşmazlık, bir hukuki ihtilaftan değil de, bir maddi hatadan ibaret bulunmakta ise, yasa koyucu pahalı ve uzun olan bu dava yolundan ayrı olarak Vergi Usul Kanununun 116. ila 126. maddelerinde düzenlenen ve vergi literatüründe "Düzeltme ve Şikayet Müessesesi" denilen bir idari başvuru yolu vazetmiştir. Bu müessesenin işleyebilmesi, başka bir deyişle, bu yola başvurulabilmesi için ortada bir hukuki ihtilaftan ziyade, Vergi Usul Kanununun sözü geçen maddelerinde yazılı olan "vergi hatası"nın bulunması gerekmektedir. Nitekim anılan Kanunun "Vergi Hatalarını Düzeltme" başlığını taşıyan bu bölümünün 116. maddesinde, vergi hatası; vergiye ilişkin hesaplarda veya vergilendirmede yapılan hatalar yüzünden haksız yere fazla veya eksik vergi istenmesi veya alınması olarak tanımlanmış, aynı Kanunun 117.maddesinde hesap hataları, 118. maddesinde ise vergilendirme hataları tek tek sayılarak belirlenmiştir. Maddenin 2 no'lu bendine göre, mükellefiyette hata; açık olarak vergiye tabi olmayan veya vergiden muaf bulunan kimselerden vergi istenmesi veya alınması, 3 no'lu bendine göre, mevzuda hata ise; açık olarak vergi mevzuuna girmeyen veya vergiden müstesna bulunan gelir, servet, madde, evrak ve işlemler üzerinden vergi istenmesi veya alınmasıdır.

2464 sayılı Belediye Gelirleri Kanununun 67. maddesinde; belediye sınırları ve mücavir alanlar içinde belediyelere ait hal, balıkhane, mezat yerleri ve ilgilinin isteğine bağlı olarak belediye münadisi veya tellal bulundurulan sair yerlerde, gerçek veya tüzel kişiler tarafından her ne suretle olursa olsun her çeşit menkul veya gayrimenkul mal ve mahsullerin satışının tellalık harcına tabi olacağı hükme bağlanmıştır.

Buna göre belediye sınırları ve mücavir alanlar içinde, belediye tellalı veya münadisi bulundurulmak suretiyle kanunda öngörülen yerlerde yapılan menkul ve gayrimenkul mal ve mahsul satışları tellallık harcının konusunu teşkil etmektedir.

Olayda, belediyenin kendi ihtiyacı olan un alımı için kapalı zarf eksiltme usulü ile ihale yaptığı ve bu ihale sonucunda davacı şirketin satışı üstlenerek teslim ettiği ürün için hakedişleri alması sırasında tellallık harcı kesintisi yapıldığı görülmektedir.

Bu durumda, davacı şirketin kapalı zarf eksiltme usulü uygulanarak ihale yolu ile yüklendiği un satış işlemi anılan yasa maddesinde belirtilen mal ve mahsul satışı niteliğinde bir satış olmadığı gibi, tellal veya münadi bulundurulmak suretiyle yapılan bir satış da sözkonusu olmadığından vergilendirme hatalarından mevzuda hata kapsamında bulunan istihkak bedellerinden tellallık harcı kesilmesi nedeniyle harcın iadesi istemiyle yapılan başvurunun zımmen reddine karşı açılan davanın yazılı gerekçeyle reddinde isabet bulunmamıştır.

Açıklanan nedenlerle temyiz isteminin kabulüne Adana 2. Vergi Mahkemesinin 14.12.2006 tarih ve E:2006/1036, K:2006/919 sayılı kararının bozulmasına 6.11.2008 tarihinde oybirliği ile karar verildi.

EMLAK VERGİSİ (BİNA VERGİSİ)

T.C.
D A N I Ş T A Y
Dokuzuncu Daire
Esas No : 2007/2915
Karar No : 2008/5303

Özeti : Tarım Kredi Kooperatiflerinin taşınmazlarından, sadece kendi hizmet binalarının emlak vergisinden muaf olduğu, arsalarının ise muafiyetinin bulunmadığı, ayrıca kooperatif adına karar harcına hükmedilemeyeceği hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan : Tarım Kredi Kooperatif 4. Bölge Birliği Müdürlüğü
Vekili : Av. ...
Karşı Taraf : Gaziemir Belediye Başkanlığı
Vekili : Av. …

İstemin Özeti : Davacı kurumun mülkiyetinde bulunan taşınmazlar için 2001-2006 yıllarına ilişkin olarak ödenen emlak vergisinin iadesi istemiyle yapılan düzeltme başvurusunun reddine ilişkin işlemin iptali ve ödenen emlak vergisinin yasal faizi ile birlikte iadesi istemiyle açılan davayı; 1319 sayılı Kanunun 4-p maddesinde tarım kredi, tarım satış kooperatiflerinin kendi hizmet binalarının emlak vergisinden daimi surette muaf olduğunun düzenlendiği, aynı Kanunun 22. maddesinde, bina ve arazi vergileri ile ilgili muaflık ve istisna hükümlerinin anılan Kanuna eklenmek veya anılan Kanunda değişiklik yapılmak suretiyle düzenleneceğinin hükme bağlandığı, 41. maddesinde ise, özel kanunların bina ve arazi vergilerine ilişkin muaflık ve istisna hükümlerinin yürürlükten kaldırıldığının hükme bağlandığı, 1581 sayılı Kanunun 19/B-b maddesinde ise davacı kooperatifin her türlü vergi, resim ve harçtan muaf olduğunun düzenlendiği, aynı konuda birbirinden farklı yasa hükümleri bulunduğundan sonraki ve özel hüküm niteliğinde bulunan kanun hükmünün geçerli olduğu, 17.7.1972 tarihinde yürürlüğe giren 1610 sayılı Kanunla 1319 sayılı Kanuna eklenen hüküm ile, tarım kredi kooperatiflerinin sahip olduğu kendi hizmet binalarının emlak vergisinden muaf olduğunun düzenlendiği, anılan kanun hükümlerinden daha sonra (25.8.1977) yürürlüğe giren 2104 sayılı Kanun ile özel kanunlarla düzenlenen bina ve arazi vergilerine ilişkin muaflık ve istisna hükümlerinin de yürürlükten kaldırıldığı, bu durumda aynı konuda farklı ve çelişik düzenlemeler içeren kanun hükümlerinden sonraki tarihte yürürlüğe giren kanun hükmü yürürlükte ve geçerli olduğundan söz konusu Kanun hükmünün özel kanunlarda aynı konuda mevcut olan hükümleri açıkça ilga ettiğinin anlaşıldığından ödenen vergilerin iadesinin talep edilmesi üzerine tesis edilen ret işleminde hukuka aykırılık bulunmadığı gerekçesiyle reddeden İzmir 2. Vergi Mahkemesinin 18.4.2007 tarih ve E:2006/1164, K:2007/346 sayılı kararının; tarim kredi kooperatiflerinin taşınmaz mallarının 1581 sayılı Kanunun 19/B-b maddesi gereğince emlak vergisinden muaf olduğu, ayrıca kooperatif aleyhine yargı harcına hükmedilemeyeceği ileri sürülerek bozulması istenilmektedir.

Savunmanın Özeti : Temyiz isteminin reddi gerektiği savunulmaktadır.

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

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

Tetkik Hakimi Fatih Torun'un Düşüncesi : Temyize konu vergi mahkemesi kararının davanın reddine ilişkin hüküm fıkrasının onanması, davacı kooperatif aleyhine karar harcına hükmedilmesine ilişkin hüküm fıkrasının bozulması gerektiği düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Dokuzuncu Dairesince işin gereği görüşüldü:

Davacı kurumun mülkiyetinde bulunan taşınmazlar için 2001-2006 yıllarına ilişkin olarak ödenen emlak vergisinin iadesi istemiyle yapılan düzeltme başvurusunun reddine ilişkin işlemin iptali ve ödenen emlak vergisinin yasal faizi ile birlikte iadesi istemiyle açılan davayı reddeden vergi mahkemesi kararının temyizen incelenerek bozulması istenilmektedir.

213 sayılı Kanunun 116. maddesinde, vergi hatası, vergiye müteallik hesaplarda veya vergilendirmede yapılan hatalar yüzünden haksız yere fazla veya eksik vergi istenmesi veya alınması olarak tanımlanmış, 118. maddede, vergilendirme hataları sayıldıktan sonra 2. fıkrasında, açık olarak vergiye tabi olmayan veya vergiden muaf bulunan kimselerden vergi istenmesi veya alınmasının mükellefiyette hata olduğu belirtilmiştir. Aynı Kanunun 124. maddesinin 1. fıkrasında, vergi mahkemesinde dava açma süresi geçtikten sonra yaptıkları düzeltme talepleri reddolunanların şikayet yoluyla Maliye Bakanlığına müracaat edebilecekleri öngörülmüş, 2. fıkrasında ise bu madde gereğince il özel idare vergileri hakkında valiliğe ve belediye vergileri hakkında belediye başkanlığına müracaat edilebileceği kurala bağlanmıştır.

Davacı kooperatif, 28.4.1972 tarihinde yürürlüğe giren, 1581 sayılı Tarım Kredi Kooperatifleri ve Birlikleri Kanununun 19. maddesinin (B) bendinde yer alan Tarım Kredi Kooperatiflerinin taşınmaz malları her türlü vergi, resim ve harçtan muaftır" şeklindeki hükümden bahisle maliki olduğu bina ve arsalar için muafiyet iddiasında bulunmaktadır.

Uyuşmazlığın esasını, Tarım Kredi Kooperatiflerinin emlak vergisinden muaf olup olmadığı oluşturduğundan, 1319 sayılı Emlak Vergisi Kanununun muafiyete ilişkin hükümleri ile 1581 sayılı Tarım Kredi Kooperatifleri ve Birlikleri Kanununun ilgili hükümlerinin birlikte değerlendirilmesi gerekmektedir.

1319 sayılı Emlak Vergisi Kanunu 11.8.1970 tarihli Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. Emlak vergisinden muaf tutulan binalar, 1319 sayılı Kanunun 4. maddesinde, arazi ve arsalar ise aynı Kanunun 14. maddesinde sayılmıştır.

28.4.1972 tarihi Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren 1581 sayılı Tarım Kredi Kooperatifleri ve Birlikleri Kanunu ile tüzel kişiliği haiz Tarım Kredisi Kooperatifleri ile bölge ve merkez birliklerinin kurulabilmesinin yolu açılmış, anılan Kanunun 19/B-b maddesinde bu kanuna göre kurulacak ve kurulmuş sayılan kooperatiflerin, bölge ve merkez birliklerinin, sermaye ve yedek akçeleri ile taşınmaz malları ve bunların gelirleri, kendi ihtiyaçları için satın aldıkları ve alacaklarının tahsili gayesiyle mülk edindikleri taşınmaz malları ve bunların 15. madde hükmüne göre sahiplerine geri verilmesi işleminin, bütün vergi, resim ve harçtan muaf olduğu düzenlemesine yer verilmiştir.

1581 sayılı Tarım Kredi Kooperatifleri ve Birlikleri Kanunundan sonra 27.7.1972 tarihli Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren 1610 sayılı Kanunla 1319 sayılı Kanuna emlak vergisi muafiyetine ilişkin olarak yeni hükümler eklenmiş ve Kanunun bazı maddelerinde de değişikliğe gidilmiştir.

Buna göre, 1319 sayılı Kanunun 1610 sayılı Kanunun 14. maddesiyle değiştirilen 22. maddesinde bina ve arazi vergileri ile ilgili muaflık ve istisna hükümlerinin bu Kanuna

eklenmek veya bu Kanunda değişiklik yapılmak suretiyle düzenleneceği hükme bağlanmış, aynı Kanunun 41. maddesine 1610 sayılı Kanunun 24. maddesiyle eklenen 4. bende göre de, özel kanunların bina ve arazi vergilerine ilişkin muaflık ve istisna tanıyan hükümlerinin yürürlükten kaldırıldığı düzenlemesine yer verilmiştir.

Bunun yanısıra; 1319 sayılı Emlak Vergisi Kanunun 4. maddesine 1610 sayılı Kanunun 1. madesiyle eklenen (p) bendinde Tarım Kredi, Tarım Satış Kooperatifleri, 1163 sayılı Kanuna uygun olarak teşekkül eden kooperatifler ve bu kooperatiflerin kuracağı kooperatif birlikleri, kooperatif merkez birlikleri ve Türkiye Milli Kooperatifler Birliğinin ve Türk Kooperatifçilik Kurumunun sahip oldukları kendi hizmet binalarının kiraya verilmemek şartıyla bina vergisinden muaf olduğu belirtilmiş, ancak 1319 sayılı Kanunda Tarım Kredi Kooperatiflerinin arsa ve arazilerinin emlak vergisinden muaf olduğuna ilişkin herhangi bir düzenlemeye ise yer verilmemiştir.

Bu açıklamalar çerçevesinde, 1610 sayılı Kanunun 1581 sayılı Kanundan daha sonra yürürlüğe girmiş olması ve bu haliyle 1610 sayılı Kanunun Tarım Kredi Kooperatiflerine ait taşınmazların emlak vergisi muafiyetine ilişkin düzenleme getiren en son kanun bulunması ve 1319 sayılı Kanunun 41. maddesine 1610 sayılı Kanunun 24. maddesiyle eklenen 4. bendine göre özel kanunların bina ve arazi vergilerine ilişkin muaflık ve istisna tanıyan hükümlerin kaldırılması karşısında Tarım Kredi Kooperatiflerin taşınmazlarının emlak vergisinden muaf olup olmadığı hususunun bu çerçevede değerlendirilmesi gerekmektedir.

Bu durumda, Tarım Kredi Kooperatiflerinin sahip olduğu bina ve arazilerin muafiyetinin farklı değerlendirilmesi gerekmektedir. Zira Kanun koyucu bu konudaki iradesini son olarak 1610 sayılı Kanunla ortaya koymuş, Tarım Kredi Kooperatiflerinin sadece sahip olduğu kendi hizmet binalarının kiraya verilmemek şartıyla emlak vergisinden muaf tutulmuş, Tarım Kredi Kooperatiflerinin sahip olduğu arsa ve arazilerinin ise emlak vergisinden muaf tutulmasına ilişkin bir düzenlemeye ise yer verilmemiştir.

Dosyanın incelenmesinden, davacı kooperatifin ödediği emlak vergisi 2006 yılı 2. taksidinin, davacı kurumun mülkiyetinde bulunan İzmir İli, Gaziemir İlçesi, … Mahallesi, … Caddesinde … pafta, … ada, … nolu parselde bulunan … m² arsa ve arsa içerisinde … m² lik bina ile Gaziemir İlçesi, … Mahallesi caddesinde bulunan … pafta, … ada, … nolu parselde bulunan arsaya ilişkin olduğu anlaşılmaktadır.

Dava konusu olayı yukarıda yapılan açıklamalar çerçevesinde değerlendirdiğimizde, davacı kooperatifin 2001-2006 yıllarına ilişkin olarak ödediği tutarın iadesi istemiyle yapmış olduğu düzeltme başvurusunun, davalı idare tarafından, davacı kooperatifin maliki olduğu binanın kiraya verildiği için emlak vergisinden muaf tutulamayacağı gerekçesiyle reddedildiği görülmekte olup, aynı iddia gerek savunma dilekçesinde, gerekse temyize cevap dilekçesinde de tekrarlanmasına rağmen davacı kooperatifçe aksinin iddia edilmediği ve buna ilişkin bir belge sunulmadan sadece 1581 sayılı Kanunun 19. maddesinde yer alan muafiyet hükmünden yararlanmak istemiyle dava açıldığı görülmektedir. Bu durumda, davacı kooperatifin emlak vergisine konu binadan kira geliri elde ettiği ve bu nedenle 1319 sayılı Kanunun 1610 sayılı Kanunla eklenen 4(p) maddesinden yararlanma imkanı bulunmadığı, ayrıca yukarıda açıklanan nedenlerle davacı kooperatifin arsalarının da emlak vergisinden muaf tutulmasının mümkün olmadığı anlaşıldığından temyize konu vergi mahkemesi kararı sonucu itibariyle yerinde bulunmuştur.

Davacı kooperatif aleyhine karar harcına hükmedilmesine ilişkin hüküm fıkrasına yönelik temyiz isteminin incelenmesine gelince,

1581 sayılı Kanunun "Muafiyetler" başlıklı 19. maddesinin B-a bendinde, bu kanuna göre kurulacak ve kurulmuş sayılan kooperatifler, bölge ve merkez birliklerinin, kurumlar, gider, gayrimenkul kıymet artışı, intikal ve diğer vergilerden ve icra makamları, resmi daireler ve mahkemeler nezdinde yapacakları takip ve tahsillerle açacakları tazminat davaları ile ilgili her nevi talep, tebliğ ve kararların her türlü masraf, vergi, resim ve harçlardan muaf olacağı düzenlemesine yer verilmiştir.

Olayda, vergi mahkemesi kararında, davacı kooperatif adına 13.10 YTL karar harcına hükmedildiği anlaşıldığından, 1581 sayılı Kanunun 19/B-a maddesi karşısında davacı kooperatif adına karar harcına hükmedilmesinde yasal isabet bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle temyiz isteminin kısmen kabulüne, kısmen reddine, İzmir 2. Vergi Mahkemesinin 18.4.2007 tarih ve E:2006/1164, K:2007/346 sayılı kararının davanın reddine ilişkin hüküm fıkrasının sonucu itibariyle onanmasına, davacı kooperatif aleyhine karar harcına hükmedilmesine ilişkin hüküm fıkrasının bozulmasına 17.11.2008 tarihinde oybirliği ile karar verildi.

KAMU ALACAKLARININ TAHSİLİ

T.C.
D A N I Ş T A Y
Dokuzuncu Daire
Esas No : 2007/3682
Karar No : 2008/5592

Özeti : 4811 sayılı Kanun hükümlerinden yararlandırılmaması gereken davacıya, sehven taksitlendirme yapılması sonucu idarenin kendi kusurlu işlemi üzerine gecikme zammının doğmasına sebebiyet verildiği anlaşıldığından, davacının gecikme zammından sorumlu tutulmasının hakkaniyete uygun olmayacağı hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan : ... Konut Yapı Kooperatifi
Vekili : Av. ...
Karşı Taraf : Hisar Veraset ve Harçlar Vergi Dairesi Müdürlüğü
İstemin Özeti : Davacı adına düzenlenen 1.11.2004 tarih ve 165/2 sayılı düzeltme fişinin iptali istemiyle açılan davayı; dava dosyasının incelenmesinden, davacı tarafından 10.10.2002 de tahakkuk edip bir bölümü ödenen tapu harcının ödenmeyen kısmı için 4811 sayılı Yasa'dan yararlanma talebi ile davalı idareye 20.3.2003 'te başvurulduğu, idarece düzenlenen taksitlendirme tablosuna göre gerekli ödemelerin yapıldığı, ancak davalı idarece harcın 31.8.2002'den sonra tahakkuk etmesi nedeniyle davacının 4811 sayılı Kanun'dan faydalandırılmaması gerekirken sehven taksitlendirme yapıldığı belirtilerek borcun vadesi ve yapılan ödemeler dikkate alınarak ve 6183 sayılı Kanunun 47. maddesindeki ödemelerin vadesi geçmiş vergilerin zammıyla orantılı olarak dağıtılması hükmü gözetilmek ve gecikme zammı hesaplanmak suretiyle ödenen 21.819 YTL tapu harcının 6.388.05 YTL'si nin gecikme zammına mahsubunun yapıldığı ve buna ilişkin olarak düzenlenip davacıya tebliğ edilen düzeltme fişinin tebliği üzerine bakılan davanın açıldığının anlaşıldığı, 4811 sayılı Yasa'nın 1. maddesi uyarınca 31.8.2002'den sonra verilen beyannameler anılan Yasanın kapsamı dışında bırakıldığından, olayda da cins tashihine ilişkin harç beyannamesinin verilme tarihi 10.10.2002 olduğundan ve 31.8.2002 tarihinden sonra verilen beyanname üzerine tahakkuk ettirilen tapu harcının, davalı idarece 4811 sayılı Yasa kapsamına girmemesine rağmen taksitlendirmeye dahil edilmesi davacı için hak doğurmayacağından, davacının vadesinde ödenmemiş bakiye borcu ve yapmış olduğu ödemeler dikkate alınarak ve 6183 sayılı Yasa'nın 47. madde hükmü gereğince yapılan ödemeler ana para ve gecikme zammına orantılı olarak dağıtılarak idarece yapılan düzeltme işleminde yasal isabetsizlik bulunmadığı gerekçesiyle reddeden İstanbul 6. Vergi Mahkemesinin 28.2.2007 tarih ve E.2004/2534,

K.2007/414 sayılı kararının; davalı idarenin kendi hatasından oluşan faiz kaybının talep edilmesinin hukuka aykırı olduğu, faiz oranının fahiş olduğu ileri sürülerek bozulması istenilmektedir.

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

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

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

Tetkik Hakimi Seran Karataru Köstü'nün Düşüncesi : Davacı adına düzenlenen 1.11.2004 tarih ve 165/2 sayılı düzeltme fişine dair uyuşmazlıkta, davacının 4811 Sayılı Kanun hükümlerinden yararlandırılmaması gerekirken sehven taksitlendirme yapılmış olduğu ve davalı idarenin, davacının 4811 sayılı Kanundan yararlandırılması yönündeki kendi kusurlu işlemi üzerine gecikme zammının doğmasına sebebiyet verdiği dikkate alındığında, davacının gecikme zammından sorumlu tutulması hakkaniyete uygun olmayacağından temyiz isteminin kabulü gerekeceği düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Dokuzuncu Dairesince işin gereği görüşüldü:

Uyuşmazlıkta davacı adına düzenlenilen 1.11.2004 tarih ve 165/2 sayılı düzeltme fişinin iptali istenilmektedir.

Dosyasının incelenmesinden, davacı tarafından 10.10.2002 de tahakkuk edip bir bölümü ödenen tapu harcının ödenmeyen kısmı için 4811 sayılı Yasa'dan yararlanma talebi ile davalı idareye 20.3.2003 'te başvurulduğu, bu nedenle düzenlenen taksitlendirme tablosu uyarınca gerekli ödemelerin yapıldığı, ancak akabinde sözkonusu harcın 31.8.2002'den sonra tahakkuk etmesi nedeniyle davacının 4811 sayılı Kanun'dan faydalandırılmaması gerekirken sehven taksitlendirme yapıldığı belirtilerek davalı idarece borcun vadesi, yapılan ödemeler ve 6183 sayılı Kanunun 47. maddesindeki ödemelerin vadesi geçmiş vergilerin zammıyla orantılı olarak dağıtılması hükmü dikkate alınarak gecikme zammı hesaplanmak suretiyle ödenen 21.819 YTL tapu harcının 6.388.05 YTL'si nin gecikme zammına mahsubunun yapıldığı, buna ilişkin olarak düzenlenip davacıya tebliğ edilen düzeltme fişinin iptali istemiyle açılan davayı reddeden Vergi Mahkemesi kararının davalı idarenin kendi hatasından oluşan faiz kaybının talep edilmesinin hukuka aykırı olduğu iddiası ile bozulması istemiyle temyizen Danıştay'a gelindiği anlaşılmaktadır.

Olayda her ne kadar 5 yıllık zamanaşımı süresi içinde davalı idarece hatalı işlem her zaman geri alınabilecek ise de davacının 4811 Sayılı Kanun hükümlerinden yararlandırılmaması gerekirken sehven taksitlendirme yapılmış olduğu ve davalı idarenin, davacının 4811 sayılı Kanundan yararlandırılması yönündeki kendi kusurlu işlemi üzerine gecikme zammının doğmasına sebebiyet verdiği dikkate alındığında, davacının gecikme zammından sorumlu tutulması hakkaniyete uygun olmayacağından dava konusu düzeltme fişinin iptali gerekirken yazılı gerekçeyle davayı reddeden mahkeme kararında isabet bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle temyiz isteminin kabulü ile İstanbul 6. Vergi Mahkemesinin 28.2.2007 tarih ve E.2004/2534, K.2007/414 sayılı kararının bozulmasına 25.11.2008 tarihinde oybirliği ile karar verildi.

T.C.
D A N I Ş T A Y
Dokuzuncu Daire
Esas No : 2007/4659
Karar No : 2009/321

Özeti : İhtiyati haciz kararının, Vergi Dairesi Başkanı "Olur" u ile alınabileceği hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan : Erciyes Vergi Dairesi Müdürlüğü
Karşı Taraf : ... Medikal Petrol Ür. San. Tic. Ltd. Şti.
İstemin Özeti : Davacı şirket adına tesis edilen ihtiyati haciz işleminin iptali istemiyle açılan davayı; dosyanın incelenmesinden, davacı şirketin yüksek matrahlı katma değer vergisi beyan ettiği halde ödenecek katma değer vergisi çıkmadığının tespit edilmesi üzerine başlanılan incelemede, ilk tespit ve hesaplamalara göre bulunan amme alacağının güvence altına alınması için 6183 sayılı Kanunun 13/1-3. maddesi hükmü uyarınca ihtiyati haciz işlemi tesis edildiğinin anlaşıldığı, olayda ihtiyati haciz kararı alınabilmesi için mahallin en büyük memurunun kararının mevcudiyeti gerekli iken Vergi Dairesi Başkanının 20.10.2006 tarihli 'Olur'u ile ihtiyati haciz kararının alınmış olduğu görüldüğünden yetkisiz kişilerce alınan ihtiyati haciz kararında şekil yönünden hukuka uyarlık görülmediği gerekçesiyle kabul ederek ihtiyati haciz işlemini iptal eden Kayseri Vergi Mahkemesinin 21.3.2007 tarih ve E:2006/707, K:2007/250 sayılı kararının; 5345 sayılı Kanunun 33. maddesi uyarınca vergi ile ilgili işlerde mahallin en büyük memuruna yapılan atıfların vergi dairesi başkanına yapılmış sayılacağının hükme bağlandığı, ihtiyati haciz işleminin yasaya uygun olduğu ileri sürerek bozulması istenilmektedir.
Savunmanın Özeti : Cevap verilmemiştir.
Danıştay Savcısı Gülsen Bişkin'in Düşüncesi : İdare ve vergi mahkemelerince verilen kararların temyizen incelenerek bozulabilmesi için, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 49 uncu maddesinin birinci fıkrasında belirtilen nedenlerin bulunması gerekmektedir.
Temyiz dilekçelerinde öne sürülen hususlar, söz konusu maddede yazılı nedenlerden hiçbirisine uymadığından, temyiz isteminin reddi ile temyiz edilen Mahkeme kararının onanmasının uygun olacağı düşünülmektedir.
Tetkik Hakimi Funda Öztuğral'ın Düşüncesi : İleri sürülen iddialar usule ve hukuka uygun Vergi Mahkemesi kararının bozulmasını gerektirecek nitelikte bulunmadığından, temyiz isteminin reddi gerekeceği düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Dokuzuncu Dairesince işin gereği görüşüldü:
Duruşma istemi 2577 sayılı Kanunun 17. maddesi uyarınca yerinde görülmeyerek işin esasına geçildi;
Uyuşmazlık, davacı şirket hakkında tesis edilen ihtiyati haciz işleminin iptali istemiyle açılan davayı kabul eden Vergi Mahkemesi kararının bozulması istemine ilişkindir.
6183 sayılı Yasanın 13. maddesinde ihtiyati haczi gerektiren hallerden herhangi birinin mevcudiyeti bulunduğunda hiç müddetle mukayyet olmaksızın alacaklı amme idaresinin mahalli en büyük memurunun kararıyla, haczin ne surette yapılacağına dair olan hükümlere göre; derhal tatbik olunacağı hüküm altına alınmıştır.
5345 sayılı Gelir İdaresi Başkanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanunun 33. maddesinde, diğer mevzuatta Gelirler Genel Müdürlüğüne yapılmış olan atıflar ilgisine göre Gelir İdaresi Başkanlığına; Gelirler Genel Müdürüne yapılmış atıflar Gelir İdaresi Başkanına; Başkanlığın görev alanına giren konularda mülki idare amirlerine, mahallin en büyük

memuruna, ilin en büyük malmemuruna, defterdara, ve defterdarlığa yapılmış atıflar ilgisine göre vergi dairesi başkanına ve başkanlığına, vergi dairesi başkanlığı bulunmayan yerlerde vergi dairesi veya vergi dairesi müdürlüğüne; gelir müdürlüğüne, takdir komisyonu başkanı veya başkanlığına, tahsil dairesine, mal müdürü veya müdürlüğüne yapılmış atıflar ilgisine göre vergi dairesi başkanına ve başkanlığına veya ilgili müdür veya müdürlüğüne; vergi kontrol memuruna yapılmış atıflar ise vergi denetmenine yapılmış sayılacağı hükme bağlanmıştır.

Yukarıda anılan kanun hükümleri birlikte değerlendirildiğinde 6183 sayılı Yasanın 13. maddesinde ihtiyati haciz kararını alacak makam olarak ifade edilen mahallin en büyük memurunun ilgisine göre vergi dairesi başkanı veya vergi dairesi başkanlığı bulunmayan yerlerde vergi dairesi müdürü olduğu sonucuna ulaşılmaktadır.

Bu durumda, Başkanlığın görev alanında sayılan amme alacağının tahsili kapsamına görülen ihtiyati haciz işlemi konusunda Vergi Dairesi Başkanlığının 20.10.2006 tarihli ihtiyati haciz kararında yetki ve şekil yönünden hukuka aykırılık bulunmadığından işin esasına girerek dosyanın incelenmesi gerekirken, davayı şekil yönünden reddeden vergi mahkemesi kararında hukuka uyarlık görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle, temyiz isteminin kabulüne, Kayseri Vergi Mahkemesinin 21.3.2007 tarih ve E:2006/707, K:2007/250 sayılı kararının bozulmasına 29.1.2009 tarihinde esasta oybirliği, usulde oyçokluğu ile karar verildi.

KARŞI OY

X- 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; mal müdürlükleri bünyesinde bulunan bağlı vergi dairelerinin ise vergi dairesi başkanlığı birimi haline dönüştürülünceye kadar defterdarlıklara bağlı olarak faaliyetlerine devam edecekleri hükmüne yer verilmiştir.

Bu durumda, vergi dairesi başkanlıklarının faaliyete geçirildiği 16.9.2005 tarihinden sonra açılan davalarda, 5345 sayılı Kanunun 24'üncü maddesine göre, vergi uyuşmazlıklarını takip ve yargısal işlem yapma yetkisi, vergi dairesi başkanlıklarına, bu başkanlıkların bulunmadığı yerlerde vergi dairesi müdürlüklerine ve aynı Kanunun geçici 5'inci maddesi kapsamındaki vergi dairesi müdürlüklerine aittir. 5345 sayılı Kanunda, dava takip ve yargısal işlemler yapma yetkisinin, yetkinin sahibi olduğunu açıkladığımız idari birimler tarafından alt idari birimlere devrine izin veren bir düzenleme yoktur.

Bu açıklamalar karşısında, Kayseri Vergi Dairesi Başkanlığına bağlı vergi dairesi müdürlüğü olan ve bu nedenle, Vergi Dairesi Başkanlığının faaliyete geçtiği 16.9.2005 tarihinden sonra açılan idari davalar ile bu davalarda verilecek kararlara karşı gidilen kanun yollarında taraf olma ehliyeti bulunmayan ve bu konuda kendisine yetki devri de yapılamayacak olan Erciyes Vergi Dairesi Müdürlüğü husumetiyle dava dosyasının tekemmül ettirilmesinde ve aynı müdürlük tarafından temyiz isteminde bulunulmasına karşın, Mahkemece, herhangi bir incelemeye tabi tutulmaksızın, dosyanın Danıştaya gönderilmesinde 2577 sayılı idari Yargılama Usulü Kanunu Hükümlerine uyarlık görülmemiştir.

Yukarıda belirtilen nedenlerle, 2577 Sayılı Kanunun 48. maddesi uyarınca işlem yapılarak, bir başka anlatımla Kayseri Vergi Dairesi Başkanlığı husumetiyle dava dosyasının tekemmülünün sağlanmasından sonra Danıştaya gönderilmek üzere dosyanın, Vergi Mahkemesine gönderilmesi gerektiği oyuyla karara usul yönünden katılmıyorum.

T.C.
D A N I Ş T A Y
Dokuzuncu Daire
Esas No : 2007/2819
Karar No : 2008/4712

Özeti : İbraz edilmeyen defter ve belgelerin mahkemece istenerek davalı idareye gönderilmesi sonucu yeniden düzenlenen inceleme raporuna göre yeniden yapılan tarhiyatın incelenmesinde isabet olmadığı hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan Taraflar :1) ...
2) Kadınhanı Malmüdürlüğü

İstemin Özeti : Davacı adına 2003/Ocak-Aralık dönemleri için salınan katma değer vergisi ile kesilen vergi ziyaı ve özel usulsüzlük cezalarının terkini istemiyle açılan davayı; dosyanın incelenmesinden davacının vergisi ihtilaf konusu olan yıla ait defter ve belgelerini incelemeye ibraz etmemesi üzerine katma değer vergisi indirimleri reddedilmek suretiyle dava konusu cezalı tarhiyatın yapıldığının anlaşıldığı, Mahkemelerine ibraz edilen defter ve belgelerin incelenmek üzere davalı idareye gönderildiği, davalı idare tarafından yapılan inceleme sonucu düzenlenen raporda davacının 2003 yılında defterlere kaydedilen bir kısım alış faturalarının sahte olduğu sonucuna varılarak sahte olduğu ileri sürülen faturalara istinaden indirim konusu edilen katma değer vergilerinin reddi suretiyle katma değer vergisi beyan tablosunun yeniden oluşturulduğu, davacının fatura aldığı on bir firmanın mükellefiyet kaydı bulunmadığından, bu mükelleflerden alınan faturalarda yer alan katma değer vergisinin indiriminin reddinde hukuka aykırılık olmadığı, ... Nak. Otom. İnş. Gıda Ltd. Şti. 'den alınan faturanın ise sahte olmadığı sonucuna varıldığından, bu fatura içeriği katma değer vergisi indiriminin reddinde isabet bulunmadığı, bu suretle Mahkemelerince yeniden oluşturulan katma değer vergisi tablosunda çıkan verginin ödenmesi gerektiği, davalı idarece Anayasa Mahkemesinin 6.1.2005 tarih ve E:2001/3, K:2005/4 sayılı kararı uyarınca vergi ziyaı cezasının vergi aslının üç katı tutarına isabet eden kısımdan fazlasının terkin edildiği görüldüğünden terkin edilen kısım hakkında karar verilmesine gerek olmadığı, 213 sayılı Kanunun mükerrer 355. maddesi uyarınca kesilen özel usulsüzlük cezasına gelince; davacı tarafından, yapılan tebligata rağmen yasal süresi içinde herhangi bir mücbir sebep olmaksızın defter ve belgelerin ibraz edilmediği görüldüğünden kesilen bu cezada yasaya aykırılık bulunmadığı gerekçesiyle kısmen kabul ederek vergi aslını değişiklikle onayan, onanan katma değer vergisinin üç katına isabet eden vergi ziyaı cezası ile özel usulsüzlük cezasını onayan, vergi ve ceza fazlasını kaldıran, vergi ziyaı cezasının davalı idarece terkin edilen kısmı hakkında karar verilmesine yer olmadığına hükmeden Konya Vergi Mahkemesinin 1.3.2007 tarih ve E:2006/138, K:2007/204 sayılı kararının; davacı tarafından; defter ve belgelerin davalı idareye ibraz edildiği, mahkemece yerindelik denetimi yapılamayacağı, ikinci defa düzenlenen vergi inceleme raporu sonucu adına ihbarname düzenlenerek tebliğ edilmediği, davalı idarece; defter ve belgelerini kasten ibraz etmeyen davacının katma değer vergisi indirimlerinin reddi suretiyle yapılan cezalı tarhiyatta hukuka aykırılık bulunmadığı ileri sürülerek bozulması istenilmektedir.

Savunmanın Özeti : Davalı idare tarafından karşı taraf temyiz isteminin reddi gerektiği savunulmuş, davacı tarafından cevap verilmemiştir.

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

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

Tetkik Hakimi Funda Öztuğral'ın Düşüncesi : İleri sürülen iddialar usule ve hukuka uygun Vergi Mahkemesi kararının bozulmasını gerektirecek nitelikte bulunmadığından, taraflar temyiz istemlerinin reddi gerekeceği düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Dokuzuncu Dairesince işin gereği görüşüldü:

Uyuşmazlıkta; 2003 yılı hesap ve işlemlerinin incelenmesi amacıyla defter ve belgeleri istenilen davacının ibraz etmediğinden bahisle katma değer vergisi indirimlerinin reddi suretiyle düzenlenen vergi inceleme raporuna istinaden salınan katma değer vergisi ile kesilen vergi ziyaı ve özel usulsüzlük cezalarının terkini istemiyle açılan davayı kısmen kabul eden, kısmen reddeden, kısmen karar verilmesine yer olmadığına hükmeden Vergi Mahkemesi kararının taraflarca temyizen incelenerek bozulması istenilmektedir

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun idari dava türleri ve idari yargı yetkisinin sınırlarını belirleyen 2. maddenin 2. fıkrasında "idari yargı yetkilisinin idari eylem ve işlemlerin hukuka uygunluğunun denetimi ile sınırlıdır, İdari mahkemeler yerindelik denetimi yapamazlar, yürütme görevinin kanunlarda gösterilen şekil ve esaslara uygun olarak yerine getirilmesini kısıtlayacak, idari eylem ve işlem niteliğinde veya idarenin takdir yetkisini kaldıracak biçimde yargı kararı veremezler" hükmü yer aldığından idari yargı yetkisinin idari eylem ve işlemlerin hukuka uygunluğunun denetimi ile sınırlı olması ve her organın kendi görev ve yetki alanı içinde kalması kamu düzeninin bir gereğidir.

Dosyanın incelenmesinden, davacının 2003 yılı defter ve belgelerinin istenildiği, ancak defter ve belgelerin hiç bir mazeret gösterilmeksizin yasal süresi içinde ibraz edilmediği, bunun üzerine indirim konusu yapılan katma değer vergisi reddedilmek suretiyle re'sen bulunan matrah üzerinden davacı adına vergi salınarak, vergi ziyaı ve özel usulsüzlük cezaları kesildiği, vergi mahkemesince verilen 9.6.2006 tarihli ara kararı üzerine mahkemeye ibraz edilen defter ve belgelerin incelenmek üzere davalı idareye gönderildiği, davalı idare tarafından defter ve belgeler üzerinde yapılan inceleme sonucu düzenlenen 13.11.2006 tarih ve 125 sayılı vergi inceleme raporunda, defterlere kaydedilen bir kısım alış faturalarının sahte olduğu sonucuna varılarak, sahte olduğu ileri sürülen faturalara istinaden indirim konusu edilen katma değer vergisinin reddi suretiyle katma değer vergisi beyan tablosunun yeniden oluşturulduğu, vergi mahkemesince davacının fatura aldığı on bir firmanın mükellefiyet kaydı bulunmadığından bu mükelleflerden alınan faturalarda yer alan katma değer vergisi indiriminde hukuka uyarlık olmadığı, ... Nak. Otom. İnş. Gıda Ltd. Şti.'den alınan faturanın ise sahte olmadığı sonucuna varıldığından bu fatura içeriği katma değer vergisi indiriminde hukuka aykırılık olmadığı, yeniden oluşturulan katma değer vergisi beyan tablosunda çıkan verginin ödenmesi gerektiği, davacı tarafından yapılan tebligata rağmen defter ve belgelerin herhangi bir mücbir sebep olmaksızın ibraz edilmemesi nedeniyle kesilen özel usulsüzlük cezasında isabetsizlik bulunmadığı, davalı idarece terkin edilen vergi ziyaı cezasının gecikme faizine ilişkin kısmı hakkında karar verilmesine yer olmadığı gerekçesiyle davanın kısmen kabul edildiği, kısmen reddedildiği, kısmen karar verilmesine gerek olmadığına hükmedildiği anlaşılmaktadır.

Olayda, dava konusu tarhiyatın nedeni defter ve belgelerin incelemeye ibraz edilmemesi olup vergi mahkemesince re'sen araştırma ilkesi uyarınca davacının defter ve belgelerinin istenilmesi, ibraz edilecek olan defter ve belgelerden vergi dairesi müdürlüğünün

de haberdar edilmesi suretiyle söz konusu belgelerin gerçekten alış yaptığı emtialara ait alış faturaları olup olmadığının araştırılması ve gerçek alış faturaları gözönüne alınarak ödenecek verginin tespiti için gerekirse defter ve belgeler üzerinde bilirkişi incelemesi yaptırılarak gerek bu bilirkişi raporunun gerekse mahkemeye ibraz edilip mahkemece vergi dairesi müdürlüğünün bilgisine gönderilen belgeler yönünden bu idare tarafından mahkemeye sunulan bilgilerin, doğrudan mahkeme tarafından değerlendirilerek hasıl olacak duruma göre bir karar verilmesi gerekirken, 2003 yılı defter ve belgelerin yeniden incelenmesi için davaya taraf olan davalı idareye gönderilerek denetim elemanlarınca tanzim olunan yeni inceleme raporuna göre karar verilmesinde yasal isabet bulunmamaktadır. Ancak dosyadaki bilgi ve belgelerin incelenmesinden, davacının, fatura aldığı on bir firmayla ilgili olarak, 'iki mükelleften aldığı motorin karşılığında, bu mükelleflerin, kendi faturaları yerine anılan on bir firmaya ait faturaları düzenleyerek verdikleri' yönündeki ifadesi ile bu on bir firmanın mükellefiyet kaydının bulunmaması karşısında davacı adına düzenlenmiş olan bu faturaların sahte olduğunun anlaşıldığı, ... Nak. Otom. İnş. Gıda Ltd. Şti.'den alınan faturanın ise; adı geçen mükellef hakkında düzenlenen vergi tekniği raporunda, ... Nak. Otom. İnş. Gıda Ltd. Şti.'nin bir kısım nakliye faaliyetinin gerçek olduğu ve bu faaliyeti çerçevesinde düzenlediği nakliye faturaları ile araç satış faturalarının gerçek mal hareketine dayandığının belirtildiği, davacıya düzenlenen araç satışını konu edinen faturanın da rapora ekli tutanakta dökümü yapılan ve gerçek olduğu kabul edilen araç satış faturaları arasında yer aldığı görüldüğünden sonucu itibarıyla yerinde olan vergi mahkemesi kararının onanması gerekmektedir.

Açıklanan nedenlerle davacı temyiz isteminin oybirliği ile reddine, davalı idare temyiz isteminin oyçokluğu ile reddine, Konya Vergi Mahkemesinin 1.3.2007 tarih ve E:2006/138, K:2007/204 sayılı kararının belirtilen gerekçeyle onanmasına, 492 sayılı Harçlar Kanununa bağlı 3 sayılı Tarife uyarınca onanan kısım üzerinden hesaplanacak ilam harcının temyiz isteminde bulunan davacıdan alınmasına 16.10.2008 tarihinde karar verildi.

KARŞI OY

X- 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun "idari dava türleri ve idari yargı yetkisinin sınırı" başlıklı 2. maddesinin 2. fıkrasında " idari yargı yetkisi idari eylem ve işlemlerin hukuka uygunluğunun denetimi ile sınırlıdır. İdari mahkemeler yerindelik denetimi yapamazlar, yürütme görevinin kanunlar ile gösterilen şekil ve esaslara uygun olarak yerine getirilmesini kısıtlayacak, idari eylem ve işlem niteliğinde veya idarenin takdir yetkisini kaldıracak biçimde yargı kararı veremezler" hükmü yer almaktadır.

Bu hükme göre idari yargı yerlerinin denetim yetkisi, kanunların idari makamlara bıraktığı yetkilerin kullanılışının hukuka uygun olup olmadığının araştırılmasını kapsar; yoksa söz konusu yetkilerin idari yargı yerlerince kullanılması sonucunu yaratmaz.

2577 sayılı Kanunun 20. maddesinde düzenlenen re'sen araştırma yetkisi, idarenin kendi yetkisini kullanarak yapmış olduğu inceleme ve araştırmaya dayalı idari işlemden kaynaklanan idari uyuşmazlığın çözümü için gerekli belge ve bilgilerin, davaya bakan yargı yerine sağlanması amacını, bir başka anlatımla dava konusu yapılan idari işlemin hukuka uygunluğunu denetleme amacını güder. Buna göre davacının tutum ve davranışı ile idarenin inceleme ve araştırma yapmasını önlemesi sonucu tesis edilen işlemin iptal davasına konu edilmesi durumunda idari yargı yerinin idarece yapılamayan inceleme ve araştırmayı yapması idarenin yerine geçmesi sonucunu doğuracağından böyle bir inceleme ve araştırma yapılmasının re'sen araştırma yetkisinin kullanılması olarak kabulüne olanak bulunmamaktadır.

Diğer taraftan idari yargı yerinin görevi idari işlemin tesis edildiği anda yetki şekil, sebep, konu ve maksat yönlerinden biri ile hukuka aykırı olup olmadığını denetlemek olduğu halde, idari işlemin tesis tarihinden sonra yargı yerince yapılacak veya bilirkişiye yaptırılacak inceleme ve araştırma sonucuna göre maddi olayda değişiklik olabileceğinden bu sonuç esas

alınarak uyuşmazlık hakkında karar verilmesi halinde idari yargı yerinin görevini belirtilen şekilde yerine getirdiği de söylenemez.

Dosyanın incelenmesinden, 2003 yılına ilişkin defter ve belgelerini 213 sayılı Kanunun 4369 sayılı Kanunla değişik 256. maddesi uyarınca ibraz etmesi için davacıya usulüne uygun tebliğat yapılmasına karşın verilen süre içinde ibraz yükümlülüğünü yerine getirmediği, anılan Kanunun "mücbir sebebler" başlığını taşıyan 13. maddesinde sayılan hallerin sözkonusu olmadığı anlaşıldığından, 3065 sayılı Kanunun 34. maddesi uyarınca belgelendirilmeyen katma değer vergisi indirimlerinin reddi suretiyle yapılan dava konusu cezalı tarhiyatta mevzuata aykırılık görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle davacı tarafından inceleme elemanına ibraz edilmeyen ve böylece idarece vergi incelemesine konu edilmesi önlenen defter ve belgeleri re'sen araştırma yetkisinin kullanılması sözkonusu olmadığı halde ara kararıyla getirtip incelenmek üzere davalı idareye göndermek suretiyle doğan sonuca göre dava konusu cezalı tarhiyatı değişiklikle onayan temyize konu vergi mahkemesi kararının bozulması gerektiği oyuyla davacı temyiz isteminin reddine ilişkin kararın bu kısmına katılmıyorum.

T.C.
D A N I Ş T A Y
Dokuzuncu Daire
Esas No : 2007/2911
Karar No : 2009/33

Özeti : Katma değer vergisi istisnası uygulanan, ancak katma değer vergisi istisnasına girmediği sonradan anlaşılan teslimler için salınan katma değer vergisinin, artık alıcıya yansıtılmasının mümkün olmadığı; bu nedenle, hukuka aykırı olduğu ve terkini gerektiğine ilişkin mahkeme kararında, isabet bulunmadığı hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan: Torbalı Vergi Dairesi Müdürlüğü
Karşı Taraf : .... Şti.
İstemin Özeti : Davacı şirketin 2004 yılı işlemlerinin incelenmesi sonucu aynı yılın Ocak-Aralık dönemleri için adına re'sen salınan katma değer vergisinin kaldırılması istemiyle açılan davayı; dosyanın incelenmesinden, davacı şirketin hurda plastikten imal edilen plastik granül teslimlerinin katma değer vergisine tabi olmasına karşın katma değer vergisi hesaplanmadığından bahisle adına dava konusu tarhiyatın yapıldığının anlaşıldığı, davacı şirketin davalı idareden alınan görüşler doğrultusunda katma değer vergisi hesaplamadığının, daha sonra idarenin görüş değiştirmesi üzerine davacıdan düzeltme beyannamesi vermesinin istenildiğinin, bu isteğin yerine getirilmemesi üzerine idarece re'sen yapılan düzeltme ile dava konusu katma değer vergisinin salındığının ve davacıyı kendilerinin yanıltması nedeniyle salınan vergiye ceza kesilmediğinin anlaşıldığı, katma değer vergisinin yansıtılabilir bir vergi olduğu, vergi yükünün ürünü satan değil alan kişide kaldığı, idare görüşü doğrultusunda hareket eden davacı şirketin bu aşamadan sonra emtiayı satın alan kişilere katma değer vergisini yansıtmasının mümkün olamayacağı, davacıdan tahsili halinde de haksız yere malvarlığında eksilmeye neden olunacağı, bu nedenle salınan katma değer vergisinde isabet bulunmadığı gerekçesiyle kabul eden İzmir 2. Vergi Mahkemesinin 15.3.2007 tarih ve E:2006/930, K:2007/211 sayılı kararının; davacı şirketin tahsil edilmesi gereken vergiden sorumlu olduğu ileri sürülerek bozulması istenilmektedir.
Savunmanın Özeti : Temyiz isteminin reddi gerektiği savunulmaktadır.

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

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

Tetkik Hakimi İhsan Saçmalı'nın Düşüncesi : Olayda, davacı şirketin yaptığı faaliyetin hurda plastik atıklarının eritilmesi suretiyle plastik eşya imalatında kullanılan hammadde (granül) nin elde edilmesi olduğundan, davacı şirketin yaptığı teslimlerin hurda plastik teslimi sayılması mümkün olmayıp katma değer vergisi istisnası getirilmiş bulunan hurda plastik tesliminden ayrı tutularak katma değer vergisine tabi olduğu açıktır.

Hal böyleyken, yaptığı (granül) teslimlerinin hurda plastik teslimi olmayan bu nedenle istisna kapsamına girmeyen davacıya, yapmış olduğu teslimlerin katma değer vergisinden istisna olduğuna ilişkin hatalı şekilde verilen görüş nedeniyle ceza uygulamamış olup tahsil ederek beyan etmesi gereken katma değer vergisinin salınmasında isabetsizlik bulunmamaktadır. Davacının bu vergiyi emtia sattığı alıcılara yansıtamamış olması da yine verginin mükellefi olan davacının tahsil etmesi gereken katma değer vergisini ödemesi gerektiği sonucunu değiştirmeyecektir.Aksi halde katma değer vergisi hesaplaması gerekirken bunu yapmayan yükümlülere bu vergiyi alıcılara yansıtamayacağı nedeniyle sonradan vergileme yapılamayacağını kabul etmek, katma değer vergisi uygulamasının satıcıların keyfiyetine bırakılması ve olayda olduğu gibi satıcı yükümlülere sonradan hiç bir şekilde vergi salınamaması sonucunu doğuracaktır ki bunun hukuka ve vergileme ilkelerine aykırı olduğu açıktır.Bu nedenle temyiz isteminin kabulüyle Vergi Mahkemesi kararının bozulması gerektiği düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Dokuzuncu Dairesince işin gereği görüşüldü:

3065 sayılı Katma Değer Vergisi Kanununun 1. maddesinin 1. bendinde ticari, sınai, zirai faaliyet ve serbest meslek faaliyeti çerçevesinde yapılan teslim ve hizmetlerin katma değer vergisine tabi olduğu, mükellef başlıklı 8. maddesinin 1. fıkrasının (a) bendinde mal teslimi ve hizmet ifası hallerinde bu işi yapanların katma değer vergisinin mükellefi oldukları, vergiyi doğuran olayın meydana gelmesi başlıklı 10. maddesinin 1. fıkrasının (a) bendinde ise malın teslimi veya hizmetin yapılması halinde vergiyi doğuran olayın gerçekleşmiş olacağı hükme bağlanmıştır.

Yukarıda anılan hükümlerin değerlendirilmesinden katma değer vergisinin yansıtılabilir bir vergi olmasına karşın verginin mükellefinin malı teslim eden veya hizmeti ifa eden kişi olduğu ve malın teslimi veya hizmetin ifası anında katma değer vergisinin hesaplanarak malın bedelinin yanında tahsil edilmesi gerektiği anlaşılmaktadır. Mal teslim edip hizmet ifa edenlerin hesaplayacakları katma değer vergisinden kendilerinin mal ve hizmet alımı sırasında ödedikleri katma değer vergisini indirmeleri ise bir hak olup fatura veya benzeri vesikalarda gösterilmek yoluyla ticaret erbabının bu hakkını kullanması mümkündür. Bu sistemde katma değer vergisi en son olarak ticaret erbabı olmayan ve indirim hakkı bulunmayan nihai tüketici üzerinde kalmakta olup, bu durum katma değer vergisinin mükelleflerinin malı teslim eden veya hizmeti ifa eden kişi olması gerçeğini değiştirmemektedir.

Olayda, davacı şirketin yaptığı faaliyetin hurda plastik atıklarının eritilmesi suretiyle plastik eşya imalatında kullanılan hammadde (granül) nin elde edilmesi olduğundan, davacı şirketin yaptığı teslimlerin hurda plastik teslimi sayılması mümkün olmayıp katma değer vergisi istisnası getirilmiş bulunan hurda plastik tesliminden ayrı tutularak katma değer vergisine tabi olduğu açıktır.

Davacının yaptığı granül plastik teslimlerinin, önce hurda teslimi niteliğinde bulunduğu ve katma değer vergisine tabi olmadığı görüşü ile vergilendirmeyen idare tarafından, bu görüşün hatalı olması nedeniyle daha sonra ve dava konusu işlemle vergi ziyaı cezası uygulamadan katma değer vergisi tarhiyatı yapıldığı anlaşılmaktadır.

İdarenin hatalı görüşünden dönerek yeni bir işlem yapması her zaman mümkün olup olayda olduğu gibi davacının yaptığı granül plastik teslimlerinin katma değer vergisine tabi olmadığı şeklinde verilen hatalı görüş davacının tahsil etmesi gereken katma değer vergisini ödemesi gerektiği sonucunu değiştirmeyecektir.Aksi halde katma değer vergisi hesaplaması gerekirken bunu yapmayan yükümlülere bu vergiyi alıcılara yansıtamayacağı nedeniyle sonradan vergileme yapılamayacağını kabul etmek, katma değer vergisi uygulamasının satıcıların keyfiyetine bırakılması ve olayda olduğu gibi satıcı yükümlülere sonradan hiç bir şekilde vergi salınamaması sonucunu doğuracaktır ki bunun hukuka ve vergileme ilkelerine aykırı olduğu açıktır.

Kaldı ki bu uygulamaya hatalı görüş vererek katkıda bulunan idare hatasına binaen salınan vergiye ceza uygulamamıştır.

Bu durumda Mahkemece katma değer vergisine tabi teslimlerde bulunan davacı şirket adına yapılan tarhiyatta hukuka aykırılık bulunmadığından yazılı gerekçeyle verilen kararda isabet görülmemiştir

Açıklanan nedenlerle temyiz isteminin kabulüne İzmir 2. Vergi Mahkemesinin 15.3.2007 tarih ve E:2006/930, K:2007/211 sayılı kararının bozulmasına 20.1.2009 tarihinde oyçokluğu ile karar verildi.

KARŞI OY

X- Temyizde ileri sürülen iddialar usule ve hukuka uygun Vergi Mahkemesi kararının bozulmasını sağlayacak nitelikte bulunmadığından temyiz isteminin reddi gerektiği oyuyla karara katılmıyorum.

T.C.
D A N I Ş T A Y
Dokuzuncu Daire
Esas No : 2007/4845
Karar No : 2009/228

Özeti : Tasfiyesi sona eren ve ticaret sicilinden terkin edilen münfesih şirket adına, tüzel kişiliğinin ticaret sicilinden silindiği tarihte sona ereceği ve bu tarihten sonra haklara sahip olması ve borçlu kılınması mümkün olmayacağı nedeniyle, tarh ve ceza kesme işlemlerinin tesis edilemeyeceği hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan: Kurumlar Vergi Dairesi Müdürlüğü
Karşı Taraf : ... Dericilik Orman Ürün. Yapı Malz. İnş.Tur.Tic.ve San. Ltd. Şti.
İstemin Özeti : Davacı adına, sahte fatura ticaretinden dolayı komisyon geliri elde ettiğinden bahisle 2002/Ocak-Aralık dönemleri için tarh edilen vergi ziyaı cezalı katma değer vergisinin terkini istemiyle açılan davayı; olayda, uyuşmazlık konusu cezalı tarhiyata ilişkin vergi ve ceza ihbarnamelerinin, tasfiyesi sona erip 8.7.2004 tarihinde ticaret sicilinden terkin edilen şirket adına düzenlenip şirketin faaliyette olduğu dönemde müdür olan ortağa tebliğ edildiği anlaşılmış ise de, Türk Ticaret Kanunu hükümlerine göre, şirketlerin tüzel kişiliklerinin ticaret sicilinden silinmeleriyle sona ermesi nedeniyle, olayda adına tarh ve ceza kesme işlemi tesis edilen şirketin tüzel kişiliğinin de ticaret sicilinden silindiği 8.7.2004

tarihinde sona ermiş bulunduğu, bu tarihten sonra haklara sahip olması ve borçlu kılınması mümkün olmayan münfesih şirket adına tarh ve ceza kesme işlemleri tesis edilemeyeceğinden şirket adına yapılan cezalı tarhiyatta hukuka uygunluk bulunmadığı, Danıştay Dördüncü Dairesi ile Dokuzuncu Dairesi tarafından yapılan müşterek heyet sonucu verilen 7.4.2005 tarih ve E:2004/639, K:2005/578 sayılı kararının da bu yönde olduğu gerekçesiyle kabul eden Antalya Vergi Mahkemesinin 24.5.2007 tarih ve E.2006/1397, K.2007/910 sayılı kararının; düzenlenen raporlar doğrultusunda yapılan cezalı tarhiyatın yasal olduğu ileri sürülerek bozulması istenilmektedir.

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

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

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

Tetkik Hakimi Seran Karataru Köstü'nün 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 28.1.2009 tarihinde oybirliği ile karar verildi.

VERGİ USULÜ

T.C.
D A N I Ş T A Y
Dokuzuncu Daire
Esas No : 2006/2434
Karar No : 2008/4693

Özeti : Finansal kiralama yoluyla yapılan kanopi tesliminin, Finansal Kiralama Kanunu uyarınca mal teslimi değil, hizmet teslimi sayılması gerekeceği hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan Taraflar :
1- ... A. Ş.
Vekili **:** Av. ...
2- Bakırköy Vergi Dairesi Müdürlüğü

İstemin Özeti : Davacı şirketin 2004 yılında yaptığı akaryakıt istasyonları giydirme işi (kanopi) nden dolayı katma değer vergisi iade istemi kabul edilmeyerek aynı yılın Ekim dönemi için adına yapılan katma değer vergisi tarhiyatı ile kesilen vergi ziyaı cezasının

kaldırılması istemiyle açılan davayı; davacı şirketin yaptığı akaryakıt istasyonları giydirme işi yani kanopi imalatının %1 katma değer vergisine tabi olmadığı, zira %1 katma değer vergisine tabi teslim ve hizmetleri düzenleyen ve 3065 sayılı Kanunun 3505 sayılı Kanunla değişik 28. maddesinin verdiği yetkiye dayanılarak yayımlanan 17.7.2002 tarih ve 2002/4480 sayılı kararname eki karara ekli 1 sayılı listenin 9. sırasında 3226 sayılı Finansal Kiralama Kanununa göre sadece finansal kiralamaya konu olan malların finansal kiralama şirketlerine veya finansal kiralama şirketlerince teslimi veya kiralanması işlemlerine yer verildiği, 3226 sayılı Finansal Kiralama Kanununun 5. maddesinde ise sözleşmeye taşınır ve taşınmaz malların konu olabileceğinin, patent gibi fikri ve sınai hakların bu sözleşmenin konusuna girmeyeceğinin hükme bağlandığı, davacı şirketin hammadde ve malzeme temin ederek akaryakıt istasyonları giydirme işi (kanopi) yaptığı, işlemin bütünlüğü açısından bunun mal teslimi değil de hizmet olarak değerlendirilebileceği ve hizmetin finansal kiralamaya konu olamayacağı, bu nedenle katma değer vergisi oranının da %1 olarak uygulanmasının mümkün olmadığı görüşüyle katma değer vergisi iadesi isteminin kabul edilmediği ve yeniden düzenlenen tabloya göre dava konusu cezalı tarhiyatın yapıldığının anlaşıldığı, her ne kadar davacı şirketçe kanopi imalatının mal teslimi olduğu ileri sürülse de yapılan işin bir taşınmaz üzerinde ve mutad olarak ondan ayrılması mümkün olmayacak şekilde ve hammadde ve malzemenin kullanılmasıyla projeye dayalı imal ve inşa işi olduğu, bu niteliği itibarıyla finansal kiralamaya konu olabilecek mal teslimi sayılmayarak işin hizmet olarak değerlendirilmesi sonucu yapılan tarhiyatta isabetsizlik görülmediği, kesilen vergi ziyaı cezasının ise Anayasa Mahkemesi'nin vergi ziyaı cezası hakkında verdiği 6.1.2005 tarih ve E:2001/3, K:2005/4 sayılı kararı uyarınca kaldırılması gerektiği gerekçesiyle katma değer vergisini onayan vergi ziyaı cezasını kaldıran İstanbul 7. Vergi Mahkemesinin 7.3.2006 tarih ve E:2005/873, K:2006/506 sayılı kararının; davacı tarafından, yapılan işin mal teslimi olduğu, malzemenin bir yerden sökülüp başka bir yere takılabilen bir mal olduğu, bu nedenle finansal kiralamaya konu olabileceği, vergi dairesi müdürlüğü tarafından ise kesilen vergi ziyaı cezasının hukuka uygun olduğu ileri sürülerek aleyhlerine olan hüküm fıkrasının bozulması istenilmektedir.

Savunmanın Özeti : Taraflarca savunma verilmemiştir.

Danıştay Savcısı Zerrin Güngör'ün Düşüncesi : Uyuşmazlıkta, davacı şirket adına 2004/10. dönemi için tarh edilen vergi ziyaı cezalı katma değer vergisinin terkini istemiyle açılan davayı kısmen kabul ederek vergi aslını onayan, bir kat olarak kesilen vergi ziyaı cezasını terkin eden vergi mahkemesi kararının temyizen incelenerek bozulması taraflarca istenmektedir.

Davacı temyiz dilekçesinde ileri sürülen iddialar,2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 49.maddesinin birinci fıkrasında belirtilen nedenlerin hiç birine uymadığından yerinde görülmemiştir.

Vergi Dairesi temyiz istemine gelince;

Tarhiyata uygulanan vergi ziyaı cezasının dayanağı olan 213 sayılı Vergi Usul Kanununun 4369 sayılı Yasa ile değişik 344. maddesinin 2. fıkrasının iptaline ilişkin Anayasa Mahkemesinin 6.1.2005 tarih ve E:2001/3, K:2004/4 sayılı kararı ve bunun üzerine yapılan yeni yasal düzenleme uyarınca, cezanın ziyaa uğratılan verginin bir katını aşan gecikme faizine ilişkin kısmının terkin edilmesi gerekirken tamamen terkini yolunda verilen mahkeme kararında isabet görülmemiştir..

Bu nedenle,davacı temyiz isteminin reddi, vergi dairesi temyiz isteminin kısmen kabulü ile temyize konu mahkeme kararının vergi ziyaı cezasına ilişkin kısmının bozulmasının uygun olacağı düşünülmüştür.

Tetkik Hakimi İhsan Saçmalı'nın Düşüncesi : Yükümlü temyiz isteminin reddi, vergi dairesi müdürlüğü temyiz isteminin kısmen kabulü ile vergi ziyaı cezasının bir katına ilişkin hüküm fıkrasının bozulması diğer hüküm fıkralarının onanması gerektiği düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Dokuzuncu Dairesince işin gereği görüşüldü:

Davacı şirketin katma değer vergisine yönelik temyiz iddiaları Vergi Mahkemesi kararının buna ilişkin hüküm fıkrasının bozulmasını gerektirecek nitelikte görülmemiştir.

Vergi dairesi müdürlüğünün vergi ziyaı cezasına yönelik temyiz istemine gelince;

Dosyanın incelenmesinden, davacının ilgili dönemlere ait hesaplarının incelenmesi sonucu düzenlenen inceleme raporuna dayanılarak adına 213 sayılı Vergi Usul Kanununun 344. maddesinin olay tarihinde yürürlükte bulunan 2. fıkrası hükmüne göre hesaplanan tutar üzerinden 1 kat vergi ziyaı cezası kesildiği anlaşılmıştır.

213 sayılı Vergi Usul Kanununun 344.maddesinin 2. fıkrasının vergi ziyaı cezasının hesaplanmasında gecikme faizinin eklenmesine ilişkin kısmı Anayasa Mahkemesinin 20.10.2005 tarihli Resmi Gazetede yayımlanan 6.1.2005 tarih ve E:2001/3, K:2005/4 sayılı kararı ile iptal edilmiş olup, 8.4.2006 tarih ve 26133 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren 5479 sayılı Kanunla da 213 sayılı Kanunun ilgili hükmünde söz konusu iptal kararına uygun düzenleme yapılmıştır.

Anayasa Mahkemesince verilen iptal kararı ve yapılan yasal düzenlemeler birlikte değerlendirildiğinde; cezanın ziyaa uğratılan verginin bir katı veya üç katı tutarında uygulanması diğer bir deyişle ziyaa uğratılan vergi tutarına, üzerinden hesaplanan gecikme faizinin yarısının eklenmemesi suretiyle hesaplanması hukuka uygun olacağından, 344 üncü maddenin 3 üncü bendine göre kesilen cezaların da buna göre belirlenmesi gerekmekte olup Mahkemece cezanın tamamının terkin edilmesinde yasal isabet bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle davacı şirket temyiz isteminin reddine, vergi dairesi müdürlüğü temyiz isteminin kabulüne İstanbul 7. Vergi Mahkemesinin 7.3.2006 tarih ve E:2005/873, K:2006/506 sayılı kararının katma değer vergisine ilişkin hüküm fıkrasının onanmasına, vergi ziyaı cezasına ilişkin ilişkin hüküm fıkrasının bozulmasına 16.10.2008 tarihinde esasta oybirliği usulde oyçokluğu ile karar verildi.

KARŞI OY

X- 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; mal müdürlükleri bünyesinde bulunan bağlı vergi dairelerinin ise vergi dairesi başkanlığı birimi haline dönüştürülünceye kadar defterdarlıklara bağlı olarak faaliyetlerine devam edecekleri hükmüne yer verilmiştir.

Bu durumda, vergi dairesi başkanlıklarının faaliyete geçirildiği 16.9.2005 tarihinden sonra açılan davalarda, 5345 sayılı Kanunun 24'üncü maddesine göre, vergi uyuşmazlıklarını takip ve yargısal işlem yapma yetkisi, vergi dairesi başkanlıklarına, bu başkanlıkların bulunmadığı yerlerde vergi dairesi müdürlüklerine ve aynı Kanunun geçici 5'inci maddesi kapsamındaki vergi dairesi müdürlüklerine aittir. 5345 sayılı Kanunda, dava takip ve yargısal işlemler yapma yetkisinin, yetkinin sahibi olduğunu açıkladığımız idari birimler tarafından alt idari birimlere devrine izin veren bir düzenleme yoktur.

Bu açıklamalar karşısında, İstanbul Vergi Dairesi Başkanlığına bağlı vergi dairesi müdürlüğü olan ve bu nedenle, Vergi Dairesi Başkanlığının faaliyete geçtiği 16.9.2005 tarihinden sonra açılan idari davalar ile bu davalarda verilecek kararlara karşı gidilen kanun yollarında taraf olma ehliyeti bulunmayan ve bu konuda kendisine yetki devri de yapılamayacak olan Boğaziçi Kurumlar Vergi Dairesi Müdürlüğünce temyiz isteminde bulunulmasına karşın, Mahkemece, herhangi bir incelemeye tabi tutulmaksızın, dosyanın Danıştaya gönderildiği anlaşılmıştır.

Yukarıda belirtilen nedenlerle, 2577 Sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 48. maddesi uyarınca işlem yapılarak, tekemmülünün sağlanmasından sonra Danıştaya

gönderilmek üzere dosyanın, Vergi Mahkemesine gönderilmesi gerektiği oyuyla karara usul yönünden katılmıyorum.

T.C.
D A N I Ş T A Y
Dokuzuncu Daire
Esas No : 2007/4149
Karar No : 2009/51

Özeti : Mahkemenin tarhiyatın sebebini değiştirmeyeceği hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan: Kartal Vergi Dairesi Müdürlüğü
Karşı Taraf : ... Kimya Tekstil Plastik Otomotiv San. Tic. Ltd. Şti.
İstemin Özeti : Davacı şirket hakkında düzenlenen vergi inceleme raporuna dayanılarak sahte fatura kullanmak suretiyle haksız vergi indiriminde bulunulduğundan bahisle 2002/Mayıs-Aralık dönemlerine ilişkin olarak adına re'sen salınan katma değer vergisi ile kesilen vergi ziyaı ve özel usulsüzlük cezalarının kaldırılması istemiyle açılan davayı; dosyanın incelenmesinden, davacı şirket tarafından 2002 yılına ait defter ve belgelerin şirket muhesebecisinde olduğundan bahisle ibraz edilmemesi üzerine, şirket bilgisayar kayıtlarında bulunan yevmiye ve defteri kebir kayıtlarının aktarıldığı tasdiksiz defterler üzerinde yapılan inceleme sonucu ... Nak. Gıda Kimya Ltd. Şti. ile ... Kimyevi Mad. Ltd. Şti.'den alınan faturaların sahte olduğu sonucuna ulaşılarak bu faturalar nedeniyle yapılan katma değer vergisi indirimleri reddedilmek suretiyle dava konusu vergi ziyaı cezalı katma değer vergisi tarh edildiği ve özel usulsüzlük cezası kesildiğinin anlaşıldığı, olayda, istenildiği halde ibraz edilmeyen defter ve belgeler dolayısıyla 213 sayılı Vergi Usul Kanununun 30/3. maddesi uyarınca tarhiyat yapılması mümkün ve gerekli iken, davacı şirketin bilgisayar kayıtlarındaki bilgilerin yer aldığı tasdiksiz defterlere dayanılarak bulunan matrah üzerinden re'sen salınan vergi ziyaı cezalı katma değer vergisinde isabet olmadığı, özel usulsüzlük cezasına gelince; özel usulsüzlük cezası kesilmesini öngören yasal koşulların uyuşmazlık konu olayda gerçekleşmediğinden kesilen cezada hukuka uyarlık bulunmadığı gerekçesiyle kabul ederek vergi ziyaı cezalı katma değer vergisi ile özel usulsüzlük cezasını kaldıran İstanbul 4. Vergi Mahkemesinin 15.5.2007 tarih ve E:2007/435, K:2007/1269 sayılı kararının; salınan vergide ve kesilen cezalarda hukuka aykırılık olmadığı ileri sürülerek bozulması istenilmektedir.
Savunmanın Özeti : Cevap 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, temyiz isteminin reddi ile temyiz edilen Mahkeme kararının onanmasının uygun olacağı düşünülmektedir.
Tetkik Hakimi Funda Öztuğral'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:
Uyuşmazlıkta, davacı şirket adına 2002/Mayıs-Aralık dönemlerine ilişkin olarak re'sen salınan katma değer vergisi ile kesilen vergi ziyaı ve özel usulsüzlük cezalarının

kaldırılması istemiyle açılan davayı kabul eden Vergi Mahkemesi kararının temyizen incelenerek bozulması istenilmektedir.

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun "idari dava türleri ve idari yargı yetkisinin sınırı" başlıklı 2. maddesinin 2. fıkrasında " idari yargı yetkisi idari eylem ve işlemlerin hukuka uygunluğunun denetimi ile sınırlıdır. İdari mahkemeler yerindelik denetimi yapamazlar, yürütme görevinin kanunlar ile gösterilen şekil ve esaslara uygun olarak yerine getirilmesini kısıtlayacak, idari eylem ve işlem niteliğinde veya idarenin takdir yetkisini kaldıracak biçimde yargı kararı veremezler" hükmü yer almaktadır.

Bu hükme göre idari yargı yerlerinin denetim yetkisi, kanunların idari makamlara bıraktığı yetkilerin kullanılışının hukuka uygun olup olmadığının araştırılmasını kapsar; yoksa söz konusu yetkilerin idari yargı yerlerince kullanılması sonucunu yaratmaz.

2577 sayılı Kanunun 20. maddesinde düzenlenen re'sen araştırma yetkisi, idarenin kendi yetkisini kullanarak yapmış olduğu inceleme ve araştırmaya dayalı idari işlemden kaynaklanan idari uyuşmazlığın çözümü için gerekli belge ve bilgilerin, davaya bakan yargı yerine sağlanması amacını, bir başka anlatımla dava konusu yapılan idari işlemin hukuka uygunluğunu denetleme amacını güder. Buna göre davacının tutum ve davranışı ile idarenin inceleme ve araştırma yapmasını önlemesi sonucu tesis edilen işlemin iptal davasına konu edilmesi durumunda idari yargı yerinin idarece yapılamayan inceleme ve araştırmayı yapması idarenin yerine geçmesi sonucunu doğuracağından böyle bir inceleme ve araştırma yapılmasının re'sen araştırma yetkisinin kullanılması olarak kabulüne olanak bulunmamaktadır.

Dosyanın incelenmesinden, davacı şirket yetkilisi tarafından, vergisi ihtilaf konusu yıla ait olan şirket defter ve belgelerinin eski muhasebecisinde olduğu ileri sürülerek ibraz edilmediği, bunun üzerine şirket bilgisayar kayıtlarında bulunan yevmiye defteri ve defteri kebir kayıtlarının aktarıldığı tasdiksiz defterler üzerinde inceleme yapılarak, davacı şirketin … Nak. Gıda Kimya Ltd. Şti. ile … Kimyevi Maddeler Ltd. Şti.'den aldığı faturaların sahte olduğundan bahisle bu faturalar içeriği katma değer vergisi indirimlerinin reddi suretiyle vergi zaiyaı cezalı katma değer vergisi tarh edildiği ve özel usulsüzlük cezası kesildiği, vergi ve cezaların kaldırılması istemiyle açılan davanın, vergi mahkemesince; davalı idare tarafından, defter ve belgelerin ibraz edilmemesi nedeniyle tarhiyat yapılması gerekirken tasdiksiz defterlerin sahte fatura yönünden incelenmesi sonucu yapılan tarhiyatta isabet olmadığı gerekçesiyle kabul edildiği anlaşılmaktadır.

Olayda, her ne kadar vergi mahkemesince, istenildiği halde ibraz edilmeyen defter ve belgeler nedeniyle 213 sayılı Veri usul Kanununun 30/3. maddesi uyarınca davacı adına tarhiyat yapılması mümkün iken, şirketin bilgisayar kayıtlarındaki bilgilerin yer aldığı tasdiksiz defterlere dayalı olarak ortaya çıkarılan matrah farkı üzerinden yapılan cezalı tarhiyatta isabet olmadığı gerekçesiyle dava kabul edilmişse de, mahkemece tarhiyatın sebebinin değiştirilemeyeceği, ancak tarhiyatın dayanağı olan vergi inceleme raporunda tarhiyatın nedeni olarak gösterilen hususlar üzerinde hukuka uygunluk denetimi yapılabileceğinden, uyuşmazlığın davacı şirketin alış belgelerinin sahteliği yönünden ele alınıp incelenerek varılacak sonuca göre bir karar verilmesi gerekmektedir.

Bu durumda, vergi mahkemesince uyuşmazlığın esası incelenmeksizin tarhiyatın sebebine yönelik olarak yapılan değerlendirme sonucu verilen kararda hukuka uygunluk bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle davalı idare temyiz isteminin kabulü ile İstanbul 4. Vergi Mahkemesinin 15.5.2007 tarih ve E:2007/435, K:2007/1269 sayılı kararının bozulmasına 20.1.2009 tarihinde esasta oybirliği, usulde oyçokluğu ile karar verildi.

KARŞI OY

X- 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; mal müdürlükleri bünyesinde bulunan bağlı vergi dairelerinin ise vergi dairesi başkanlığı birimi haline dönüştürülünceye kadar defterdarlıklara bağlı olarak faaliyetlerine devam edecekleri hükmüne yer verilmiştir.

Bu durumda, vergi dairesi başkanlıklarının faaliyete geçirildiği 16.9.2005 tarihinden sonra açılan davalarda, 5345 sayılı Kanunun 24'üncü maddesine göre, vergi uyuşmazlıklarını takip ve yargısal işlem yapma yetkisi, vergi dairesi başkanlıklarına, bu başkanlıkların bulunmadığı yerlerde vergi dairesi müdürlüklerine ve aynı Kanunun geçici 5'inci maddesi kapsamındaki vergi dairesi müdürlüklerine aittir. 5345 sayılı Kanunda, dava takip ve yargısal işlemler yapma yetkisinin, yetkinin sahibi olduğunu açıkladığımız idari birimler tarafından alt idari birimlere devrine izin veren bir düzenleme yoktur.

Bu açıklamalar karşısında, İstanbul Vergi Dairesi Başkanlığına bağlı vergi dairesi müdürlüğü olan ve bu nedenle, Vergi Dairesi Başkanlığının faaliyete geçtiği 16.9.2005 tarihinden sonra açılan idari davalar ile bu davalarda verilecek kararlara karşı gidilen kanun yollarında taraf olma ehliyeti bulunmayan ve bu konuda kendisine yetki devri de yapılamayacak olan Kartal Vergi Dairesi Müdürlüğü husumetiyle dava dosyasının tekemmül ettirilmesinde ve aynı müdürlük tarafından temyiz isteminde bulunulmasına karşın, Mahkemece, herhangi bir incelemeye tabi tutulmaksızın, dosyanın Danıştaya gönderilmesinde 2577 sayılı idari Yargılama Usulü Kanunu Hükümlerine uyarlık görülmemiştir.

Yukarıda belirtilen nedenlerle, 2577 Sayılı Kanunun 48. maddesi uyarınca işlem yapılarak, bir başka anlatımla İstanbul Vergi Dairesi Başkanlığı husumetiyle dava dosyasının tekemmülünün sağlanmasından sonra Danıştaya gönderilmek üzere dosyanın, Vergi Mahkemesine gönderilmesi gerektiği oyuyla karara usul yönünden katılmıyorum.

T.C.
D A N I Ş T A Y
Dokuzuncu Daire
Esas No : 2007/4737
Karar No : 2009/61

Özeti : Yetkisiz makama yapılmış düzeltme istemi üzerine tekemmül eden işlemin esasının incelenemeyeceği hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunanlar : 1- ..., 2- ..., 3- ...
Vekilleri : Av. ...
Karşı Taraf : Maliye Bakanlığı
İstemin Özeti : Bandırma Orman İşletme Müdürlüğü eski hizmet binası ve müştemilatını 20.12.2004 tarihinde yapılan ihale sonucu müşterek olarak satın alan davacılar tarafından bu taşınmazların teslimi nedeniyle ödenen katma değer vergisinin ret ve iadesi istemiyle yapılan düzeltme ve şikayet başvurusunun reddine dair davalı idare işleminin iptali istemiyle açılan davayı; 3065 sayılı Katma Değer Vergisi Kanununun 5228 sayılı Kanunun 59/2-a. maddesiyle değişik 1/3-d. maddesinde; müzayede mahallerinde ve gümrük depolarında yapılan satışların katma değer vergisine tabi olduğu, aynı Kanuna 5228 sayılı Kanunun 20. maddesiyle eklenen Geçici 21. maddesinde ise; Karayolları Genel Müdürlüğünce yapılacak taşınmaz mal teslimleri ile Orman Genel Müdürlüğü Döner Sermaye Sabit Kıymetlerinde kayıtlı tapulu taşınmaz malların teslimlerinin katma değer vergisinden müstesna olduğunun kurala bağlandığı, 5281 sayılı Kanunun 43/14-c. maddesi ile de istisna

süresinin 31.12.2006 tarihine kadar uzatıldığı, dosyanın incelenmesinden, ihale yoluyla satın alınan taşınmaz mal tesliminden dolayı, davacılar tarafından ödenen katma değer vergisinin iadesi istemiyle düzeltme ve şikayet yoluyla yapılan 30.7.2006 tarihli başvurunun davalı idarece cevap verilmemek suretiyle reddedildiğinin anlaşıldığı, olayda, davacılardan tahsil edilen katma değer vergisinde, 3065 sayılı Kanunun 1/3-d. maddesine aykırılık bulunmadığı gibi, dosyadaki belgelerden, davacılara teslim edilen taşınmazın, Döner Sermaye Sabit Kıymetlerinde kayıtlı olmadığı, Balıkesir Orman İşletme Müdürlüğü 2 No'lu Katma Bütçeli İdare Saymanlık Müdürlüğü'nde kayıtlı olduğunun görüldüğü, bu durumda 3065 sayılı Kanunun Geçici 21. maddesinde öngörülen istisna hükmünün olaya uygulanma olanağı bulunmadığından, ödenmiş olan verginin iadesi isteminin reddine dair işlemde yasaya aykırılık bulunmadığı gerekçesiyle reddederek dava konusu işlemi onayan Balıkesir Vergi Mahkemesinin 2.5.2007 tarih ve E:2006/650, K:2007/287 sayılı kararının; ihale şartnamesinde taşınmaz satışının katma değer vergisinden muaf olduğunun belirtildiği, yine şartnamede açıkça taşınmazın Döner Sermaye Sabit Kıymetlerinde kayıtlı olmadığının belirtilmediği ileri sürülerek bozulması istenilmektedir.

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

Danıştay Savcısı Gülsen Bişkin'in Düşüncesi : Orman işletme müdürlüğü eski hizmet binası ve müştemilatını 20.12.2004 tarihinde ihale yoluyla satın alan davacıların ödemek zorunda kaldıkları katma değer vergisinin iadesi isteminin reddi yolundaki işlemin iptali istemiyle açılan dava reddedilmiştir.

3065 sayılı Katma Değer vergisi Kanunu'nun 1 inci maddesinde katma değer vergisine tabi faaliyetler sayıldıktan sonra geçici 21 inci maddesinde, Karayolları Genel Müdürlüğünce yapılacak taşınmaz mal teslimleri ile Orman Genel Müdürlüğü Döner Sermaye Sabit kıymetlerinde kayıtlı tapulu taşınmaz malların teslimlerinin 30.7.2006 tarihine kadar katma değer vergisinden müstesna olduğu belirtilerek yasanın hangi tür teslimleri katma değer vergisine tabi tutma amacında olduğu ortaya konmuştur.

Davacılar adına yapılan satış, müzayede mahalinde yapılan herhangi bir satış gibi nitelendirilecek nitelikte olmayıp, ilandaki şartları takip ederek söz kanusu gayrimenkulü ihale yoluyla alan davacılar adına tesis edilen işlemin iptali istemiyle açılan davanın reddi yolundaki kararda isabet görülmemiştir.

Tetkik Hakimi Funda Öztuğral'ın Düşüncesi : Orman İşletme Müdürlüğünce yapılan taşınmaz mal tesliminin 3065 sayılı Katma Değer Vergisi Kanununun Geçici 21. maddesine düzenlenen istisna kapsamında olduğu, bu durumda ödenen verginin ret ve iadesi istemiyle açılan davayı reddeden vergi mahkemesi kararının bozulması gerektiği düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Dokuzuncu Dairesince işin gereği görüşüldü:

Uyuşmazlıkta, davacılar tarafından ihale sonucu satın alınan taşınmaz teslimi nedeniyle ödenen katma değer vergisinin ret ve iadesi istemiyle yapılan düzeltme ve şikayet başvurusunun reddine dair işlemin iptali istemiyle açılan davayı reddeden Vergi Mahkemesi kararının temyizen incelenerek bozulması istenilmektedir.

Genel bütçeye, il özel idarelerine, belediyelere ve köylere ait vergi, resim, harç ve benzeri yükümlerin tarh, tahakkuk, tahsil işlemlerinden ve bunlarla ilgili zam ve cezalardan doğan uyuşmazlıkların çözümünde genel ilke; 2577 sayılı İdari Yargılama Usul Kanununa uygun olarak vergi mahkemesi nezdinde dava açılmasıdır.

Ancak, vergilendirme işleminden doğan anlaşmazlık, bir hukuki ihtilaftan değil de, bir maddi hatadan ibaret bulunmakta ise, yasa koyucu pahalı ve uzun olan bu dava yolundan ayrı olarak 213 sayılı Vergi Usul Kanununun 116 ila 126. maddelerinde düzenlenen ve vergi literatüründe "Düzeltme ve Şikayet Müessesesi" denilen bir idari başvuru yolu

vaz'etmiştir. Bu müessesenin işleyebilmesi, başka bir deyişle, bu yola başvurulabilmesi için ortada bir hukuki ihtilaftan ziyade, Vergi Usul Kanununun sözügeçen maddelerinde yazılı olan "vergi hatası"nın bulunması gerekmektedir. Nitekim anılan Kanunun "Vergi Hatalarını Düzeltme" başlığını taşıyan bu bölümünün 116 maddesinde, vergi hatası; vergiye ilişkin hesaplarda veya vergilendirmede yapılan hatalar yüzünden haksız yere fazla veya eksik vergi istenmesi veya alınması olarak tanımlanmış, aynı Kanunun 117. maddesinde hesap hataları, 118. maddesinde ise vergilendirme hataları tek tek sayılarak belirlenmiştir. 118. maddenin 2 no'lu bendine göre, mükellefiyette hata; açık olarak vergiye tabi olmayan veya vergiden muaf bulunan kimselerden vergi istenmesi veya alınması, 3 no'lu bendine göre, mevzuda hata ise; açık olarak vergi mevzuuna girmeyen veya vergiden müstesna bulunan gelir, servet, madde, evrak ve işlemler üzerinden vergi istenmesi veya alınması olarak hüküm altına alınmış, aynı Kanunun 'Düzeltme Yetkisi ve Reddiyat' başlıklı 120. maddesinde vergi hatalarının düzeltilmesine ilgili vergi dairesi müdürünün karar vereceği, 122. maddesinde ise; mükelleflerin, vergi muamelelerindeki hataların düzeltilmesini vergi dairesinden yazı ile isteyebilecekleri kurala bağlanmıştır.

Vergi, resim ve harçların tarh, tahakkuk ve ödeme emri ile haciz işlemlerini de içeren tahsilat aşamalarında yapılan vergi hataları hakkında mükelleflerin 30 günlük (ödeme emrine itirazda 7 günlük) dava açma süresi içinde vergi mahkemesinde dava açmak suretiyle uyuşmazlığı yargı mercii önüne getirmek hakları bulunduğu gibi önce düzeltme yoluna başvurmak suretiyle vergi hatasının giderilmesini yetkili makamlardan istemek, reddi halinde, dava açma sürelerine bağlı kalarak yargı yerlerine başvurma hakları da bulunmaktadır. Ancak bu yolun sadece vergi hataları yönünden incelemeye tabi olacağı açıktır.

Dosyanın incelenmesinden, davacıların, ihale yoluyla satın aldıkları Bandırma Orman İşletme Müdürlüğü'nün eski hizmet binası ve müştemilatınının teslimi nedeniyle ödedikleri katma değer vergisinin iadesi istemiyle Bandırma Orman İşletme Müdürlüğü'ne düzeltme başvurusunda bulundukları, Orman İşletme Müdürlüğünce tahsil edilen vergide isabetsizlik olmadığından bahisle istemin reddedilmesi üzerine şikayet yoluyla Maliye Bakanlığı'na başvurulduğu, Maliye Bakanlığınca başvurunun cevap verilmemek suretiyle reddedilmesi sonucu zımni ret işleminin iptali istemiyle dava açıldığı anlaşılmaktadır.

Olayda, düzeltme istemiyle başvurunun, 213 sayılı Kanunda bu konuda yetkili olduğu hüküm altına alınan vergi dairesi müdürlüğüne değil, vergi hatalarında düzeltme yetkisi bulunmayan Orman İşletme Müdürlüğü'ne yapıldığı görüldüğünden, yetkisiz makam tarafından tesis edilen işlem üzerine yapılan şikayet başvurusunun reddine dair işlemin, tekemmülü doğru olarak gerçekleşmediğinden dava konusu edilmesine olanak bulunmamaktadır.

Ancak, davacıların Vergi Usul Kanununun 126. maddesi uyarınca beş yıllık zamanaşımı süresi içinde yetkili olan vergi dairesi müdürlüğünden düzeltme isteminde bulunabilecekleri açıktır.

Bu durumda, ortada usulüne uygun olarak yapılmış bir düzeltme ve şikayet başvurusu bulunmadığından, davanın bu yönden irdelenmesi gerekirken, vergi mahkemesince işin esasına girilerek verilen temyize konu kararda isabet bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle temyiz isteminin kabulü ile Balıkesir Vergi Mahkemesinin 2.5.2007 tarih ve E:2006/650, K:2007/287 sayılı kararının bozulmasına 21.1.2009 tarihinde oybirliği ile karar verildi.

T.C.
D A N I Ş T A Y
Dokuzuncu Daire
Esas No : 2007/2689
Karar No : 2009/176

Özeti : 5736 sayılı Kanundan yararlanarak davadan vazgeçen davacının, daha sonra bu talebinden vazgeçemeyeceği hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan: ...
Karşı Taraf : Avcılar Vergi Dairesi Müdürlüğü
İstemin Özeti : Davacı hakkında düzenlenen vergi inceleme raporuna istinaden 2003/Nisan, Mayıs dönemlerine ilişkin olarak adına resen tarh edilen vergi ziyaı cezalı katma değer vergisinin kaldırılması istemiyle açılan davayı kısmen kabul eden, kısmen reddeden İstanbul 8. Vergi Mahkemesinin 30.3.2007 tarih ve E:2005/2513, K:2007/896 sayılı kararının temyizen incelenerek bozulması istenilmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Dokuzuncu Dairesince işin gereği görüşüldü:

Dosyanın incelenmesinden, davacı tarafından adına 2003/Nisan-Mayıs dönemlerine ilişkin olarak re'sen tarh edilen katma değer vergisinin kaldırılması istemiyle İstanbul 8. Vergi Mahkemesi'nin E:2005/2513 sayılı dosyasında açılan davanın 30.3.2007 tarih ve K:2007/896 sayılı kararla kısmen kabul, kısmen reddedilmesi üzerine bu kararın redde ilişkin hüküm fıkrasının, 7.5.2007 tarihinde mahkeme kayıtlarına giren dilekçe ile Danıştay Dokuzuncu Dairesi nezdinde temyiz edildiği, bu aşamada 27.2.2008 tarihinde yürürlüğe giren 5736 sayılı Bazı Kamu Alacaklarının Uzlaşma Usulü İle Tahsili Hakkında Kanundan yararlanmak amacıyla davacı tarafından süresi içinde Avcılar Vergi Dairesi Müdürlüğüne başvurulduğu, bunun üzerine Avcılar Vergi Dairesi Müdürlüğünce dosyaya gönderilen 22.4.2008 tarih ve 14297 sayılı yazı ile eki belgelerin incelenmesinden dava konusu vergi borçları için taraflarca uzlaşmaya varıldığı ve davacının ihtilaftan vazgeçtiğinin görüldüğü, akabinde davacı tarafından Danıştay kayıtlarına 20.5.2008 tarihinde giren dilekçe ile 5736 sayılı Kanundan yararlanma talebinden vazgeçildiği belirterek davadan vazgeçme talebinin geri alındığı ve Danıştay nezdindeki davasının devamının istenildiği anlaşılmaktadır.

5736 sayılı Kanunun 1. maddesinin 4. fıkrasında, mükelleflerin bu madde hükmünden yararlanabilmeleri için tarh edilen vergi, resim, harçlar ve fon payları ile kesilen cezalara karşı dava açmamaları, açılmış davalardan uzlaşma tutanağını imzaladıkları tarihte vazgeçmelerinin şart olduğu, uzlaşma tutanağını imzalayan mükelleflerce davadan vazgeçme dilekçelerinin uzlaşma komisyonuna verileceği ve bu dilekçelerin komisyona verildiği tarihin, ilgili yargı merciine verildiği tarih sayılarak dilekçelerin ilgili yargı merciine gönderileceği hükme bağlanmıştır.

Her ne kadar davacı tarafından, Danıştay kayıtlarına 20.5.2008 tarihinde giren dilekçe ile 5736 sayılı Kanundan yararlanma talebinden vazgeçildiği ve davadan vazgeçme talebinin geri alındığı belirtilerek Danıştay nezdindeki davasının devamı istenilse de, anılan kanundan yararlanmanın ön şartı, dava açılmaması ve açılmış davalardan vazgeçilmesi olduğundan ve 5736 sayılı Kanundan yararlanmak üzere davadan vazgeçildiği yolunda Vergi Dairesi Müdürlüğünce dosyaya gönderilen yazı ile eki belgelerin incelenmesinden dava konusu vergi borçları için taraflarca uzlaşmaya varıldığı ve davacının ihtilaftan vazgeçtiği

anlaşıldığından, bu defa davadan vazgeçilmesi yolundaki başvurudan vazgeçilmesi mümkün bulunmamaktadır.

Bu durumda, Avcılar Vergi Dairesi Müdürlüğünce dosyaya gönderilen 22.4.2008 tarih ve 14297 sayılı yazı ile eki belgelerin incelenmesinden, davacının dava konusu vergi borçları için 5736 sayılı Kanunun 1'inci maddesi uyarınca uzlaşma yoluna başvurması üzerine taraflarca uzlaşmaya varıldığı ve davacının ihtilaftan vazgeçtiği anlaşıldığından temyiz istemi hakkında karar verilmesine yer olmadığına 22.1.2009 tarihinde oyçokluğu ile karar verildi.

KARŞI OY

X- Davalı idarece dosyaya ibraz edilen ve davacı tarafından verilmiş olan dilekçenin incelenmesinden, dava konusu vergi borçları için 5736 sayılı Kanunun 1'inci maddesi uyarınca uzlaşma yoluna gidildiği ve davadan vazgeçildiği anlaşıldığından, mahkemece bu husus dikkate alınmak suretiyle yeniden bir karar verilmek üzere temyize konu kararın bozulması gerektiği oyuyla karara katılmıyorum.

T.C.
D A N I Ş T A Y
Dokuzuncu Daire
Esas No : 2007/4188
Karar No : 2009/1429

Özeti : Davacı belediye tarafından, katma değer vergisi muafiyetinden yararlanabilmesi için muafiyet belgesi verilmesi yolundaki başvurusunun reddine ilişkin işlemin kesin ve yürütülmesi gerekli bir işlem olmadığından, bu işleme karşı açılan davanın esasının incelenme olanağı bulunmadığı hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan: Beyşehir Vergi Dairesi Müdürlüğü
Karşı Taraf : Karaali Belediye Başkanlığı
Vekili : Av. …
İstemin Özeti : Davacı belediyenin, yol düzenlemesi ve yol dolguları ile istinat duvarı yapımında kullanılmak üzere kilit taşı, parke taşı, kum, çakıl, taş vb. malzeme alımlarında 5393 sayılı Belediye Kanununun 16. maddesi uyarınca katma değer vergisi muafiyetinden yararlanabilmesi için muafiyet belgesi verilmesi yolundaki başvurusunun reddine ilişkin davalı idarenin 9.8.2006 tarih ve 3716 sayılı işleminin iptali istemiyle açılan davayı; 5393 sayılı Kanunun 16. maddesinde, belediyenin kamu hizmetine ayrılan veya kamunun yararlanmasına açık, gelir getirmeyen taşınmazları ile bunların inşa ve kullanımlarının her türlü vergi, resim, harç, katılma ve katkı paylarından muaf olduğunun hükme bağlandığı, 3065 sayılı Kanunun 19. maddesinde ise, diğer kanunlardaki vergi muaflık ve istisna hükümlerinin bu vergi bakımından geçersiz olduğu. katma değer vergisine ilişkin istisna ve muafiyetlerin ancak bu Kanuna hüküm eklenmek veya bu Kanunda değişiklik yapılmak suretiyle düzenleneceğinin kurala bağlandığı, özel bir düzenleme içeren ve sonra yürürlüğe giren 5393 sayılı Kanunun 16. maddesinin söz konusu genel düzenlemeden etkilenmesinin söz konusu olamayacağı, katma değer vergisi muafiyetinden yararlanmak için kamu hizmetine ayrılan veya kamunun yararlanmasına açık, gelir getirmeyen taşınmazlar ile bunların inşa ve kullanımının söz konusu olması gerektiği, olayda da, belediyeler için herhangi bir gelir getirmeyen, kamunun yararlanmasına açık olan yolların yapımında kullanılmak üzere malzeme alımları nedeniyle katma değer vergisi muafiyetinin sözkonusu

olduğu, bu durumda, dava konusu işlemde hukuka uyarlık bulunmadığı gerekçesiyle kabul eden Konya Vergi Mahkemesinin 19.6.2007 tarih ve E:2006/1394, K:2007/866 sayılı kararının; katma değer vergisi ile ilgili istisna ve muafiyetlerin ancak 3065 sayılı Kanunla birlikte getirilebileceği ileri sürülerek bozulması istenilmektedir.

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

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 : Dosyanın incelenmesinden, davacı belediye tarafından 5393 sayılı Belediye Kanununun 16. maddesi uyarınca katma değer vergisinden muaf tutulması ve muafiyet belgesinin verilmesinin istenildiği, davalı idare tarafından söz konusu başvurunun 9.8.2006 tarih ve 3716 sayılı işlem ile reddedildiği anlaşılmaktadır.

213 sayılı Vergi Usul Kanununun 377 ve 378. maddelerinin değerlendirilmesinden, söz konusu başvuruya idarece verilen yanıt, Hukuk Düzeninde herhangi bir etki ya da sonuç yaratmaz. İdarenin bu nitelikteki yanıtı yürütülebilir olmadığından, idari davaya konu edilemeyeceği sonucuna varılmakta olup söz konusu işlemin iptali istemiyle açılan davanın incelenmeksizin reddi gerektiğinden aksi yöndeki vergi mahkemesi kararının bozulması gerektiği düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Dokuzuncu Dairesince işin gereği görüşüldü:

Davacı belediyenin, yol düzenlemesi ve yol dolguları ile istinat duvarı yapımında kullanılmak üzere kilit taşı, parke taşı, kum, çakıl, taş vb. malzeme alımlarında 5393 sayılı Belediye Kanununun 16. maddesi uyarınca katma değer vergisi muafiyetinden yararlandırılması ve muafiyet belgesi verilmesi yolundaki başvurusunun reddine ilişkin davalı idare işleminin iptali istemiyle açılan davayı kabul eden vergi mahkemesi kararının temyizen incelenerek bozulması istenilmektedir.

213 sayılı Vergi Usul Kanununun 377'nci maddesinde, mükelleflerin ve kendilerine vergi cezası kesilenlerin, tarh edilen vergilere ve kesilen cezalara karşı vergi mahkemesinde dava açabilecekleri belirtilmiş; 378'inci maddesinde de, vergi mahkemesinde dava açabilmek için verginin tarh edilmesi, cezanın kesilmesi, tadilat ve takdir komisyonları kararlarının tebliğ edilmiş olması; tevkif yoluyla alınan vergilerde istihkak sahiplerine ödemenin yapılmış ve ödemeyi yapan tarafından verginin kesilmiş olması gerektiği hükmü yer almıştır.

Dosyanın incelenmesinden; davacı belediye tarafından davalı idareye yapılan 27.6.2006 tarihli başvurusu ile yol düzenlemesi ve yol dolguları ile istinat duvarı yapımında kullanılmak üzere kilit taşı, parke taşı, kum, çakıl, taş vb. malzeme alımlarında 5393 sayılı Belediye Kanununun 16. maddesi uyarınca katma değer vergisinden muaf tutulması ve muafiyet belgesinin verilmesinin istenildiği, davalı idare tarafından söz konusu başvurunun reddine ilişkin işlemin iptali istemiyle açılan davada, vergi mahkemesince, işin esası incelenmek suretiyle, dava konusu işlemin iptaline karar verildiği anlaşılmıştır.

Yasallık ilkesi gereği, muafiyet veya istisna, kanunla tanınan bir olanaktır. Kanunla tanınan bir olanağın hak haline gelebilmesi, ayrıca, idarece de tanınmasına bağlı değildir. Bu nedenle, muafiyetten yararlanma amacıyla idareye başvurulması ve bu başvurunun idarece reddi yolunda tesis edilen işlem hukuk düzeninde herhangi bir etki ya da sonuç yaratmaz. İdarenin bu nitelikteki yanıtı yürütülebilir olmadığından, idari davaya konu edilemez. Bu

konuda, idari davaya konu edilebilir nitelikteki işlem, davacı belediyenin yol yapımı sırasında kullanılmak üzere taş, kum, çakıl gibi malzemeleri alması halinde, anılan Kanun hükmüne aykırı olarak, idarece yapılacak vergilendirme işlemi ile ceza kesme işlemidir.

Bu bakımdan, davacı belediyenin başvurusunun reddine ilişkin dava konusu işlemin idari davaya konu edilebilecek kesin ve yürütülmesi zorunlu nitelikte bir idari işlem olmaması nedeniyle iptali istemiyle açılan davanın incelenmeksizin reddi gerekirken, işin esasına girilerek hüküm tesis edilmesinde yasal isabet bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenle, temyiz isteminin kabulüne; Konya Vergi Mahkemesinin 19.6.2007 tarih ve E:2006/1394, K:2007/866 sayılı kararının bozulmasına, 18.3.2009 tarihinde oyçokluğu ile karar verildi.

KARŞI OY

X- İleri sürülen iddialar, usule ve hukuka uygun Vergi Mahkemesi kararının bozulmasını sağlayacak nitelikte bulunmadığından temyiz isteminin reddi gerektiği oyu ile karara katılmıyorum.

T.C.
D A N I Ş T A Y
Onuncu Daire
Esas No : 2008/7402
Karar No : 2009/44

Özeti : Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası antlaşmaların yasa hükmünde olduğu; uyuşmazlık konusu yerin, 1930 tarihli Antlaşma sonucunda mübadil Rumlardan Devlete intikal eden taşınmazlardan olduğu ve bu Antlaşma uyarınca, mübadil Rumların Türkiye'de bıraktıkları taşınmazların mülkiyeti Hazineye ait olduğundan, Hazineye ait taşınmazın fuzulen işgal edildiğinin tespit edilmesi üzerine ecrimisil istenilmesinde, hukuka aykırılık bulunmadığı hakkında.

Temyiz Eden (Davalı) **:** İstanbul Defterdarlığı Milli Emlak Dairesi Başkanlığı
Karşı Taraf (Davacı) **:** .... A. Ş.
Vekili **:** Av. ...
İstemin Özeti **:** İstanbul 7. İdare Mahkemesi'nin 15.2.2008 tarih ve E:2007/831, K:2008/207 sayılı kararının temyizen incelenerek bozulması istenilmektedir.
Savunmanın Özeti **:** Savunma verilmemiştir.
Danıştay Tetkik Hakimi **:** Aydın Akgül
Düşüncesi **:** Dava, İstanbul ili, Küçükçekmece ilçesi, ... Köyü, ... mevkiinde bulunan, Hazineye ait ... pafta, ... parsel sayılı taşınmazın, 16.3.2004-31.12.2004 döneminde işgal edildiğinden bahisle 15.293,06 TL ecrimisil istenilmesine ilişkin 26.3.2007 tarih ve 17740 sayılı ecrimisil ihbarnamesinin iptali istemiyle açılmıştır.

Olayda, uyuşmazlık konusu yerin, Küçükçekmece Kadastro Mahkemesi'nin 21.10.2005 tarih ve E:2005/14, K:2005/22 sayılı kararında da belirtildiği üzere, 1930 tarihli Anlaşma sonucunda mübadil Rumlardan Devlete intikal eden taşınmazlardan olduğu ve anılan Anlaşma uyarınca, mübadil Rumların Türkiye'de bıraktıkları taşınmazların mülkiyetinin Hazineye ait olduğu tartışmasız olup; Hazineye ait taşınmazın fuzulen işgal edildiğinin tespit edilmesi üzerine ecrimisil istenilmesinde hukuka aykırılık bulunmadığından, aksi yönde verilen idare mahkemesi kararında hukuki isabet görülmemektedir.

Açıklanan nedenle, temyiz isteminin kabulüyle, idare mahkemesi kararının bozulması gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı **:** Yakup Bal
Düşüncesi **:** Davacıdan ecrimisil istenilmesine ilişkin işlemin iptali istemiyle açılan davada, İstanbul 7.İdare Mahkemesince verilen ve dava konusu işlemin iptaline ilişkin bulunan kararı, davalı idare temyiz etmekte ve bozulmasına karar verilmesini istemektedir.

Dosyanın incelenmesinden; İstanbul İli, Küçükçekmece İlçesi, ... Köyü'nün tamamının, Yunanistan Devleti ile yapılan 1930 tarihli Anlaşma ve bu Anlaşmanın onaylanmasına ilişkin 1725 sayılı Yasa uyarınca Devlete intikal eden yerlerden olduğu,

uyuşmazlık konusu parselin kadastro çalışmaları sonucunda Hazine adına tespit edildiği, Kadastro Mahkemesi kararı üzerine tapuda Hazine adına tescil edildiği anlaşılmaktadır.

Bu durumda, uyuşmazlık konusu taşınmaz 1930 tarihli Anlaşma sonucunda mübadil Rumlardan Devlete intikal eden taşınmazlardan olup, bu taşınmazın mülkiyetinin Hazineye ait olduğu tartışmasız bulunduğundan, fuzulen işgal edilmesi nedeniyle, 2886 sayılı Yasanın 75.maddesi uyarınca ecrimisil istenilmesi gerektiği sonucuna ulaşılmaktadır.

Mahkemece, uyuşmazlık konusu taşınmazın işgal edilmesi nedeniyle istenilebilecek ecrimisil miktarının saptanmak suretiyle yeniden bir karar verilmesi gerekmektedir.

Açıklanan nedenlerle temyiz isteminin kabul edilerek mahkeme kararının bozulması gerektiği düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Onuncu Dairesince, dosyanın tekemmül ettiği anlaşılmakla, yürütmenin durdurulması istemi hakkında karar verilmeyerek, işin esasına geçilip, gereği görüşüldü:

Dava, İstanbul ili, Küçükçekmece ilçesi, ... Köyü, ... mevkiinde bulunan, Hazineye ait ... pafta, ... parsel sayılı taşınmazın, 16.3.2004-31.12.2004 döneminde işgal edildiğinden bahisle 15.293,06 TL ecrimisil istenilmesine ilişkin 26.3.2007 tarih ve 17740 sayılı ecrimisil ihbarnamesinin iptali istemiyle açılmıştır.

İstanbul 7. İdare Mahkemesince; mülkiyet hanesi boş olan taşınmazın, 13.2.2006 tarihinde Hazine adına tescil edilmesi karşısında, tescil tarihi öncesine ilişkin 16.3.2004-31.12.2004 dönemi için ecrimisil istenilmesinde hukuka uyarlık bulunmadığı gerekçesiyle dava konusu işlemin iptaline karar verilmiştir.

Davalı idare tarafından, anılan Mahkeme kararının temyizen incelenerek bozulması istenilmektedir.

2886 sayılı Devlet İhale Kanunu'nun 75. maddesinin 1. fıkrasında; Devletin özel mülkiyetinde veya hüküm ve tasarrufu altında bulunan taşınmaz malların, gerçek ve tüzel kişilerce işgali üzerine, fuzuli şagilden ecrimisil isteneceği; son fıkrasında da, işgal edilen taşınmaz malın, idarenin talebi üzerine, bulunduğu yer mülkiye amirince en geç 15 gün içinde tahliye ettirilerek, idareye teslim edileceği hükme bağlanmış; ayrıca, Devlete ait veya Devletin hüküm ve tasarrufundaki taşınmaz mallara yapılan tecavüz veya müdahalelerin süre şartı aranmaksızın önlenmesi, tasarrufa ilişkin güvenliği ve kamu düzenini sağlamayı amaçlayan 3091 sayılı Yasa kapsamına alınmış, aynı mütecaviz tarafından ikinci defa veya onun yararına başkaları tarafından yapılacak tecavüz veya müdahalelere altı aydan iki yıla kadar hapis cezası getirilmiştir.

Aynı Yasanın 74. maddesine dayanılarak Maliye Bakanlığı'nca çıkarılan ve işlem tarihinde yürürlükte bulunan Devlete Ait Taşınmaz Mal Satış Trampa, Kiraya Verme, Mülkiyetin Gayri Ayni Hak Tesis, Ecrimisil ve Tahliye Yönetmeliği'nin "Tanımlar" başlıklı 2. maddesinde; Ecrimisil: Bir malın, sahibinin rızası dışında ve onun bu malı kullanmamakla bir zarara uğrayıp uğramayacağı söz konusu edilmeksizin bu maldan işgal, tasarruf veya her ne şekilde olursa olsun yararlanılması sebebiyle şagil tarafından ödenen veya idarece talep edilen tazminat; Fuzuli Şagil ise, kusuru aranmaksızın kendisine ait olmayan ve sahibinin de rızası veya muvafakatı bulunmayan bir malın zilyetliğini eline geçiren, elinde tutan veya her ne şekilde olursa olsun bu maldan tasarrufta bulunan kimseler olarak tanımlanmıştır. Aynı Yönetmeliğin 78. maddesinde; Hazinenin özel mülkiyetinde ve Devletin hüküm ve tasarrufu altındaki taşınmaz malların milli emlak servislerince bir program dahilinde fiili durumları mahallinde tesbit edilerek, tesbitten önceki sürelere ait işgal ve tasarruf sebebi ile ecrimisil tespit, takip ve tahsilatı yapılacağı, sonraki sürelere ait fuzuli işgal ve tasarrufun devamına meydan verilmeden denetim ve idare altına alınacağı hükme bağlanmıştır.

Dosyanın incelenmesinden; İstanbul İli, Küçükçekmece İlçesi, ... Köyü'nün tamamının, Yunanistan Devleti ile yapılan 1930 tarihli Anlaşma ve bu Anlaşmanın

onaylanmasına ilişkin 1725 sayılı Yasa uyarınca Devlete intikal eden yerlerden olduğu, uyuşmazlık konusu ... Köyü ... sayılı parselin, Kadastro çalışmaları sonucunda Hazine adına tespit edildiği, söz konusu tespite ... Köyü tüzel kişiliği tarafından itiraz edildiği, sonrasında 26.2.1979 tarihinde Kadastro Mahkemesinde Hazine aleyhine dava açıldığı, Küçükçekmece Kadastro Mahkemesi'nin 21.10.2005 tarih ve E:2005/14, K:2005/22 sayılı kararıyla, ... sayılı parselin Hazine adına tespit gibi tesciline karar verildiği, bu karar üzerine 13.2.2006 tarihinde tapuda Hazine adına kaydedildiği, davacı tarafından fabrika binası ve bahçe olarak kullanılmak suretiyle fuzulen işgal edildiğinin tespiti üzerine 16.3.2004-31.12.2004 dönemi için 15.293,06 TL ecrimisil istenilmesine ilişkin işleme karşı bakılan davanın açıldığı anlaşılmaktadır.

Davalı idare tarafından, uyuşmazlık konusu yerin, Yunanistan Devleti ile yapılan 1930 tarihli Anlaşma ve bu Anlaşmanın onaylanmasına ilişkin 1725 sayılı Yasa uyarınca Devlete intikal eden yerlerden olduğu iddia edildiğinden ve Kadastro Mahkemesince de, davalı idarenin iddiası ve Kadastro tespitinde Hazine adına yapılan tespit dikkate alınarak uyuşmazlık konusu ... sayılı parselin Hazine adına tespit gibi tesciline karar verildiğinden, Yunanistan Devleti ile yapılan 1930 tarihli Anlaşma'nın yorumlanması gerekmektedir.

Anayasa'nın 90. maddesinde; "Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz. Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır." hükmüne yer verilmiştir.

10.6.1930 tarihinde Ankara'da imzalanan "Mübadelei Ahali Hakkında Lozan Muahedenamesiyle Atina İtilafnamesinin Tatbikatından Mütevellit Mesailin Halli İçin Yunanistanla İmza Edilen Mukavelename" 17.6.1930 tarih ve 1725 sayılı Yasayla onaylanıp, 1.7.1930 tarih ve 1534 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

Söz konusu Anlaşmanın 2. maddesinde; mübadil Rumların Türkiye'de bıraktıkları menkul ve gayrimenkul malların tam mülkiyetinin Türk Hükümetine geçeceği kurala bağlanmıştır.

3402 sayılı Kadastro Kanunu'nun "Hazine adına tespit" başlıklı 18. maddesinde; "Yukarıdaki maddelerin hükümleri dışında kalan ve tescile tabi bulunan taşınmaz mallar ile tarım alanına dönüştürülmesi veya ekonomik yarar sağlanması mümkün olan yerler Hazine adına tespit olunur. Orta malları, hizmet malları, ormanlar ve Devletin hüküm ve tasarrufu altında olup da bir kamu hizmetine tahsis edilen yerler ile kanunları uyarınca Devlete kalan taşınmaz mallar, tapuda kayıtlı olsun olmasın kazandırıcı zamanaşımı yolu ile iktisap edilemez." hükmüne yer verilmiştir.

Yukarıda belirtilen mevzuat hükümlerinin birlikte değerlendirilmesinden; mübadil Rumların Türkiye'de bıraktıkları taşınmazların mülkiyeti Türkiye Cumhuriyeti Devleti'ne geçmiş olup, kanunları uyarınca Devlete kalan taşınmazların, tapuda kayıtlı olsun olmasın kazandırıcı zamanaşımı yolu ile mülkiyeti de kazanılamayacağından, fuzulen işgali halinde ecrimisil istenilebileceği açıktır.

İdare Mahkemesince, uyuşmazlık konusu taşınmazın 13.2.2006 tarihinde Hazine adına tescil edilmesi nedeniyle, tescil tarihi öncesine ilişkin ecrimisil istenilemeyeceği belirtilmiş ise de; Küçükçekmece Kadastro Mahkemesi'nin 21.10.2005 tarih ve E:2005/14, K:2005/22 sayılı kararında da belirtildiği üzere, uyuşmazlık konusu yerin, 1930 tarihli Anlaşma sonucunda mübadil Rumlardan Devlete intikal eden taşınmazlardan olduğu ve anılan Anlaşma uyarınca, mübadil Rumların Türkiye'de bıraktıkları taşınmazların mülkiyetinin Hazineye ait olduğu tartışmasız olup; Hazineye ait taşınmazın fuzulen işgal edildiğinin tespit edilmesi üzerine ecrimisil istenilmesinde hukuka aykırılık bulunmadığından, aksi yönde verilen idare mahkemesi kararında hukuki isabet görülmemektedir.

Öte yandan, ecrimisilin; işgal nedeniyle alınan bir tazminat olduğu, ecrimisil tutarının hesaplanmasında; taşınmazın, mevkii, kullanım şekli, elde edilen gelir, altyapı, ulaşım kolaylığı gibi tüm faktörlerin etkili olduğu dikkate alındığında, İdare Mahkemesince, uyuşmazlığa konu alan için yukarıda belirtilen nitelikleri taşıyan, her bir kullanım biçimine emsal oluşturabilecek taşınmazın kira bedeli dikkate alınarak yapılacak inceleme sonucu düzenlenecek rapor esas alınmak suretiyle bir karar verileceği açıktır.

Açıklanan nedenlerle, 2577 sayılı Yasanın 49. maddesine uygun bulunan temyiz isteminin kabulüne, İstanbul 7. İdare Mahkemesi'nin 15.2.2008 tarih ve E:2007/831, K:2008/207 sayılı kararının bozulmasına, dava dosyasının yeniden bir karar verilmek üzere anılan Mahkemeye gönderilmesine 21.1.2009 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

TAM YARGI DAVALARI

T.C.
D A N I Ş T A Y
Onuncu Daire
Esas No : 2006/7212
Karar No : 2008/9199

Özeti : 5233 sayılı Terör ve Terörle Mücadeleden Doğan Zararların Karşılanması Hakkında Kanun uyarınca yapılacak ödemelerde, önceden 2330 sayılı Nakdi Tazminat ve Aylık Bağlanması Hakkında Kanun kapsamında yapılan ödemelerin düşüleceği hakkında.

Temyiz Eden (Davacılar): 1- ..., 2-..., 3-..., 4-..., 5-...
Vekili : Av. ...
Karşı Taraf (Davalı) : İçişleri Bakanlığı
İstemin Özeti : Davacılar murisinin köy korucusu olarak görev yapmakta iken 30.5.1999 tarihinde yasadışı terör örgütü elemanlarınca öldürülmesi nedeniyle uğranıldığı ileri sürülen zararın 5233 sayılı Terör ve Terörle Mücadeleden Doğan Zararların Karşılanması Hakkında Kanun kapsamında ödenmesi istemiyle yapılan başvurunun Hatay Valiliği Zarar Tespit Komisyonu Başkanlığının 5.4.2005 tarih ve 31 sayılı kararıyla reddedilmesi üzerine, 25.000 YTL maddi, 16.000 YTL manevi tazminat ödenmesi istemiyle açılan dava sonucunda; Adana 2. İdare Mahkemesince, aynı olay nedeniyle 2333 sayılı Nakdi Tazminat Kanunu kapsamında 2000 yılında ödenen 13.119,50 YTL nakdi tazminatın Vergi Usul Kanunu hükümleri uyarınca yeniden değerleme oranı uygulanmak suretiyle güncelleştirilmesi durumunda 2005 yılı itibariyle 45.664,75 YTL yarar sağlandığının anlaşıldığı, 5233 sayılı yasaya göre yapılması gereken yardım miktarının ise 2005 yılı itibariyle 14.035 YTL olduğu, buna göre, sağlanan yararın ödenmesi gereken miktardan fazla olması nedeniyle davacılara 5233 sayılı yasa kapsamında herhangi bir ödeme yapılamayacağı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir.

Davacılar tarafından, hukuka aykırı olduğu ileri sürülen anılan mahkeme kararının 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 **:** 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 görüşüldü:

İdare ve Vergi Mahkemelerinin nihai kararlarının temyizen bozulması 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 49. maddesinde yer alan sebeplerden birinin varlığı halinde mümkündür.

Temyizen incelenen karar, usul ve hukuka uygun olup, dilekçede ileri sürülen temyiz nedenleri kararın bozulmasını gerektirecek nitelikte görülmediğinden temyiz isteminin reddi ile Adana 2. İdare Mahkemesinin 20.4.2006 tarih ve E:2005/1018, K:2006/984 sayılı kararının onanmasına, 23.12.2008 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

T.C.
D A N I Ş T A Y
Onuncu Daire
Esas No : 2008/7348
Karar No : 2008/9583

Özeti : Sadece geçici köy korucularının yaşadığı köyün, güvenli bir yerleşim yeri olduğundan bahsedilemeyeceğinden, güvenlik kaygısı nedeniyle köyü terk eden davacının, 5233 sayılı Yasa kapsamında uğradığı bir zararı olup olmadığının tespiti ve saptanan zararının tazmini gerektiği hakkında.

Temyiz Eden (Davalı) **:** Diyarbakır Valiliği

Karşı Taraf (Davacı) **:** ...

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

İstemin Özeti **:** Dava; davacının ikamet ettiği Diyarbakır İli, Bismil İlçesi, ... Köyü'nden terör olayları nedeniyle göç etmek zorunda kaldığından bahisle malvarlığına ulaşamaması ve taşınır, taşınmaz mallarının kullanılamaz hale gelmesi nedeniyle uğradığı zararın 5233 sayılı Yasa kapsamında tazmini istemiyle yaptığı başvurunun reddine ilişkin Diyarbakır Valiliği Zarar Tespit Komisyonu kararının iptali istemiyle açılmıştır.

Diyarbakır 2. İdare Mahkemesince; 5233 sayılı Terör ve Terörle Mücadeleden Doğan Zararların Karşılanması Hakkında Kanunda, kişilerin, terör eylemleri veya terörle mücadele kapsamında yürütülen faaliyetler nedeniyle uğradıkları maddî zararların karşılanmasının öngörüldüğü; 7. maddesinin (d) bendinde, terörle mücadele kapsamında yürütülen faaliyetler nedeniyle kişilerin malvarlıklarına ulaşamamalarından kaynaklanan maddî zararların da Yasa kapsamında bulunduğunun hükme bağlandığı; dava konusu olayda, dosyanın incelenmesinden; gerek davalı idarece oluşturulan komisyonca ... Köyü'nde yapılan keşif sonucu düzenlenen tutanakta, gerekse jandarma tarafından düzenlenen tutanakta, adı geçen köyde herhangi bir terör olayının gerçekleşmediği, ancak 1994 yılında bölgede yaşanan terör olayları nedeniyle köye geçici köy koruculuğu sisteminin getirildiği,

koruculuğu kabul eden 7 ailenin köyde ikamet etmeye devam ettiği, diğer ailelerin ise koruculuğu kabul etmedikleri için ve yaşanan terör olayları sonucu duydukları güvenlik kaygısı nedeniyle köyden göç ettikleri hususlarına yer verildiği; buna göre, sadece geçici köy korucularının yaşadığı köyün, güvenli bir yerleşim yeri olduğundan bahsedilemeyeceği, ayrıca gönüllülük esasına dayanan geçici köy koruculuğunun bütün köy halkı tarafından kabul edilmesinin beklenilemeyeceği, dolayısıyla güvenlik kaygısı nedeniyle köyü terk eden davacının 5233 sayılı Yasa kapsamında uğradığı bir zararı olup olmadığının tespiti ve saptanan zararının tazmini gerekirken, başvurusunun reddedilmesinde hukuka uyarlık bulunmadığı gerekçesiyle dava konusu işlemin iptaline karar verilmiştir.

Davalı idarece, anılan kararın temyizen incelenerek 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 **:** 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 görüşüldü:

İdare ve Vergi Mahkemelerinin nihai kararlarının temyizen bozulması 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 49. maddesinde yer alan sebeplerden birinin varlığı halinde mümkündür.

Temyizen incelenen karar, usul ve hukuka uygun olup, dilekçede ileri sürülen temyiz nedenleri kararın bozulmasını gerektirecek nitelikte görülmediğinden temyiz isteminin reddi ile Diyarbakır 2. İdare Mahkemesinin 22.1.2008 tarih ve E:2007/986, K:2008/32 sayılı kararının onanmasına 30.12.2008 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

T.C.
D A N I Ş T A Y
Onuncu Daire
Esas No : 2008/4141
Karar No : 2008/9584

Özeti **:** 5233 sayılı Yasa uyarınca, sulhnamenin imzalanmasından sonra dava açılmasına hukuken olanak bulunmadığı; bununla birlikte düzenlenen sulhnamelerin, komisyonca kabul edilen zarar miktarı ve kalemiyle sınırlı olması nedeniyle, sulhname kapsamı dışında tutulan zarar kalemleri için ilgililerin dava açma haklarının saklı bulunduğu hakkında.

Temyiz Eden (Davacı) : ...
Vekili : Av. ...
Karşı Taraf (Davalı) : Ağrı Valiliği
İstemin Özeti : Erzurum 2. İdare Mahkemesinin 28.11.2007 tarih ve E:2007/203, K:2007/1404 sayılı kararının, davacı tarafından temyizen incelenerek 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 : 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 görüşüldü:

Dava; davacının ikamet ettiği Ağrı İli, Merkez İlçesi, ... Köyü'nde Temmuz 1994 tarihinde meydana gelen terör olayları nedeniyle uğradığı zararın 5233 sayılı Yasa kapsamında tazmini istemiyle yaptığı başvuru üzerine; başvurusunun kısmen kabulü ile tarafına 6.550 YTL ödeme yapılması yolundaki Ağrı Valiliği Zarar Tespit Komisyonu kararının, isteminin reddine ilişkin kısmının iptali ile uğranıldığı belirtilen 10.000 YTL maddi zararın ödenmesine karar verilmesi istemiyle açılmıştır.

Erzurum 2. İdare Mahkemesince; hukukumuzda sulh müessesesinin, uyuşmazlığı kesin olarak ortadan kaldıran ve tarafları bağlayıcı özellik arz ettiği, 5233 sayılı Yasada öngörülen sulh müessesesinin de aynı mahiyette olduğu, nitekim Yasanın 12. maddesi uyarınca, Yasa kapsamında bulunan ve komisyonca miktarı belirlenen zararların sulh yoluyla giderilmesinin, yargı yoluna başvurulmasını engelleyici nitelikte bulunduğu; buna göre, 5233 sayılı Yasa kapsamındaki başvurusu sonucu, davacıya 6.550 YTL ödenmesi yolunda verilen karar üzerine düzenlenen ve davacı vekili tarafından imzalanan sulhname ile uyuşmazlığın esastan çözümlenmesi karşısında, sulhnamenin dayanağı olan dava konusu işlemde hukuka aykırılık bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir.

Davacı tarafından, imzalanan sulhnamenin, 5 yıl süreyle malvarlığına ulaşamaması nedeniyle uğradığı zararı kapsamadığı, bu nedenle bu kısma yönelik dava açma hakkının saklı olduğu ileri sürülerek anılan kararın temyizen incelenip bozulması istenilmektedir.

5233 sayılı Terör ve Terörle Mücadeleden Doğan Zararların Karşılanması Hakkında Kanun, terör eylemleri veya terörle mücadele kapsamında yürütülen faaliyetler nedeniyle maddî zarara uğrayan kişilerin, bu zararlarının karşılanmasına ilişkin esas ve usulleri belirlemek amacıyla yürürlüğe konulmuş olup; bu amaç, anılan Yasanın genel gerekçesinde "Devletin anayasal düzenini yıkmayı amaçlayan terör eylemlerine hedef olan kişiler kendi kusur ve fiilleri sonucu değil, toplumun bir bireyi olarak zarar görmektedirler. ... Ortaya çıkan bu zararın paylaştırılması, toplumun diğer kesimleri ile zarara uğramış kişiler arasında fedakârlığın denkleştirilmesi, hakkaniyet ve sosyal hukuk devleti ilkelerinin bir gereğidir. ... İdarenin önlemekle yükümlü olduğu halde önleyemediği bu zararların, nedensellik bağı ve kusur koşulu aranmadan karşılanmasını kabul eden objektif sorumluluk anlayışına dayalı sosyal risk adı verilen bu ilke, bilimsel ve yargısal içtihatlarla da kabul edilmiştir. ... Bu çerçevede yapılan çalışmalar sonunda, terör eylemlerinin ülkemizde yoğun olarak yaşandığı (olağanüstü hal ilan edilen) 19.7.1987 tarihi ile 30.11.2002 tarihi arasında, terör eylemleri

veya terörle mücadele kapsamında yürütülen faaliyetler nedeniyle zarar gören kişilerin maddi zararlarının yargı yoluna gitmelerine gerek kalmadan, idarece en kısa süre içinde ve sulh yoluyla karşılanması .... amacıyla bu Tasarı hazırlanmıştır." şeklinde ifade edilmiştir.

Anılan Yasada, aktarılan kapsamdaki maddi zararların sulhen karşılanması için özel bir usul öngörülmüştür. Buna göre, Yasada belirtilen süreler içinde ilgili valiliklere yapılan başvurular, valilikler nezdinde oluşturulan komisyonlarca değerlendirmeye tâbi tutulmakta ve başvuranın zarara uğradığı sonucuna varılması halinde saptanan zararın ödenmesine karar verilerek bu miktar üzerinden düzenlenen sulhname tasarısı davet yazısı ile birlikte hak sahibine tebliğ edilmektedir. Yasanın 12. maddesinde, bu davet yazısında, hak sahibinin sulhname tasarısını imzalamak üzere 30 gün içinde gelmesi veya yetkili bir temsilcisini göndermesi gerektiğinin, aksi takdirde sulhname tasarısını kabul etmemiş sayılacağının ve yargı yoluna başvurarak zararının tazmin edilmesini talep etme hakkının saklı olduğunun belirtileceği; davet üzerine gelen hak sahibi veya yetkili temsilcisinin sulhname tasarısını kabul etmesi halinde, bu tasarının kendisi veya yetkili temsilcisi ve komisyon başkanı tarafından imzalanacağı; sulhname tasarısının kabul edilmemesi veya kabul edilmemiş sayılması hâllerinde uyuşmazlık tutanağı düzenlenerek bir örneğinin ilgiliye gönderileceği; sulh yoluyla çözülemeyen uyuşmazlıklarda ise ilgililerin yargı yoluna başvurma haklarının saklı olduğu hükme bağlanmıştır.

Aktarılan 12. maddenin gerekçesinde ise; "... Hukukumuzda feragat, kabul ve sulh gibi işlemler, görülmekte olan davaları sona erdiren işlemlerdir. Sulh işlemi, dava öncesi yapılmışsa dava açılmasını engelleyici özelliktedir. Sulh işlemine rağmen dava açılırsa bu durum itiraz olarak ileri sürülebilir ve dava ortadan kaldırılır. Böylece dostane bir çözüm şekli olan sulh, bağlayıcı niteliktedir." şeklinde açıklamalara yer verilmiştir.

5233 sayılı Yasanın yukarıda aktarılan amacı, gerekçesi ve 12. madde metninin birlikte değerlendirilmesinden; sulhnamenin imzalanmasından sonra dava açılmasına hukuken olanak bulunmadığı, bununla birlikte düzenlenen sulhnamelerin, komisyonca kabul edilen zarar miktarı ve kalemiyle sınırlı olduğu anlaşılmaktadır. Dolayısıyla, başvuranın zararını kalemler halinde ayırarak talep etmesi ve bu talebin kısmen kabulü halinde, sulhnamenin de yalnızca komisyonca karşılanmasına karar verilen kalemleri içermesi, açıkça veya zımnen reddedilen kalemleri kapsamaması nedeniyle sulhname kapsamı dışında tutulan zarar kalemleri için ilgilinin dava açma hakkının saklı bulunduğu sonucuna ulaşılmaktadır.

Dava dosyasının incelenmesinden; davacının ikamet ettiği Ağrı İli, Merkez İlçesi, ... Köyü'nde 15.7.1994 ve 24.7.1994 tarihlerinde meydana gelen olaylar sonrası jandarma karakol komutanlığınca düzenlenen olay yeri tespit tutanaklarında, söz konusu tarihlerde terör örgütü mensuplarınca yapılan baskın sonucunda, davacıya ait 3 araba otun yandığının ve 4 adet büyükbaş hayvanın telef olduğunun belirlendiği; 5233 sayılı Yasanın yürürlüğe girmesi üzerine davacının büyükbaş hayvanlarının telef olduğu, otlarının yandığı, evinin zarar gördüğü ve bu olaylardan sonra güvenlik kaygısı nedeniyle köyden göç ederek 5 yıl süreyle malvarlığına ulaşamadığı iddialarıyla uğradığı zararın tazmini istemiyle davalı idareye başvurduğu, bu başvuru üzerine komisyon tarafından, davacıya, zarara uğrayan evi, ot yığınları ve telef olan büyükbaş hayvanları karşılığı 6.550 YTL ödeme yapılması, taşınmazlarına ulaşamadığına ilişkin iddiasının ise, köyde ikamet edenlerin bulunması nedeniyle sübuta ermediği yolundaki dava konusu işlemin tesis edildiği; bu işlem üzerine anılan Yasanın 12. maddesi gereğince hazırlanan ve "davalı idarece davacıya nakden 6.550YTL ödeneceği, davacının da komisyonun tespitine esas olayla ilgili olarak uğradığı zararının tamamının karşılanmış olduğu" hususlarını içeren sulhnamenin taraflarca imzalandığıİ; bundan sonra davacı tarafından, 5 yıl süreyle malvarlığına ulaşamaması nedeniyle uğradığı zarara ilişkin isteminin reddedilmesinin hukuka aykırı olduğu ileri sürülerek, söz konusu işlemin malvarlığına ulaşamaması nedeniyle uğradığı zarara ilişkin kısmının iptali ile bu zarar karşılığı 10.000 YTL maddi tazminatın ödenmesine karar verilmesi istemiyle bakılmakta olan davanın açıldığı anlaşılmaktadır.

Bu durumda; dava konusu olayda, komisyon tarafından, davacının başvurusunda yer alan 4 zarar kaleminden (4 adet büyükbaş hayvanının telef olması, 3 araba otunun yanması, evinin zarar görmesi ve 5 yıl süreyle malvarlığına ulaşamaması) sadece 3 tanesinin varlığının (4 adet büyükbaş hayvanının telef olması, 3 araba otunun yanması, evinin zarar görmesi) kabul edilmesi sonucu ödenmesine karar verilen ve sulhnameye bağlanan 6.550 YTL'nin, sadece bu 3 kaleme ilişkin uyuşmazlığı çözümlemiş olduğunun; dolayısıyla davacının, komisyonca reddedilen diğer istemine yönelik olarak dava açma hakkının saklı bulunduğunun kabulü gerekmektedir.

Bu nedenle, İdare Mahkemesince, sulhnamenin imzalanması suretiyle uyuşmazlığın esastan çözümlendiği gerekçesiyle davanın reddine karar verilmesinde hukuka uygunluk görülmemektedir.

Öte yandan; kişilerin malvarlıklarına ulaşamamaları nedeniyle uğradıkları zararların 5233 sayılı Yasa uyarınca tazmini; köyün, idarece veya köy halkı tarafından tamamen boşaltılması halinde mümkün olabileceğinden; Mahkemece bozma kararı üzerine davacının ikamet ettiği köyün boşaltılıp boşaltılmadığının araştırılmasından sonra bir karar verilmesi gerektiği tabiidir.

Açıklanan nedenlerle, davacının temyiz isteminin kabulü ile Erzurum 2. İdare Mahkemesinin 28.11.2007 tarih ve E:2007/203, K:2007/1404 sayılı kararının BOZULMASINA, dosyanın yeniden bir karar verilmek üzere adı geçen mahkemeye gönderilmesine 30.12.2008 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

T.C.
D A N I Ş T A Y
Onuncu Daire
Esas No : 2008/4286
Karar No : 2008/9585

Özeti : 5233 sayılı Yasa'nın geçici 1. maddesi kapsamında yapılan başvuruların, ilgilinin sulhname tasarısını kabul etmemesi nedeniyle uyuşmazlıkla sonuçlanması üzerine açılan davalarda, davacı lehine hükmedilecek yasal faizin başlangıç tarihi olarak, idareye başvuru tarihinin değil, sulhname tasarısının kabul edilmediği veya kabul edilmemiş sayıldığı tarihin esas alınması gerektiği hakkında.

Temyiz Eden (Davalı) : Mardin Valiliği
Karşı Taraf (Davacı) : ...
Vekili : Av. ...
İstemin Özeti : Mardin İdare Mahkemesinin 31.1.2008 tarih ve E:2007/895, K:2008/119 sayılı kararının, aleyhe olan kısımlarının davalı idarece temyizen incelenip bozulması istenilmektedir.
Savunmanın Özeti : Savunma verilmemiştir.
Danıştay Tetkik Hakimi : Nihan Didem Çakmak
Düşüncesi : Temyiz isteminin kısmen kabulü ile mahkeme kararının faize ilişkin kısmının bozulması gerektiği düşünülmektedir.
Danıştay Savcısı : Nevzat Özgür
Düşüncesi : İdare ve vergi mahkemelerince verilen kararların temyizen incelenerek bozulabilmesi için, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 49.maddesinin birinci fıkrasında belirtilen nedenlerin bulunması gerekmektedir.

Maddi tazminat isteminin kabulüne ilişkin hüküm fıkrasına yönelik olarak temyiz dilekçesinde öne sürülen hususlar, söz konusu maddede yazılı nedenlerden hiçbirisine uymamaktadır.

Ancak, 5233 sayılı Kanunun Geçici 1.maddesi hükmüne göre başvuruda bulunan davacının sulhname tasarısını kabul etmemiş sayıldığı tarihten itibaren faize hükmedilmesi gerekirken, idareye başvurduğu tarihten itibaren maddi tazminata faiz yürütülmesinde ise isabet bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle temyize konu kararın maddi tazminatın kabulüne ilişkin hüküm fıkrasının onanmasının, faize ilişkin hüküm fıkrası yönünden ise bozulmasının uygun olacağı düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Onuncu Dairesince gereği görüşüldü:

Dava; davacının ikamet ettiği Mardin İli, ... İlçesi, ... Köyü'nden terör olayları sonucu göç etmek zorunda kaldığından bahisle malvarlığına ulaşamaması, taşınır ve taşınmaz mallarının kullanılamaz hale gelmesi ve hayvanlarını bırakmak zorunda kalması nedeniyle uğradığı zararın, 5233 sayılı Yasa kapsamında tazmini istemiyle yaptığı başvuru sonucu Mardin Valiliği Zarar Tespit Komisyonunca tarafına 4.508,50 YTL ödeme yapılması yolunda karar verilmesi üzerine sulhname tasarısını kabul etmeyerek, uğradığı zarar karşılığı 35.000 YTL maddi tazminatın idareye başvuru tarihinden itibaren işletilecek yasal faiziyle birlikte ödenmesine karar verilmesi istemiyle açılmıştır.

Mardin İdare Mahkemesince; davacı tarafından, ikamet ettiği köyden terör olayları sonucu göç ederken hayvanlarını bırakmak zorunda kalması nedeniyle zarara uğranıldığı ileri sürülmekte ise de; bu hususun hukuken kabul edilebilir hiçbir bilgi ve belge ile kanıtlanamaması karşısında, davacının bu istemi yönünden idarece tazminat ödenmemesinin yerinde olduğu; bununla birlikte, davacının evi, bağ ve tarlaları nedeniyle uğradığı zararın tespiti amacıyla davalı idarece yaptırılan bilirkişi incelemesi sonucu düzenlenen raporda, davacının (evi nedeniyle 3.427 YTL, bağ ve tarlaları nedeniyle 2.163 YTL olmak üzere) toplam 5.590 YTL zarara uğradığının hesaplanmasına karşın, davalı idarece 1998, 1999, 2000 yıllarında yaşanan kuraklık gerekçe gösterilmek suretiyle davacıya toplam 4.508,50 YTL ödenmesine karar verildiği; ancak bilirkişiler tarafından hesaplanan zarar miktarında davalı idarece yapılan bu indirimin, herhangi bir inceleme ve araştırmaya gidilmeksizin, somut verilerden yararlanılmaksızın takdiren gerçekleştirildiği, bu nedenle davacıya daha az bir miktarın ödenmesinin yerinde olmadığı gerekçesiyle davacının maddi tazminat isteminin bilirkişi raporuyla tespit edilen 5.590 YTL'lik kısmının kabulüne, fazlaya ilişkin istemin reddine, hükmedilen tazminata idareye başvuru tarihinden itibaren yasal faiz yürütülmesine, hükmedilen tazminat miktarı üzerinden hesaplanan nispi avukatlık ücretinin davalı idareden alınarak davacıya verilmesine, hükmedilen tazminat miktarı üzerinden hesaplanan nispi karar harcının davalı idare üzerinde bırakılmasına karar verilmiştir.

Davalı idare tarafından, anılan kararın kabule ilişkin kısmının, kuraklığa dayanılarak yapılan indirimin dikkate alınmaması nedeniyle hukuka aykırı olduğu; yargılama giderleri ve faize ilişkin kısmının ise, mahkemece hükmedilen tazminat miktarı ile komisyonca ödenmesine karar verilen miktar arasındaki fark üzerinden hesaplanması gerektiği ileri sürülerek temyizen incelenip bozulması istenilmektedir.

Temyize konu kararın davacının maddi tazminat isteminin 5.590 YTL'lik kısmının kabulüne ve yargılama giderlerine ilişkin bölümünde, 2577 sayılı Yasanın 49. maddesinde belirtilen bozma nedenleri bulunmadığından, davalı idarenin bu kısma ilişkin temyiz istemi yerinde görülmemiştir.

Davalı idarenin, kararın faize ilişkin kısmına yönelik temyiz istemine gelince;

En basit biçimiyle, idarenin tazmin borcu bağlamında faiz; kişilerin, idarenin eylem ve/veya işlemlerinden dolayı uğradıkları zararların giderilmesi istemiyle başvurmalarına

karşın, idarenin zararı kendiliğinden ödemeyip, yargı kararıyla tazminata mahkûm edilmesi sonucunda, tazminatın ödendiği tarihe kadar geçen süre için 3095 sayılı Yasaya göre hesaplanacak tutarı ifade etmektedir.

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 13. maddesinde, idari eylemlerden hakları ihlal edilmiş olanların dava açmadan önce, bu eylemleri yazılı bildirim üzerine veya başka suretle öğrendikleri tarihten itibaren 1 yıl ve her halde eylem tarihinden itibaren 5 yıl içinde idareye başvurarak haklarının yerine getirilmesini istemeleri gerektiği; bu isteklerinin 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 kuralı yer almakta olup; anılan maddede, idari eylemler nedeniyle uğranılan zararın tazmini için idareye başvuruda bulunulmasının, dava ön şartı olarak öngörülmesi ve zararın idare tarafından en erken bu tarihte sulhen ödenebilecek olması nedeniyle yargı yerince hükmedilecek tazminat miktarına, ön karar için idareye yapılan başvuru tarihi itibariyle yasal faiz uygulanması Danıştay'ın yerleşik içtihatlarıyla kabul edilmiştir.

Ancak, terör eylemleri veya terörle mücadele kapsamında yürütülen faaliyetler sonucunda salt toplumun bir bireyi olmaları nedeniyle maddî zarara uğrayan kişilerin, bu zararlarının sosyal risk ilkesi gereğince sulhen karşılanması amacıyla çıkarılan 5233 sayılı Yasa, kapsamında bulunan maddi zararların sulhen karşılanması için 2577 sayılı Yasanın 13. maddesinden ayrı, özel bir usul öngörmektedir. Bu prosedüre göre, Yasada belirtilen süreler içinde ilgili valiliklere yapılan başvurular, valilikler nezdinde oluşturulan komisyonlarca değerlendirmeye tâbi tutulmakta ve başvuranın zarara uğradığı sonucuna varılması halinde, saptanan zararının ödenmesine karar verilerek, bu miktar üzerinden düzenlenen sulhname tasarısı davet yazısı ile birlikte hak sahibine tebliğ edilmektedir. Hak sahibinin, sulhname tasarısını 30 gün içinde imzalaması halinde uyuşmazlık sulhen çözümlenmiş olmakta; sulh yoluyla çözülemeyen uyuşmazlıklarda ise ilgililerin yargı yoluna başvurma hakları saklı bulunmaktadır. Ayrıca, 5233 sayılı Yasa, geçici 1. maddesiyle Yasanın uygulamasını 18 yıl geriye yürüterek, 19.7.1987-27.7.2004 tarihleri arasında meydana gelen olaylar nedeniyle zarara uğrayanların, Yasanın yürürlüğe girmesinden itibaren 1 yıl içinde ilgili mercilere başvurması halinde, bu zararlarının tazmini olanağını getirmekte, böylece 2577 sayılı Yasanın 13. maddesinde öngörülen sürelerde dava açma hakkını kullanamayan kişilerin zararlarının da sulhen karşılanmasını amaçlamaktadır. Bu nedenle, geçmişteki olaylara yönelik bu başvuruların, komisyonca, başvuru tarihinden itibaren iki yıl içinde sonuçlandırılacağı hükme bağlanmış; daha sonra anılan Yasaya 5562 sayılı Yasayla eklenen geçici 3. maddede bu süre 1 yıl uzatılmıştır.

5233 sayılı Yasanın, 2577 sayılı Yasanın 13. maddesinden ayrılan ve yukarıda aktarılan özelliği gereği; 5233 sayılı Yasanın geçici 1. maddesi kapsamında yapılan başvuruların, ilgilinin sulhname tasarısını kabul etmemesi nedeniyle uyuşmazlıkla sonuçlanması üzerine açılan davalarda, davacı lehine hükmedilecek yasal faizin başlangıç tarihi olarak, idareye başvuru tarihinin değil; sulhname tasarısının kabul edilmediği veya kabul edilmemiş sayıldığı tarihin esas alınması gerekmektedir.

Dosyanın incelenmesinden; davacının Yasanın geçici 1. maddesi kapsamında davalı idareye 13.12.2004 tarihinde başvurduğu, bu başvuru üzerine Mardin Valiliği Zarar Tespit Komisyonunca, davacıya 4.508,50YTL ödenmesi, sulhname tasarısını imzalamak üzere 30 gün içinde komisyona gelmesi, aksi takdirde sulhname tasarısını kabul etmemiş sayılacağı yolunda 7.7.2006 tarihli kararın verildiği, bu kararın 21.8.2006 tarihinde davacıya tebliğ edildiği; davacının ise, sulhen karşılanmasına karar verilen meblağın zararını karşılamaktan uzak olduğu iddiasıyla sulhname tasarısını imzalamayarak, 5233 sayılı Yasanın 12. maddesine göre (30. günün dolduğu) 20.9.2006 tarihi itibariyle kabul etmemiş sayıldığı anlaşılmaktadır.

Buna göre; İdare Mahkemesince, davacı lehine hükmedilen maddi tazminat miktarına, sulhname tasarısının kabul edilmemiş sayıldığı 20.9.2006 tarihi itibariyle yasal faiz yürütülmesine karar verilmesi gerektiğinden; kararın, hükmedilen maddi tazminata davalı idareye başvuru tarihinden itibaren faiz yürütülmesine ilişkin kısmında yasal isabet bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenle, davalı idarenin temyiz isteminin kısmen reddi ile Mardin İdare Mahkemesinin 31.1.2008 tarih ve E:2007/895, K:2008/119 sayılı kararının, davanın kabulü ile yargılama giderlerine ilişkin kısmının onanmasına**,** davalı idarenin temyiz isteminin kısmen kabulü ile anılan kararın hükmedilen tazminata davalı idareye başvuru tarihinden itibaren faiz yürütülmesine ilişkin kısmının bozulmasına, bozulan kısım hakkında yeniden bir karar verilmek üzere dosyanın adı geçen İdare Mahkemesine gönderilmesine 30.12.2008 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

T.C.
D A N I Ş T A Y
Onuncu Daire
Esas No : 2008/5548
Karar No : 2008/9733

Özeti : Terör olayları sonucu köyü terk edenlerin malvarlıklarına ulaşamaması nedeniyle uğradıkları zararın, sadece köyün idarece veya köy halkı tarafından tamamen boşaltılması halinde ve köyün boşaltılmasından köye dönüşün başladığı tarihe kadar geçen süreçle sınırlı olarak tazmininin mümkün olduğu hakkında.

Temyiz Eden ve Karşı Taraf (Davalı) : Elazığ Valiliği
Temyiz Eden ve Karşı Taraf (Davacı) : ...
Vekili : Av. ...
İstemin Özeti : Elazığ İdare Mahkemesinin 21.11.2007 tarih ve E:2005/511, K:2007/2516 sayılı kararının, taraflarca aleyhlerine olan kısımlarının temyizen incelenerek bozulması istenilmektedir.
Savunmaların Özeti : Savunma verilmemiştir.
Danıştay Tetkik Hakimi : Nihan Didem Çakmak
Düşüncesi : Davacının ikamet ettiği ve terör olayları sonucu göç etmek zorunda kaldığı köyün 1 yıl boş kaldığı dosya kapsamından anlaşıldığından, davacının 1 yıllık süre boyunca malvarlığına ulaşamaması nedeniyle uğradığı zararın ödenmesi yolundaki dava konusu işlemde hukuka aykırılık bulunmamaktadır.

Öte yandan, 5233 sayılı Yasa, terör eylemleri veya terörle mücadele kapsamında yürütülen faaliyetler nedeniyle oluşan "maddi" zararların tazminini öngördüğünden, davacının manevi tazminat isteminin, anılan Yasa kapsamında karşılanamayacağı gerekçesiyle reddinin hukuka uygun olacağı düşünülmektedir.

Açıklanan nedenle, davalı idarenin temyiz isteminin kabulü ile mahkeme kararının iptale ilişkin kısmının bozulması, davacının temyiz isteminin reddi ile kararın manevi tazminata ilişkin kısmının yukarıda anılan gerekçeyle onanması gerektiği düşünülmektedir.
Danıştay Savcısı : Hüseyin Ünal Kara
Düşüncesi : 5233 sayılı Yasanın 2(d), 7(a), (b), (c) maddelerinin değerlendirilmesinden; malvarlıklarına ulaşılamaması nedeniyle uğranılan zararın 5233 sayılı Yasa uyarınca tazmininin, terörle mücadele kapsamında yürütülen faaliyetler sonucu

meydana gelmesi şartına bağlı bulunduğu; başka bir ifadeyle, köyün, idarece veya köy halkı tarafından tamamen boşaltılması halinde söz konusu zararların tazmini yoluna gidilebileceği; güvenlik kaygısına dayansa dahi, münferit terör olayları sonucu köyü terk edenlerin malvarlıklarına ulaşamaması nedeniyle uğradıkları zararın, sadece köyün idarece veya köy halkı tarafından tamamen boşaltılması halinde ve köyün boşaltılmasından köye dönüşün başladığı tarihe kadar geçen süreçle sınırlı olarak tazmininin mümkün olduğu, başka bir anlatımla, köye geri dönen ve dönmeyen kişilere göre değişmemesi gerekmektedir.

Buna göre, davalı idarece yaptırılan bilirkişi incelemesi sonucu 1 yıllık süre üzerinden hesaplanan miktarın ödenmesi yolundaki dava konusu işlemde hukuka aykırılık görülmemiştir.

Öte yandan; idare mahkemesince, davacıların maddi tazminat istemi hakkında bozma kararı üzerine yeniden bir karar verilmesi gerektiğinden; davacının temyiz isteminin bu aşamada incelenmesine olanak bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle, davalı idarenin temyiz isteminin kabulü ile kararın, iptale ilişkin kısmının bozulmasına, davacının temyiz isteminin reddine karar verilmesinin uygun olacağı düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Onuncu Dairesince gereği görüşüldü:

Dava; davacının ikamet ettiği Elazığ İli, Kovancılar İlçesi, … Köyü'nden terör olayları nedeniyle göç etmek zorunda kaldığından bahisle malvarlığına ulaşamaması ve taşınır, taşınmaz mallarının kullanılamaz hale gelmesi nedeniyle uğradığı zararın 5233 sayılı Yasa kapsamında tazmini istemiyle yaptığı başvuru üzerine, tarafına 1.582 YTL ödeme yapılması yolundaki Elazığ Valiliği Zarar Tespit Komisyonu kararının iptali ile 46.000 YTL maddi, 5.000 YTL manevi tazminatın ödenmesine karar verilmesi istemiyle açılmıştır.

Elazığ İdare Mahkemesince; davalı idarece oluşturulan komisyon tarafından yerinde yapılan keşif sırasında bilgisine başvurulan mahalli bilirkişilerin beyanlarında; köyün Ekim 1993 tarihinde tamamen boşaltıldığını, Nisan 1994 tarihi itibariyle köy halkından bir kısmının köye dönmeye başladığını belirtmeleri üzerine, davalı idarece, bütün köy halkının malvarlığından 1 yıl süreyle yararlanamadığının kabul edildiği, bu sebeple davacının uğradığı zararın da 1 yıl üzerinden hesaplanarak dava konusu işlemle davacıya 1.582 YTL ödenmesine karar verildiği; ancak davalı idarece, davacının hangi tarihte köye döndüğünün araştırılmadığı, oysa köy halkından bir kısmının köye dönmeye başlamasının, tüm köylüler için güvenlik kaygısının ortadan kalktığı ve köye dönmeyenlerin 5233 sayılı Yasanın 2. maddesinin (d) bendi kapsamında kaldıkları şeklinde yorumlanamayacağı, bu nedenle, idarece, davacının köye dönüş tarihinin araştırılması ve köyün boşaltılmasından köye döndüğü tarihe kadar geçen süreçte uğradığı zararın tespiti ve tazmini gerekirken, tüm köy halkının 1 yıl süreyle malvarlığına ulaşamadığı kabulünden hareketle davacının sadece 1 yıllık zararının ödenmesi yolundaki dava konusu işlemde hukuka uyarlık bulunmadığı gerekçesiyle dava konusu işlemin iptaline; davacının maddi tazminat isteminin ise, Mahkemelerince verilen iptal kararı üzerine idarece 5233 sayılı Yasa uyarınca davacının uğradığı zararın hesaplanması gerekeceğinden, bu aşamada karşılanma olanağı bulunmadığı gerekçesiyle reddine; manevi tazminat istemine yönelik olarak, sadece maddi zararların 5233 sayılı Yasa kapsamında bulunması, buna karşılık Anayasanın 125. maddesi gereği idarenin her türlü eyleminden doğan zararı karşılama yükümlülüğü bulunması nedeniyle istemin 2577 sayılı Yasanın 13. maddesi çerçevesinde değerlendirilmesi gerektiği; buna göre, davacının 28.8.1993 tarihinde meydana gelen olayı öğrenmesinden itibaren 1 yıl içinde idareye başvurması gerekirken, bu tarihten çok sonra 9.12.2004 tarihinde yaptığı başvurunun reddi üzerine açtığı davanın bu kısmında süre aşımı bulunduğu gerekçesiyle davanın manevi tazminata yönelik kısmının süre aşımı nedeniyle reddine karar verilmiştir.

Taraflarca, anılan mahkeme kararının aleyhlerine olan kısımlarının hukuka aykırı olduğu ileri sürülerek temyizen incelenip bozulması istenilmektedir.

Temyize konu kararın maddi tazminat isteminin reddi ile manevi tazminat isteminin süre aşımı nedeniyle reddine ilişkin kısmında 2577 sayılı Yasanın 49. maddesinde sayılan bozma nedenleri bulunmadığından, davacının bu kısımlara yönelik temyiz istemi yerinde görülmemiştir.

Mahkeme kararının dava konusu işlemin iptaline ilişkin kısmına gelince;

Terör eylemleri veya terörle mücadele kapsamında yürütülen faaliyetler nedeniyle maddî zarara uğrayan kişilerin, bu zararlarının karşılanmasına ilişkin esas ve usulleri belirlemek amacıyla yürürlüğe konulan 5233 sayılı Terör ve Terörle Mücadeleden Doğan Zararların Karşılanması Hakkında Kanunun 2. maddesinin (d) bendinde, terör dışındaki ekonomik ve sosyal sebeplerle uğranılan zararlar ile güvenlik kaygıları dışında kendi istekleriyle bulundukları yerleri terk edenlerin bu sebeple uğradıkları zararlar Yasa kapsamı dışında tutulmuş; aynı Yasanın 7. maddesinde ise; a) hayvanlara, ağaçlara, ürünlere ve diğer taşınır ve taşınmazlara verilen her türlü zararlar; b) yaralanma, sakatlanma ve ölüm hallerinde uğranılan zararlar ile tedavi ve cenaze giderleri; c) terörle mücadele kapsamında yürütülen faaliyetler nedeniyle kişilerin mal varlıklarına ulaşamamalarından kaynaklanan maddî zararlar, bu Yasaya göre sulh yoluyla karşılanabilecek zarar kalemleri arasında sayılmıştır.

Dava dosyası ile adı geçen köye ilişkin olarak aynı istemle açılan ve Dairemiz esasına temyizen incelenmek üzere kaydedilen diğer dava dosyalarının birlikte incelenmesinden; davacının ikamet ettiği Elazığ İli, Kovancılar İlçesi, … Köyü'ne, 28.8.1993 tarihinde terör örgütü mensuplarınca yapılan baskında, köy halkından 12 kişinin kaçırıldığı, bu kişilerden üçünün kaçarak kurtulduğu, kalan 9 kişinin ise örgüt mensuplarınca öldürüldüğü, bu olay üzerine köyü tamamen boşaltan köy halkının 5233 sayılı Yasanın yürürlüğe girmesini takiben uğradıkları zararın tazmini istemiyle başvurdukları, bu başvuruların sonuçlandırılması amacıyla davalı idarece oluşturulan komisyon tarafından yerinde yapılan keşif sırasında bilgisine başvurulan mahalli bilirkişilerin beyanlarında; terör örgütü mensuplarının 28.8.1993 tarihinde köye baskın yapmasından sonra, güvenlik kaygısı nedeniyle köy halkının Ekim 1993 tarihinde köyü tamamen boşalttığını, Nisan 1994 tarihi itibariyle köye dönüşün başladığını, ancak bütün köy halkının dönmediğini belirttikleri; bu bilgiler ışığında davacının uğradığı zararın tespiti amacıyla idarece yaptırılan bilirkişi incelemesi sonucu düzenlenen raporda, köyün boşalma tarihinin sonbahar ayına denk gelmesi nedeniyle tahıl ekimi yapılamadığı, köye dönüşün ise Nisan 1994 tarihinde gerçekleştiği dikkate alındığında, köy halkının malvarlığından 1 yıl süreyle yararlanamadığının kabul edildiği, bu çerçevede davacının zararının, zilyedliğinde bulunan araziler için 1 yıl üzerinden 1.582,35 YTL olarak hesaplandığı, davalı idarece, bu rapor dayanak alınmak suretiyle ve köyün boş kaldığı 1 yıllık sürede davacıların evinin doğal yıpranma dışında herhangi bir zarar görmediği gerekçesiyle davacıya 1.582 YTL ödenmesine karar verildiği; davacı tarafından sulhname tasarısı kabul edilmeyerek, köye 1994 yılında dönmediği iddiasıyla anılan kararın iptali ile uğranıldığı belirtilen zarar karşılığı 46.000 YTL maddi, 5.000 YTL manevi tazminatın ödenmesine karar verilmesi istemiyle bakılmakta olan davanın açıldığı anlaşılmaktadır.

5233 sayılı Yasanın yukarıda aktarılan maddelerinin değerlendirilmesinden; kişilerin malvarlıklarına ulaşamaması nedeniyle uğradıkları zararın 5233 sayılı Yasa uyarınca tazmininin, terörle mücadele kapsamında yürütülen faaliyetler sonucu meydana gelmesi şartına bağlı bulunduğu; başka bir ifadeyle, köyün, idarece veya köy halkı tarafından tamamen boşaltılması halinde söz konusu zararların tazmini yoluna gidilebileceği; güvenlik kaygısına dayansa dahi, terör olayları sonucu köyü terk edenlerin malvarlıklarına ulaşamaması nedeniyle uğradıkları zararın, sadece köyün idarece veya köy halkı tarafından tamamen boşaltılması halinde ve köyün boşaltılmasından köye dönüşün başladığı tarihe

kadar geçen süreçle sınırlı olarak tazmininin mümkün olduğu sonucuna ulaşılmaktadır. Zira, boşaltılan bir köye dönüşün başlaması, o köyde güvenli bir şekilde yaşayabilme olanaklarına kavuşulduğu anlamına gelmektedir. Köye dönüş için sağlanması zorunlu olan asgari güvenlik düzeyi ölçütünün ise objektif olması gerektiği; başka bir anlatımla, köye geri dönen ve dönmeyen kişilere göre değişmemesi gerektiği de tabiidir.

Bu kabule göre, uyuşmazlığa konu olayda, davacının terör olayları sonucu terk ettiği … Köyü'nde bulunan malvarlığına ulaşamamasından kaynaklanan zararının; sadece köyün boşaltılmasından, köye dönüşün başladığı tarihe kadar geçen süreçle sınırlı kalmak kaydıyla tazmini olanaklı bulunduğundan, davalı idarece yaptırılan bilirkişi incelemesi sonucu 1 yıllık süre üzerinden hesaplanan miktarın ödenmesi yolundaki dava konusu işlemde hukuka aykırılık bulunmamaktadır.

Bu durumda; İdare Mahkemesince, davacının, köye döndüğü tarihe kadar geçen süreç boyunca uğradığı zararının tazmini gerektiği yolunda yorum yapılarak dava konusu işlemin iptaline karar verilmesinde yasal isabet görülmemektedir.

Açıklanan nedenlerle, davalı idarenin temyiz isteminin kabulü ile Elazığ İdare Mahkemesinin 21.11.2007 tarih ve E:2005/511, K:2007/2516 sayılı kararının iptale ilişkin kısmının Bozulmasina, davacının temyiz isteminin reddi ile kararın maddi ve manevi tazminata ilişkin kısımlarının onanmasına, bozulan kısım hakkında yeniden bir karar verilmek üzere dosyanın adı geçen mahkemeye gönderilmesine 31.12.2008 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

T.C.
D A N I Ş T A Y
Onuncu Daire
Esas No : 2006/1212
Karar No : 2009/652

Özeti : Davacının gözaltında bulunduğu sürece kolluk kuvvetince yapılan sorgulamasında kötü muameleye ve işkenceye maruz kaldığı hususu Adli Tıp raporu ile sabit olduğundan, yurdun iç güvenliğini ve asayişini, kamu düzenini, genel ahlakı ve Anayasa'da yazılı hak ve hürriyetleri korumakla görevli kılınan polisin, bu yetkiyi kullanırken kanunen tanımlanan görev alanı dışına çıkmak suretiyle davacıya hukuka aykırı eylem ve işlemi ile verdiği zararı tazminle yükümlü olduğu hakkında.

Temyiz Eden (Davacı) : …
Vekilleri : Av. ... - Av. ...
Temyiz Eden ve Karşı Taraf (Davalı): İçişleri Bakanlığı
İstemin Özeti : Bir cinayet soruşturması nedeniyle 3 gün süre ile gözaltında tutulan davacının bu süre içerisinde kendisine kötü muamelede bulunulduğundan ve işkence edildiğinden bahisle duyulan acı ve üzüntünün karşılığı 200.000 TL manevi tazminatın yasal faiziyle birlikte ödenmesi istemiyle dava açılmıştır.

İstanbul 2. İdare Mahkemesince, "Anayasa'nın 125. maddesinin son fıkrasında, idarenin kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlü olduğu kuralına yer verilmiş, 129. maddesinin 5. fıkrasında, memurlar ve diğer kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlardan doğan tazminat davalarının kendilerine rücu edilmek

kaydıyla ve kanunun gösterdiği şekil ve şartlara uygun olarak ancak idare aleyhine açılabileceği hükme bağlanmış, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 13. maddesinde de benzer bir düzenlemeye yer verilmiştir.

Dava konusu olayın niteliği dikkate alındığında, halkın can ve mal emniyetinin korunması şeklinde ortaya çıkan kamu hizmetinin düzenlenmesindeki yetersizlik, diğer yandan kamu personeli üzerindeki denetimin gereğince yapılmamış olmasından dolayı hizmetin kötü işlemesi biçiminde gerçekleşerek idarenin kamu hizmetinin yürütülmesindeki kusurunu ortaya koyduğu, bu şekilde meydana gelen zararın hizmeti yürütmekle görevli idarece tazmin edilmesi gerektiği, Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu ile diğer kanunlarda zabıta tarafından suç delillerinin tespiti veya faillerinin yakalanması amacıyla yetkili kılınan polisin, bu görevini yerine getirirken kanunda öngörülen usul ve esaslara uygun davranmasının hukuk devleti ilkesinin vazgeçilmez bir gereği olduğu, Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'nun Onuncu faslında zabıta amir ve memurları ile Cumhuriyet savcılarının ifade alma ve sorguya çekme sırasında uyması gereken usul ve esasların düzenlendiği, 135/(a) maddesinde, ifade verenin veya sanığın beyanının özgür iradesine dayanması gerektiği, bunu engelleyici nitelikte kötü davranma, işkence, zorla ilaç verme, yorma, aldatma, bedensel cebir ve şiddette bulunma gibi iradeyi bozan bedeni ve ruhi müdahalelerin yapılamayacağı belirtilmiştir.

Dava konusu olayda, 6.5.2002 tarihinde İstanbul Organize Suçlar Şube Müdürlüğü görevlileri tarafından gözaltına alınan davacının gözaltı süresince kolluk kuvvetince yapılan sorgulamasında kötü muameleye ve işkenceye maruz kaldığı hususunun İstanbul Üniversitesi İstanbul Tıp Fakültesi Adli Tıp Anabilim Dalı'nca düzenlenen 26.7.2002 tarih ve 246 sayılı rapor ve dosyadaki diğer bilgi ve belgeler uyarınca sabit olduğundan, yurdun iç güvenliğini ve asayişini, kamu düzenini, genel ahlakı ve Anayasa'da yazılı hak ve hürriyetleri korumakla görevli kılınan polisin, bu yetkiyi kullanırken kanunen tanımlanan görev alanı dışına çıkmak suretiyle davacıya hukuka aykırı eylem ve işlemi ile verdiği zararı tazminle yükümlü olduğu gerekçesiyle" davanın kısmen kabulü ile, kişisel durumu, olayın oluş şekli ve niteliği göz önüne alındığında sorgulama sırasında kötü muamele ve işkenceye maruz kalan davacı lehine 100.000 TL manevi tazminatın davalı idareye başvuru tarihinden itibaren işletilecek yasal faiziyle birlikte davacıya ödenmesine, davacının fazlaya ilişkin tazminat isteminin reddine karar verilmiştir.

Taraflarca hukuka aykırı olduğu ileri sürülen anılan Mahkeme kararının aleyhlerine olan kısımlarının temyizen incelenip bozulması istenilmektedir.

Savunmaların Özeti **:** Temyiz isteminin hukuki dayanağının bulunmadığı ileri sürülerek reddi gerektiği savunulmaktadır.

Danıştay Tetkik Hakimi : İbrahim Kaylan

Düşüncesi : Temyiz istemlerinin reddi ile usul ve hukuka uygun bulunan mahkeme kararının onanması 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 görüşüldü:

Anayasanın 129. maddesinin 5. fıkrasında; memurlar ve diğer kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlardan doğan tazminat davalarının, kendilerine rücu edilmek kaydıyla ve kanunun gösterdiği şekil ve şartlara uygun olarak, ancak idare aleyhine

açılabileceği şeklinde emredici bir kurala yer verilmiştir. Anayasanın sözü edilen maddesindeki "kendilerine rücu edilmek kaydıyla" ibaresinin; kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlar nedeniyle idareye karşı açılan davalarda tazminata hükmedilmesi halinde idarenin ödemek zorunda kaldığı tazminatı yasal yollara başvurarak ilgili kamu görevlisinden tahsil etmeyi amaçladığında kuşkuya yer bulunmamaktadır. Bu hüküm karşısında, gözaltında bulunduğu sürece davacıya kötü muamelede bulunan ve işkence yapan ilgililerin kişisel kusuru bulunduğu açık olduğundan, hükmedilen tazminatı ödeyecek olan idarenin, sorumluluğu saptanan ilgili kişi veya kişilere yasal yollar çerçevesinde rücu etmesi Anayasa hükmü gereği bulunmaktadır.

İdare ve Vergi Mahkemelerinin nihai kararlarının temyizen bozulması 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 49. maddesinde yer alan sebeplerden birinin varlığı halinde mümkündür.

Temyizen incelenen karar, usul ve hukuka uygun olup, dilekçelerde ileri sürülen temyiz nedenleri kararın bozulmasını gerektirecek nitelikte görülmediğinden temyiz istemlerinin reddi ile İstanbul 2. İdare Mahkemesinin 30.3.2005 tarih ve E:2003/1410, K:2005/492 sayılı kararının onanmasına, idare aleyhine hükmedilen tazminatın bu olayda kişisel kusuru bulunan kişi ya da kişilere rücu edilmesi için kararın bir örneğinin Maliye Bakanlığına tebliğine 6.2.2009 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

VATANDAŞLIK İŞLERİ

T.C.
D A N I Ş T A Y
Onuncu Daire
Esas No : 2005/6371
Karar No : 2008/9627

Özeti : Vatandaşlığın, Devlet ile kişi arasında karşılıklı hak ve borç doğuran bir hukuki ilişki olduğu, bu ilişkinin kişi yönünden önemi dikkate alındığında, herkesin bir vatandaşlığa sahip olması ve vatandaşlıktan keyfi olarak yoksun bırakılmaması hakkının bulunduğu, Devletin vatandaşlıkla ilgili işlemlerinde, kişinin vatansızlık da dahil herhangi bir mağduriyete uğramaması için gerekli dikkat ve özeni göstermesi, kişiyi konuyla ilgili olarak bilgilendirmesi gerektiği hakkında.

Davacı : ...
Vekili : Av. ...
Davalılar : 1- Başbakanlık
2-İçişleri Bakanlığı

Davanın Özeti : Davacının yeniden Türk vatandaşlığına alınmasına ilişkin 2.7.2001 tarih ve 2001/2750 sayılı Bakanlar Kurulu Kararının; Alman vatandaşı olabilmek için 12.2.1999 tarih ve 1999/12379 sayılı Bakanlar Kurulu kararı ile Türk vatandaşlığından çıktığı ve bu tarihten sonra Alman vatandaşı olduğu, 2000 yılında Alman vatandaşlık Yasasında yapılan değişiklikle bazı istisnalar dışında çifte vatandaşlığa izin verilmediği, bu durumun tespit edilmesi halinde Alman vatandaşlığını kaybedeceği, yeniden Türk vatandaşlığına alınması yolunda bir başvurusunun olmadığı ileri sürülerek iptali istenilmektedir.

Davalı İdarelerin Savunmasının Özeti : Davacının başvurusu üzerine 403 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanununun 8. maddesi uyarınca yeniden Türk Vatandaşlığına alınması yolundaki dava konusu kararda hukuka aykırılık bulunmadığı ileri sürülerek davanın reddi gerektiği savunulmaktadır.

Danıştay Tetkik Hakimi : Erkan Yılmaz

Düşüncesi : Yeniden Türk vatandaşlığının kazanılabilmesi için, başvuru dilekçesi yeterli olmayıp, ikamet şartı hariç Yasanın 6. maddesinde sayılan koşullara sahip olunması gerekmektedir. Dolayısıyla Yasanın 6. maddesinde sayılan koşullara davacının sahip olup olmadığı yönünde bir inceleme ve araştırma yapılmadan, başvuru dilekçesi üzerine davacının yeniden Türk vatandaşlığına alınmasına ilişkin Bakanlar Kurulu Kararında hukuka uyarlık bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenle, dava konusu kararın iptali gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı : Ergün Özcan

Düşüncesi : Dava, davacının Türk Vatandaşlığına alınmasına ilişkin 2.7.2001 tarih ve 2001/2750 sayılı Bakanlar Kurulu Kararının iptali istemiyle açılmıştır.

Davacının,Alman Vatandaşlığı'na geçmek amacıyla, Türk Vatandaşlığından çıkmak için yaptığı başvuru üzerine 12.2.1999 tarih ve 1999/12379 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile Türk Vatandaşlığından çıkarıldığı, daha sonra yeniden Türk Vatandaşlığına geçmek için yaptığı başvurusunun Hannover Başkonsolosluğunun 17.11.1999 tarih ve 6345 sayılı yazısıyla, Nüfus ve Vatandaşlık İşleri Genel Müdürlüğüne intikali üzerine, dava konusu olan 2.7.2001 tarih ve 2001/2750 sayılı Bakanlar Kurulu Kararıyla, yeniden vatandaşlığa alındığı ancak Alman vatandaşlık mevzuatında yapılan değişiklikle, çifte vatandaşlığın kabul edilmemesi nedeniyle,davacı tarafından,en son Türk Vatandaşlığına alınmasına ilişkin Bakanlar Kurulu Kararının iptali istemiyle bu davanın açıldığı anlaşılmaktadır.

Dava dosyasında, davacının en son tarih itibariyle alındığı Türk Vatandaşlığından çıkmak için idareye yaptığı herhangi bir başvurunun bulunmaması nedeniyle, açılan bu davanın hukuka uygun olup olmadığının, Türk Vatandaşlık mevzuatı açısında "yeniden vatandaşlığı alınma"nın koşulları ve "vatandaşlığa alınmanın iptali" ile sınırlı olarak incelemek gerekir.

403 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanununun, dava konusu işlemin tesis edildiği tarihte yürürlükte olan "Yeniden Vatandaşlığa alınmanın" düzenlendiği 8.maddesinde, 35 inci madde hükmü saklı olmak koşuluyla, bu Kanuna göre Türk Vatandaşlığını kaybetmiş olanların, Bakanlar Kurulunca, ikamet şartı aranmaksızın yeniden vatandaşlığa alınabileceği öngörülmüş, aynı Yasanın "Vatandaşlığa alınmanın iptali" başlıklı 24.maddesinde ise, vatandaşlığa alınma, ilgilinin yalan beyanı veya önemli hususları gizlemesi sonucu vuku bulmuş ise, vatandaşlığa alınma kararının Bakanlar Kurulunca iptal edileceği, ilgilinin bir Türk Vatandaşlığına alınmasından başlayarak beş yıl geçtikten sonra iptal kararı verilemeyeceği belirtilmiştir.

Dava konusu olayda, davacının Alman Vatandaşlığına geçmek için, önce Türk Vatandaşlığından çıkması ve Alman Vatandaşlığını kazanması üzerine, yeniden Türk vatandaşı olmak için yaptığı başvuru sonucu Türk Vatandaşlığına alınmasına ilişkin dava konusu Bakanlar Kurulu Kararı, tamamen davacının isteği doğrultusunda Yasa hükümlerine uygun olarak tesis edilmiş olup, söz konusu vatandaşlığa alınmada 403 sayılı Yasanın 24.maddesinde belirlenen iptal koşullarından herhangi birisi de bulunmadığından, dava konusu Bakanlar Kurulu kararında herhangi bir hukuka aykırılık görülmemektedir.

Öte yandan, davacının Türk Vatandaşlığından çıkmak için herhangi bir başvuruda bulunması halinde, idarece tesis edilecek olumsuz bir işleme karşı açılacak davada, davacının vatandaşlıktan çıkma talebinin "vatandaşlıktan çıkmanın koşulları" açısından hukuka uygunluğunun değerlendirileceği kuşkusuzdur.

Açıklanan nedenlerle, davanın reddine karar verilmesi gerektiği düşünülmüştür.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Onuncu Dairesince gereği görüşüldü

Dava, davacının yeniden Türk vatandaşlığına alınmasına ilişkin 2.7.2001 tarih ve 2001/2750 sayılı Bakanlar Kurulu Kararının iptali istemiyle açılmıştır.

Vatandaşlık; genel olarak Devlet ile kişi arasında kurulan hukuki bir ilişki olarak tanımlanmaktadır. Bu ilişkiye taraf olan Devlet ile kişi arasında karşılıklı hak ve borçlar doğuran bir hukuki bağ kurulmaktadır. Vatandaşlığın; kişinin hak ve yükümlülüklerinin belirlenmesindeki bu önemi nedeniyle her kişinin bir vatandaşlığa sahip olması ve bu vatandaşlıktan keyfi olarak yoksun bırakılmaması hakkı, insan hak ve özgürlükleri arasında kabul edilmiştir. Bu nedenle Anayasa ve Türk Vatandaşlığı Kanununda, vatandaşlığın kazanılması, vatandaşlıktan çıkma veya çıkarılma belirli koşullara bağlanmış, bu hususlara ilişkin hukuki tasarruflara karşı yargı yoluna başvurabilme olanağı tanınmıştır. Bu itibarla Devletin, sözü edilen tasarruflarda bulunurken ilgili kişinin vatansızlık da dahil herhangi bir mağduriyete uğramaması için gerekli dikkat ve özeni göstermesi ve gerekirse kişiyi konuyla ilgili olarak bilgilendirmesi gerekmektedir.

Dosyanın incelenmesinden, Türk vatandaşı olan davacının, Alman vatandaşı olabilmek için, 12.2.1999 tarih ve 1999/12379 sayılı Bakanlar Kurulu kararı ile Türk vatandaşlığından çıktığı, 20.4.1999 tarihinde çıkma izin belgesi, 17.11.1999 tarihinde de çıkma belgesinin Hannover Başkonsolosluğunca davacının eşine tebliğ edildiği, çıkma belgesinin tebliğ edildiği tarihte, yani 17.11.1999 tarihinde davacının yeniden Türk vatandaşı olabilmek için adı geçen konsolosluğa başvurduğu, 2.7.2001 tarih ve 2001/2750 sayılı dava konusu Bakanlar Kurulu kararı ile yeniden Türk vatandaşlığına alındığı, davacının yeniden Türk vatandaşlığına alınması yolunda yapmış olduğu başvuru tarihinden, yeniden Türk vatandaşlığına alındığı tarihe kadar yaklaşık iki yıl geçmesine rağmen, bu başvuruya idarece bir cevap verilmediği ve bu sürede davacının da başvurusunu yenilemediği, davacının başvuru tarihindeki isteminin halen geçerli olup olmadığının öğrenilmesi yönünde idarece yapılmış bir araştırma veya bu hususta davacıya yapılmış bir tebligatın da bulunmadığı anlaşılmaktadır.

Dosyadaki mevcut bilgi ve belgelerden de anlaşıldığı üzere, davacının Alman vatandaşlığını kazanmak için zorunlu olarak Türk vatandaşlığından çıktığı hususunda bir duraksama bulunmamaktadır. Nitekim davacı Alman vatandaşlığını kazandıktan hemen sonra 17.11.1999 tarihinde yeniden Türk vatandaşlığına alınması yönünde konsolosluğa başvurmuştur. Davacının Türk vatandaşlığından çıkması, Alman vatandaşlığını kazandıktan hemen sonra yeniden Türk vatandaşlığına alınması yönünde konsolosluğa başvurması, dava dilekçesinde de belirtildiği üzere, 2000 yılında Alman vatandaşlık yasasında yapılan değişiklikle bazı istisnalar dışında çifte vatandaşlığa izin verilmemesinin bir sonucudur.

İdarenin, Alman vatandaşlık yasasında yapılan değişikliği de dikkate alarak, yeniden Türk vatandaşı olmak isteyen davacının yapmış olduğu başvurunun kabul edilmesinin doğuracağı sonuçlar hakkında davacıyı bilgilendirmediği, yeniden Türk vatandaşlığına alınması yolundaki başvurunun yapıldığı tarih ile yeniden Türk vatandaşlığa alındığı tarih arasında yaklaşık iki yıl geçmesine rağmen, bu süre içinde davacıya herhangi bir cevap vermediği ve davacının da başvurusunu yenilemediği, davacının başvuru tarihindeki isteminin halen geçerli olup olmadığının öğrenilmesi yönünde bir araştırma yapmadığı veya bu hususta davacıya yapılmış bir tebligatın da bulunmadığı dikkate alındığında, davacının yeniden Türk vatandaşlığına alınmasına ilişkin 2.7.2001 tarih ve 2001/2750 sayılı Bakanlar Kurulu kararında, belirtilen hususlar nedeniyle hukuka uyarlık bulunmamaktadır.

Diğer yandan, 403 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanununun 8. maddesine göre, yeniden Türk vatandaşlığının kazanılabilmesi için, başvuru dilekçesi yeterli olmayıp, ilgililerin ikamet şartı hariç Yasanın 6. maddesinde sayılan koşullara sahip olması gerekmektedir. Dolayısıyla Yasanın 6. maddesinde sayılan koşullara davacının sahip olup olmadığı yönünde bir inceleme ve araştırma yapılmadan, sadece başvuru dilekçesine dayanılarak davacının yeniden Türk

vatandaşlığına alınmasına ilişkin Bakanlar Kurulu kararında bu yönüyle de hukuka uyarlık görülmemektedir.

Açıklanan nedenlerle, dava konusu 2.7.2001 tarih ve 2001/2750 sayılı Bakanlar Kurulu kararının İptaline, aşağıda dökümü gösterilen 79.90 YTL yargılama gideri ile Avukatlık Asgari Ücret Tarifesine göre belirlenen 575.00- YTL. avukatlık ücretinin davalı idarelerden alınarak davacıya verilmesine, 31.12.2008 tarihinde oybirliği ile karar verildi.

YARGILAMA USULÜ

T.C.
D A N I Ş T A Y
Onuncu Daire
Esas No : 2006/5406
Karar No : 2008/7917

Özeti : Davacının, mahkeme kararı ile tespit edilen babasının isminin nüfus kütüğüne işlenmesi isteminin 1587 sayılı Nüfus Kanunu'nun 11. ve 46. maddesinde işaret edilen nüfus kütüğündeki yanlış bir kaydın düzeltilmesiyle ilgili olmadığı, mahkeme kararı ile davacının babası olarak tespit edilen şahsın adının nüfus kütüğüne işlenmesi kayıt düzeltme davası yoluyla hükmen değil, idari bir işlemle yapılacağından, bu yoldaki başvurunun reddine ilişkin işlemin iptali istemiyle açılan bu davanın 2577 sayılı Yasa'nın 2. ve 2576 sayılı Yasa'nın 5. maddesi uyarınca idare mahkemesince çözümlenmesi gerektiği hakkında.

Temyiz Eden (Davacı) : ...'ı temsilen Kayyım ...
Karşı Taraf (Davalı) : Hatay İl Nüfus Müdürlüğü
İstemin Özeti : Adana 2. İdare Mahkemesinin 28.3.2006 tarih ve E:2006/1301, K:2006/745 sayılı kararının temyizen incelenerek bozulması istenilmektedir.
Savunmanın Özeti : Savunma verilmemiştir.
Danıştay Tetkik Hakimi : İbrahim Kaylan
Düşüncesi : Davacının, mahkeme kararı ile tespit edilen babasının isminin nüfus kütüğüne işlenmesi, 1587 sayılı Nüfus Kanunu'nun 11. ve 46. maddesinde işaret edilen nüfus kütüğündeki yanlış bir kaydın düzeltilmesiyle bir ilgisi bulunmamakta olup, kayıt düzeltme davası yoluyla hükmen değil, idari bir işlemle yapılacağından, bu yoldaki başvurunun reddine ilişkin işlemin iptali istemiyle açılan işbu davanın 2577 sayılı Yasanın 2. ve 2576 sayılı Yasanın 5. maddesi uyarınca idare mahkemesince çözümlenmesi gerektiğinden, davanın görev yönünden reddine ilişkin temyize konu kararın bozulması gerektiği düşünülmektedir.
Danıştay Savcısı : Hüseyin Ünal Kara
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 görüşüldü:

Dava, ... isimli şahsın davacı ...'ın babası olduğunun tespitine ilişkin Hatay Aile Mahkemesi'nin 1.7.2005 tarih ve E:2004/866, K:2005629 sayılı kararının nüfus kütüğüne işlenmesi istemiyle yapılan başvurunun reddine ilişkin 13.2.2006 tarih ve 405 sayılı işlemin iptali istemiyle açılmıştır.

Adana 2. İdare Mahkemesince, nüfus kaydının düzeltilmesi isteminin reddine ilişkin işleme karşı açılan davanın görüm ve çözümünde 1587 sayılı Nüfus Kanunu'nun 46/1. maddesi uyarınca adli yargı mercilerinin görevli olduğu gerekçesiyle davanın görev yönünden reddine karar verilmiştir.

Davacı tarafından, hukuka aykırı olduğu ileri sürülerek anılan mahkeme kararının temyizen incelenip bozulması istenilmektedir.

25.4.2006 tarih ve 5490 sayılı Yasa ile yürürlükten kaldırılan 1587 sayılı Nüfus Kanunu'nun 11. maddesinde, kesinleşmiş mahkeme hükmü olmadıkça nüfus kütüklerinin hiçbir kaydının düzeltilemeyeceği ve kayıtların anlamı ve taşıdığı bilgileri değiştirecek ilave ve şerhler yapılamayacağı; 46. maddesinin birinci fıkrasında ise, yaş, ad, soyadı ve diğer kayıt düzeltme davalarının ilgilinin oturduğu yer asliye hukuk mahkemesinde, Cumhuriyet savcısı ve nüfus başmemuru veya nüfus memuru huzurunda görülüp karara bağlanacağı, hükmüne yer verilmiştir.

Dava dosyasının incelenmesinden, Hatay Aile Mahkemesi'nin 1.7.2005 tarih ve E:2004/866, K:2005/629 sayılı kararı ile ... isimli şahsın davacı ...'ın babası olduğunun tespitine karar verildiği, bunun üzerine davacının kayyımı tarafından Hatay Nüfus Müdürlüğü'ne başvurularak, mahkeme kararının nüfus kütüğüne işlenerek, ... isimli şahsın ...'ın babası olarak kimlik kartına yazılmasının istenildiği, Antakya Nüfus Müdürlüğü'nün 13.2.2006 tarih ve 405 sayılı işlemi ile, Hatay Aile Mahkemesi'nin kararı ile babanın tespit edildiği, Medeni Kanunun 321. maddesine göre çocuğun babası ile annenin evlenmesi veya babanın tanıması hallerinde çocuk ile baba arasında soybağı kurulabileceği, ayrıca babalığın tespiti kararının 1587 sayılı Nüfus Kanunu'nun 5. maddesindeki, doğum, evlenme, boşanma, ölüm, gaiplik, nesep tashihi, tanıma, evlat edinme ve evlatlık sözleşmesinin kaldırılması şeklinde belirtilen olayların dışında olduğu ve tespit kararları nüfus aile kütüklerine işlenmediği gerekçesiyle başvurunun reddedildiği, bu işlemin iptali istemiyle bu davanın açıldığı anlaşılmaktadır.

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 2. maddesinde, idari işlemler hakkında; yetki, şekil, sebep, konu ve maksat yönlerinden biri ile hukuka aykırı olduklarından dolayı iptalleri için iptal davası açılacağı öngörülmüş; 2576 sayılı Bölge İdare Mahkemeleri, İdare Mahkemeleri ve Vergi Mahkemelerinin Kuruluşu ve Görevleri Hakkında Kanun'un 5.maddesinde de, idare mahkemelerinin, vergi mahkemelerinin görevine giren davalarla ilk derecede Danıştayda çözümlenecek olanlar dışındaki iptal davalarını karara bağlayacağı hükme bağlanmıştır.

İdari işlemler, idari makamların kamu gücüne dayanan, idare işlevine ilişkin olarak yaptıkları, tek yanlı, doğrudan uygulanabilir nitelikte ve ilgililerin hukuki durumlarını etkileyen irade açıklamalarıdır. 2577 sayılı Yasanın 2. maddesine göre, idari işlemlere karşı yetki, şekil, sebep, konu ve maksat yönlerinden hukuka aykırı oldukları iddiasıyla menfaatleri ihlal edilenler tarafından idari yargıda iptal davası açılabilir.

Dava konusu olayla benzer nitelikte bulunan; noterde düzenlenen tanıma senedi ile babası tarafından tanınan çocuğun, babanın nüfusuna kaydedilmesi istemiyle yapılan başvuru üzerine, babanın nüfusuna kaydedilmeyerek, annenin nüfusuna kaydedilmesine ilişkin işlemin iptali isteminden kaynaklanan davada; Uyuşmazlık Mahkemesi 17.11.2003 tarih ve E:2003/63, K:2003/79 sayılı kararıyla; kişisel durumdaki değişiklik kapsamında bulunan tanımanın ilgililer veya noter tarafından nüfus idaresine bildirilmesinin gerekli ve yeterli olduğu; kişisel durumda sonradan meydana gelen değişikliklerin nüfus sicilindeki

yanlış bir kaydın düzeltilmesiyle bir ilgisi bulunmadığından, Medeni Kanun'un 39. ve Nüfus Kanunu'nun 11. ile 46. maddelerinde işaret edilen kayıt düzeltme davası yoluyla hükmen değil, idari işlemle yapılacağı, bu işleme karşı açılan davanın da idari yargıda görüleceğini belirtmiştir.

Bakılmakta olan dava konusu olayda da davacının, mahkeme kararı ile tespit edilen babasının isminin nüfus kütüğüne işlenmesi isteminin 1587 sayılı Nüfus Kanunu'nun 11. ve 46. maddesinde işaret edilen nüfus kütüğündeki yanlış bir kaydın düzeltilmesiyle ilgili olmadığı açıktır. Bu durumda, ... adlı şahsın davacının babası olduğunun mahkeme kararı ile tespit edilmesi sonrası, babasının adının nüfus kütüğüne işlenmesi kayıt düzeltme davası yoluyla hükmen değil, idari bir işlemle yapılacağından, bu yoldaki başvurunun reddine ilişkin işlemin iptali istemiyle açılan bu davanın 2577 sayılı Yasanın 2. ve 2576 sayılı Yasanın 5. maddesi uyarınca idare mahkemesince çözümlenmesi gerekmekte olup, davanın görüm ve çözümünün adliye mahkemelerinin görevine girdiği gerekçesiyle görev yönünden reddine ilişkin İdare Mahkemesi kararında hukuki isabet bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 49. maddesine uygun bulunan davacının temyiz isteminin kabulüne, Adana 2. İdare Mahkemesinin 28.3.2006 tarih ve E:2006/1301, K:2006/745 sayılı kararının bozulmasına, dosyanın yeniden bir karar verilmek üzere adı geçen mahkemeye iadesine, 17.11.2008 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

T.C.
D A N I Ş T A Y
Onuncu Daire
Esas No : 2006/7165
Karar No : 2008/8312

Özeti : **1-** Savcı tarafından bir kişinin kolunun mühürlenerek hastaneye sevk edilmesinden dolayı uğranılan zararın idari yargı yerinde görüleceği,
2- İdari yargı yerlerinde gerçek kişiler aleyhine açılan davalarda, gerçek kişinin hasım konumundan çıkarılarak onun yerine mahkemece tespit edilen idarenin davalı konumuna alınmasına olanak bulunmadığı, gerçek kişi yönünden davanın reddedilmesi gerektiği hakkında.

Temyiz Eden (Davacı) : ...
Karşı Taraf (Davalı) : ...
Vekili : Av. ...
İstemin Özeti : Kırıkkale İdare Mahkemesinin 5.7.2006 tarih ve E:2006/872, K:2006/1013 sayılı kararının temyizen incelenerek bozulması davacı tarafından istenilmektedir.
Savunmanın Özeti : Savunma verilmemiştir.
Danıştay Tetkik Hakimi : Yunus Çetin
Düşüncesi : Tam yargı davalarında hasım düzeltilerek dava dilekçesinin mahkemece tespit edilecek gerçek hasma tebliğ edilmesinin önünde yasal bir engel bulunmamaktadır.

Ancak, idari eylem ve işlemlerden dolayı kişisel hakları doğrudan muhtel olanlar tarafından idari yargı yerlerinde açılan tam yargı davalarında, husumetin kamu idarelerine

yöneltilmesi gerekmekte olup, idari yargı yerlerinde gerçek kişiler aleyhine açılan davaların görülmesine olanak bulunmamaktadır.

Diğer taraftan, özellikle kamu görevlilerinin idari bir tasarruf yaparken, mevzuatın, üstlendiği ödevin ve yürüttüğü hizmetin kural, usul ve gereklerine aykırı olarak, kendisine izafe edilebilecek boyutta ve biçimde, ancak gene de resmi yetki, görev ve olanaklarından yararlanarak, onları kullanarak hareket ettiği, bu nedenle de idaresinden tamamen ayrılmasını önleyen ve engelleyen eylem ve kusurları, görevle ilgili olarak işlenen "görev kusuru" niteliğinde hizmet kusurunu oluşturmaktadır.

Böyle bir durumda, zarar gören kişilerin, idarenin personeline karşı değil, onları çalıştıran idareye karşı dava açmaları gerekmektedir.

Bu halde, gerçek kişi hasım gösterilerek açılan davalarda, gerçek kişinin hasım mevkiinden çıkarılarak onun yerine, mahkemece tespit edilen idarenin davalı konumuna alınması mümkün olmadığından, ancak hasım olarak gösterilen gerçek kişinin yanında asıl davalı olması gereken idarenin de hasım konumuna alınarak uyuşmazlığın çözümlenmesi gerekmektedir.

Bu gibi durumlarda, mahkemece, gerçek kişi yönünden davanın reddedilmesi, davalı konumuna alınan idare yönünden ise, hizmet kusurunun bulunup bulunmadığının incelenmesi suretiyle uyuşmazlığın esasının çözümlenmesi gerekir.

Davacının kolunun mühürlenmesi işlemi, Cumhuriyet savcısının yargısal faaliyetlerinden ayrılabilen nitelikte bir idari işlem olup; Cumhuriyet savcılarının idari nitelikteki faaliyetlerinden doğan zararların tazmini için de hizmet kusuru ilkesi dayanılarak Adalet Bakanlığı aleyhine tam yargı davası açılması mümkündür.

Bu nedenle, Adalet Bakanlığı'nın hasım konumuna alınıp işin esasına girilerek karar verilmesi gerekirken davanın görev yönünden reddi yolunda verilen idare mahkemesi kararının bozulması gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı **:** Hüseyin Ünal Kara

Düşüncesi **:** İdare ve vergi mahkemelerince verilen kararların temyizen incelenerek bozulabilmesi için, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 49. maddesinin 1. fıkrasında belirtilen nedenlerin bulunması gerekir.

Temyiz dilekçelerinde öne sürülen hususlar, sözkonusu maddede yazılı nedenlerden hiç birisine uymadığından, istemlerin reddi ile temyiz edilen Mahkeme kararının onanmasının uygun olacağı düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Onuncu Dairesince gereği görüşüldü:

Dava, Kırşehir Cumhuriyet Savcısının, davacının kolunu mühürleyerek 10.9.2004 ile 29.9.2004 tarihleri arasında hastanelere sevk etmesi ve hastanede yaşanan olaylar nedeniyle davacının mağdur olduğundan bahisle uğranıldığı ileri sürülen maddi ve manevi zararın yasal faiziyle birlikte tazmini istemiyle açılmıştır.

İdare Mahkemesince; idari yargı yerinde açılan iptal veya tam yargı davasına bakılabilmesi için diğer dava koşullarının yanında davanın idare aleyhine açılmış olması gerektiği, idari yargı yerlerinde kamu görevlisi olan gerçek kişiler aleyhine dava açılmasına hukuken olanak bulunmadığı, kamu görevlisine karşı dava açılması durumunda, mahkemenin davacı yerine geçerek davalıda değişiklik yapması, davalı olmayan idarenin davalı konumuna getirilmesine yasal olanak bulunmadığı, öte yandan, kamu görevlisinin görev ve yetkilerini kullandığı sırada doğan zararın giderilmesi istemiyle görev kusurunu kapsayan hizmet kusuru esasına dayanılarak idari yargıda ve ancak idare aleyhine dava açılabilmesi mümkün olmakla birlikte, kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken kin, garez ve husumet gibi duygular altında hareket ederek ya da suç düzeyine ulaşan ve hizmetten ayrılabilen kişisel kusurlarından dolayı adliye mahkemelerinde tazminat davası açılabileceği, uyuşmazlıkta, tazminatın konusunu oluşturan zararın, kamu görevlisinin kasta varan şahsi kusurundan doğduğu

iddiasıyla ve doğrudan doğruya kamu görevlisine karşı dava açıldığından idarenin sorumluluğunun tespitine olanak bulunmadığı, bu nedenle uyuşmazlığın çözümünün adli yargının görevinde bulunduğu gerekçesiyle davanın görev yönünden reddine karar verilmiştir.

Davacı, hukuka aykırı olduğunu ileri sürdüğü anılan Mahkeme kararının bozulmasını istemektedir.

Anayasa'nın "Genel Esaslar" başlıklı Birinci Bölümünde, egemenliğin kayıtsız şartsız Milletin 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 savcıların idari yönden Adalet Bakanlığına bağlı olduğu hükümlerine yer verilmiştir.

Fonksiyonel bakımdan yargı organlarının, yasama ve yürütmeden ayrı olduğu, 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 savcıların verdiği kararlardan dolayı, yürütme fonksiyonu içinde yer alan Adalet Bakanlığı'nın sorumlu tutulmasına olanak bulunmamaktadır.

Ancak; savcıların 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.

Dosyanın incelenmesinden; davacının, Kırşehir Cumhuriyet Savcısı olarak görev yapan davalının kolunu mühürleyerek 10.9.2004 ile 29.9.2004 tarihleri arasında hastanelere sevk etmesi ve hastanede yaşanan olaylar nedeniyle mağdur olduğundan bahisle uğradığını ileri sürdüğü maddi ve manevi zararın yasal faiziyle birlikte tazmini istemiyle adli yargı yerinde bu davayı açtığı, adli yargıdaki yargılama aşamasında, davacı tarafından 20.000 YTL'lik tazminat talebinin 1.000 YTL'sinin çalışamamasının karşılığı, 19.000 YTL'sinin ise manevi tazminat olduğunun beyan edildiği, adli yargı yerince davanın görev yönünden reddedilmesi üzerine bakılmakta olan davanın açıldığı anlaşılmaktadır.

Bu haliyle, uyuşmazlığın çözümünde görevli yargı yerinin tespiti bakımından bir kişinin kolunun mühürlenerek hastaneye sevk edilmesinin idari bir işlem mi, yoksa adli yargıdaki yargılama sürecinin bir parçası mı olduğunun belirlenmesi gereklidir.

Adli rapor aldırılacak kişilerin sol kolunun mühürlenmesi ile ilgili uygulama Adalet Bakanlığı Ceza İşleri Genel Müdürlüğü'nün 11.1.1982 tarih ve 3-5 sayılı Genelgesine dayanmaktadır.

Olayda, davacının, Cumhuriyet Başsavcılığına belirli aralıklarla değişik tarihlerde dilekçe verdiği, sürekli aynı kişi ve konulardan bahsederek şikayet etmek şeklinde davranışta bulunduğundan bahisle ruhsal yapısının ve akli melekeleri yönünden rahatsızlığının bulunup bulunmadığının tespiti amacıyla muayenesinin yapılarak vesayet altına alınması gerektirir bir durumunun olup olmadığı yolunda bir rapor düzenlenmesi amacıyla sol kolunun mühürlenerek hastaneye gönderildiği, davacı tarafından da tazminat isteminin gerekçesinin kolunun mühürlenmesi suretiyle teşhir edilmesine dayandırıldığı anlaşılmaktadır.

Adalet Bakanlığı Ceza İşleri Genel Müdürlüğü'nün 11.1.1982 tarih ve 3-5 sayılı Genelgesiyle getirilen uygulamaya dayalı olarak davacının kolunun mühürlenmesi işlemi, Cumhuriyet savcısının yargısal faaliyetlerinden ayrılabilen nitelikte bir idari işlem olup; Cumhuriyet savcılarının idari nitelikteki faaliyetlerinden doğan zararların tazmini için de hizmet kusuru ilkesine dayanılarak Adalet Bakanlığı aleyhine tam yargı davası açılması mümkündür.

Anayasanın 125. maddesinde, idarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolunun açık olduğu belirtildikten sonra son fıkrasında, idarenin kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlü olduğu hükme bağlanmıştır.

İdare kural olarak yürüttüğü kamu hizmetiyle nedensellik bağı kurulabilen zararları tazminle yükümlü olup; idari eylem ve/veya işlemlerden doğan zararlar idare hukuku kuralları çerçevesinde, hizmet kusuru veya kusursuz sorumluluk ilkeleri gereği tazmin edilmektedir.

Zarar ile idari eylem arasında nedensellik bağının kurulabildiği hallerde idare hukuku kuralları çerçevesinde öncelikle hizmet kusurunun bulunup, bulunmadığının araştırılması, hizmet kusuru yoksa kusursuz sorumluluk ilkesine göre zararın tazmin edilip edilemiyeceğinin belirlenmesi gerekmektedir.

Öte yandan, 2577 sayılı Yasanın 2. maddesinde, idari dava türleri; iptal, tam yargı ve kamu hizmetlerinden birinin yürütülmesi için yapılan her türlü idari sözleşmelerden dolayı taraflar arasında çıkan uyuşmazlıklara ilişkin davalar olarak sayılmış; 14. maddesinde, dava dilekçelerinin ilk inceleme sırasında "idari merci tecavüzü" ve "husumet" yönlerinden de inceleneceği ve bu hususların ilk incelemeden sonra tespit edilmesi halinde de davanın her safhasında 15. madde hükmünün uygulanacağı kurala bağlanmış; 15. maddesinin (1-c) işaretli bendinde davanın hasım gösterilmeden veya yanlış hasım gösterilerek açılması halinde dava dilekçesinin mahkemece tespit edilecek gerçek hasma tebliğine karar verileceği hükme bağlanmıştır.

Aktarılan bu yasa hükümlerinin 2577 sayılı Yasada öngörülen idari dava türlerinin tümü bakımından geçerli olduğu, başka bir anlatımla, sadece iptal davalarında uygulanacak usul kuralları olmadığı kuşkusuzdur.

Görüldüğü gibi, tam yargı davalarında hasım düzeltilerek dava dilekçesinin mahkemece tespit edilecek gerçek hasma tebliğ edilmesinin önünde yasal bir engel bulunmamaktadır.

Diğer taraftan, özellikle kamu görevlilerinin idari bir tasarruf yaparken, mevzuatın, üstlendiği ödevin ve yürüttüğü hizmetin kural, usul ve gereklerine aykırı olarak, kendisine izafe edilebilecek boyutta ve biçimde, ancak gene de resmi yetki, görev ve olanaklarından yararlanarak, onları kullanarak hareket ettiği, bu nedenle de idaresinden tamamen ayrılmasını önleyen ve engelleyen eylem ve kusurları, görevle ilgili olarak işlenen "görev kusuru" niteliğinde hizmet kusurunu oluşturmaktadır.

Bu halde, zarar gören kişilerin, idarenin personeline karşı değil, onları çalıştıran idareye karşı dava açmaları gerekmektedir. Çünkü, Anayasa'nın 125. maddesinin son fıkrasında, idarenin kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlü olduğu kuralına yer verildikten sonra, 129. maddesinin 5. fıkrasında da; memurlar ve diğer kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlardan doğan tazminat davalarının kendilerine rücu edilmek kaydıyla ve kanunun gösterdiği şekil ve şartlara uygun olarak ancak idare aleyhine açılabileceği hükme bağlanmıştır.

Böyle bir durumda, gerçek kişi hasım gösterilerek açılan davalarda, gerçek kişinin hasım mevkiinden çıkarılarak onun yerine, mahkemece tespit edilen idarenin davalı konumuna alınması mümkün olmamakla birlikte; hasım olarak gösterilen gerçek kişinin yanında idarenin de hasım konumuna alınması suretiyle uyuşmazlığın çözümlenmesi yoluna gidilmelidir.

İdari yargı yerinin, gerçek kişi yönünden davayı görev yönünden reddetmesi, davalı konumuna alınan idare yönünden ise, yukarıda aktarılan açıklamalar doğrultusunda tazmin sorumluluğunun bulunup bulunmadığını inceleyerek uyuşmazlığın esasını çözümlemesi gerekmektedir.

Esasen, ilk olarak adli yargı yerinde açılan bu davada, Kırşehir Asliye 2. Hukuk Mahkemesinin 29.4.2006 tarih ve E:2005/41, K:2006/51 sayılı kararıyla, Kırşehir Cumhuriyet Savcısının, davacının kolunu mühürleyerek rapora göndermesi işleminin idari nitelikte bir

işlem olduğu, maddi ve manevi tazminat isteminin bu işlemden kaynaklandığı bu nedenle uyuşmazlığın çözümünde idare mahkemesinin görevli olduğu gerekçesiyle mahkemelerinin görevsizliğine karar verilmiştir.

Bakılan davada, hizmetin yürütülmesinde hizmet kusuru bulunduğuna yönelik iddialarının olması, davacının kolunun mühürlenmesi işleminin idari nitelik taşıması nedeniyle, Adalet Bakanlığının dava dilekçesinde "davalı" olarak gösterilen kişinin yanında hasım konumuna alınarak, dosyanın Adalet Bakanlığı yönünden tekemmül ettirildikten sonra karar verilmesi ve İdari Yargılama Usulü Kanununa göre gerçek kişiler aleyhine açılan davaların idari yargı yerlerinde görülüp çözümlenmesi mümkün olmadığından bu konuda ayrıca bir karar verilmesi gereklidir.

Dolayısıyla, davanın görev yönünden reddi yolunda verilen idare mahkemesi kararında hukuki isabet bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle, davacının temyiz isteminin kabulüyle, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 49. maddesi uyarınca Kırıkkale İdare Mahkemesinin 5.7.2006 tarih ve E:2006/872, K:2006/1013 sayılı kararının yukarıda belirtilen gerekçeyle bozulmasına, 26.11.2008 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

T.C.
D A N I Ş T A Y
Onuncu Daire
Esas No : 2008/7771
Karar No : 2009/109

Özeti : Enerji nakil hattı yerinin değiştirilmesi için yapılan başvurunun reddi yolundaki işlemin, kesin ve yürütülmesi zorunlu nitelikte bir işlem olduğu hakkında.

Temyiz Eden (Davacı) **:** ...
Karşı Taraf (Davalı) **:** TEDAŞ Genel Müdürlüğü
Vekili **:** Av. ...
İstemin Özeti **:** Trabzon İdare Mahkemesince, davanın incelenmeksizin reddi yolunda verilen 11.6.2008 tarih ve E:2008/693, K:2008/753 kararın temyizen incelenip davacı tarafından istenilmektedir.
Savunmanın Özeti **:** Yerinde olmadığı ileri sürülen temyiz isteminin reddi gerektiği savunulmaktadır.
Danıştay Tetkik Hakimi **:** Yunus Çetin
Düşüncesi **:** Dava konusu işlem kesin ve yürütülebilir nitelikte, davacı açısından icrai sonuçları bulunan bir işlem olduğundan, davanın incelenmeksizin reddi yolunda verilen Mahkeme kararının bozulması gerektiği düşünülmektedir.
Danıştay Savcısı **:** Yalçın Macar
Düşüncesi **:** Enerji nakil hattının yerinin değişitirilmesi için yapılan başvurunun reddi yolundaki işlemin, idari davaya konu olabilecek, kesin ve yürütülmesi zorunlu nitelikte bir idari işlem olduğu sonucuna ulaşıldığından, davacının temyiz isteminin kabulü ile davanın incelenmeksizin reddi yolunda verilen İdare Mahkemesi kararının bozulması gerektiği düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Onuncu Dairesince, dosyanın tekemmül ettiği anlaşılmakla, yürütmenin durdurulması istemi hakkında karar verilmeyerek, işin esasına geçilip, gereği görüşüldü:

Dava; Trabzon İli, Sürmene İlçesi, Yemişli Mahallesi'nde bulunan ... numaralı parselin hissedarı olan davacının, taşınmazın bulunduğu alanı da kapsayan Arsin-Sürmene 2x477 MCM İletkenli Enerji Nakil Hattının, güzergahının değiştirilmesi isteminin reddine ilişkin 9.4.2008 tarih ve 949 sayılı işlemin iptali istemiyle açılmıştır.

Trabzon İdare Mahkemesince, 2008 yılı içerisinde tesis çalışmalarına başlanılması planlanan enerji nakil hattı projesinin kamulaştırma haritalarının hazırlandığı, ancak henüz kamulaştırma işlemlerine başlanılmadığı, bu haliyle ortada dava konusu edilebilecek bir kamulaştırma işlemi bulunmadığı, iptali istenilen projenin de kesin ve yürütülmesi gereken bir işlem niteliğinin bulunmadığı gerekçesiyle davanın incelenmeksizin reddine karar verilmiştir.

Davacı tarafından, hukuka aykırı olduğu ileri sürülen Mahkeme kararının temyizen incelenerek bozulması istenilmektedir.

Kesin ve yürütülmesi zorunlu, idari davaya konu edilebilecek işlemler, idarelerin kamu gücüne dayanarak tek yanlı irade beyanıyla tesis ettikleri, hukuk düzeninde değişiklik yapan, başka bir deyişle ilgililerin hukukunu etkileyen işlemlerdir.

Dosyanın incelenmesinden, Türkiye Elektrik Dağıtım A.Ş. Genel Müdürlüğü'nce, Arsin-Sürmene 2x477 MCM İletkenli Enerji Nakil Hattının projelendirme çalışmalarının yapıldığı, projeye göre Sürmene İlçesi, Yemişli Mahallesi'nde kalan kısmındaki demir direk yerlerinin arazide tespit edilerek koordinatlandırıldığı, davacı tarafından, projedeki demir direklerden birinin ayağının hissedarı bulunuğu taşınmaza isabet ettiği, hattın, evinin 21 m uzağından geçtiği, bunun tehlikeli ve zararlı olduğu ileri sürülerek hattın güzergahının değiştirilmesi için yapılan başvurunun reddedilmesi üzerine bakılmakta olan bu davanın açıldığı anlaşılmaktadır.

İdarece onaylanan ve kesinleşen enerji nakil hattı projesi, kesin ve yürütülmesi zorunlu bir idari işlem olup, kamulaştırma işlemlerinden ayrılabilen bu işlemin yargısal denetimi, kamu yararı ve hizmet gerekleri göz önünde bulundurularak bu ilkelere uygun çalışma yapılıp yapılmadığının tespiti ile sağlanmaktadır.

Proje çalışması tamamlanan enerji nakil hatlarıyla ilgili olarak yapılacak kamulaştırma işlemleri ise, projelerden ayrılan ve Kamulaştırma Kanunu çerçevesinde çözümlenecek ayrı bir işlem olduğundan, kesinleşen projelere karşı açılacak davalarda işin esasına girilerek bir karar verilmesi gerekmektedir.

Bu itibarla, davanın esasına girilerek bir karar verilmesi gerekirken, işlemin idari davaya konu edilebilecek nitelikte olmadığı gerekçesiyle davanın incelenmeksizin reddi yolunda verilen temyize konu kararda hukuka uyarlık görülmemiştir.

Açıklanan nedenle, 2577 sayılı Yasanın 49. maddesine uygun bulunan davacının temyiz isteminin kabulüne, Trabzon İdare Mahkemesi'nin 11.6.2008 tarih ve E:2008/693, K:2008/753 sayılı kararının bozulmasına, dava dosyasının yeniden bir karar verilmek üzere anılan idare mahkemesine gönderilmesine, yürütmenin durdurulması istemi hakkında bir karar verilmediğinden 22,90 TL harcın istemi halinde davacıya iadesine, 26.1.2009 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

T.C.
D A N I Ş T A Y
Onuncu Daire
Esas No : 2006/5626
Karar No : 2009/768

Özeti : Faks cihazı (belgegeçer) veya internet ve benzeri elektronik ortamlar aracılığıyla dava ve temyiz dilekçelerinin 4. maddede sayılan yerlere gönderilmek suretiyle, dava açılmasına veya temyiz isteminde bulunulmasına hukuki olanak bulunmadığı hakkında.

Temyiz Eden (Davacılar): 1- ..., 2- ..., 3- ...
Vekili **:** Av. ...
Karşı Taraf (Davalı) **:** İçişleri Bakanlığı
İstemin Özeti **:** Yola döşenen mayının patlaması sonucunda %50 oranında sakat kalan ...'nin kendisi ile anne ve babası olan davacılar tarafından, 50.000 TL maddi, 150.000 TL manevi tazminatın ödenmesi istemiyle açılan dava sonucunda, Diyarbakır 1. İdare Mahkemesince, davanın süre aşımı yönünden reddi yolunda verilen 10.11.2005 tarih ve E:2004/571, K:2005/1956 sayılı kararın davacılar tarafından temyiz edildiği, temyiz gideri olarak eksik yatırılan 8.10 TL harç ve 30.00 TL posta ücretinin 15 gün içinde tamamlanmasının istenilmesine ilişkin 3.4.2006 tarihli yazının, 11.4.2006 tarihinde davacılar vekiline tebliğ edildiği, bu süre içinde sözü edilen eksikliğin tamamlanmaması nedeniyle adı geçen mahkemece kararın temyiz edilmemiş sayılması yolunda verilen 27.6.2006 tarih ve E:2004/571, K:2005/1956, Temyiz No:2006/56 sayılı kararın, davacılar tarafından temyizen incelenerek bozulması istenilmektedir.
Savunmanın Özeti **:** Cevap verilmemiştir.
Danıştay Tetkik Hakimi : Erkan Yılmaz
Düşüncesi **:** Faks cihazı (belgegeçer) veya internet ve benzeri elektronik ortamlar aracılığıyla gönderilen temyiz dilekçesi ile temyiz isteminde bulunulmasına hukuki olanak bulunmadığından, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 48. maddesinin 2. fıkrası uyarınca Diyarbakır 1. İdare Mahkemesinin 27.6.2006 tarih ve E:2004/571, K:2005/1956, Temyiz No:2006/56 sayılı kararının, temyiz edilmemiş sayılmasına karar verilmesi gerektiği düşünülmektedir.
Danıştay Savcısı **:** Nevzat Özgür
Düşüncesi **:** Eksik yatırılan harç ve posta ücretinin tamamlanmasına ilişkin yazının davacı vekiline 11.4.2006 tarihinde tebliğ edildiği ve istenen tutarın, davacı vekili tarafından posta havalesi ile Mahkemeye aynı gün gönderildiği dosyanın incelenmesinden anlaşıldığından, 2577 sayılı Kanunun 48. maddesinin (6) numaralı fıkrasında öngörülen koşulların oluşmamış bulunması itibariyle temyizden vazgeçilmiş sayılmasına ilişkin olarak İdare Mahkemesince verilen kararın bozulmasının uygun olacağı düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Onuncu Dairesince, gereği görüşüldü :

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 3. maddesinde; idari davaların, Danıştay, İdare Mahkemesi ve Vergi Mahkemesi Başkanlıklarına hitaben yazılmış imzalı ve karşı taraf sayısından bir fazla olacak şekilde düzenlenmiş dilekçelerle açılacağı; 48. maddenin 1. fıkrasında, temyiz istemlerinin Danıştay Başkanlığına hitaben yazılmış dilekçeler ile yapılacağı; 2. fıkrasında, temyiz dilekçelerinin 3 üncü madde esaslarına göre

düzenleneceği, temyiz dilekçesi bu maddeye uygun olarak düzenlenmemiş ise, tespit edilen eksikliklerin onbeş gün içinde tamamlatılması hususunun, kararı veren Danıştay veya mahkemece ilgiliye tebliğ edileceği, bu süre içinde eksikliklerin tamamlanmaması halinde, temyiz isteminde bulunulmamış sayılmasına Danıştay veya mahkemece karar verileceği; 3. fıkrasında, temyiz dilekçelerinin, ilgisine göre kararı veren mahkemeye, Danıştaya veya 4 üncü maddede belirtilen mercilere verileceği ve kararı veren mahkeme veya Danıştayca karşı tarafa tebliğ edileceği kuralı yer almıştır.

2577 sayılı Yasanın 48. maddesinin 3. fıkrasının atıfta bulunduğu aynı Yasanın 4. maddesinde ise, dilekçeler ve savunmaların, davalara ilişkin her türlü evrakın, Danıştay veya ait olduğu mahkeme başkanlıklarına veya bunlara gönderilmek üzere idare veya vergi mahkemesi başkanlıklarına, idare ve vergi mahkemesi bulunmayan yerlerde asliye hukuk hakimliklerine veya yabancı memleketlerde Türk Konsolosluklarına verilebileceği kurala bağlanmıştır.

Yukarıda aktarılan Yasa hükümlerine göre, dava ve temyiz dilekçelerinin (kararın düzeltilmesi ve yargılamanın yenilenmesi dilekçeleri de dahil) 2577 sayılı Yasanın 3. maddesine uygun olarak kağıt ortamında hazırlanmış ve imzalanmış olması, bu şekilde hazırlanmış ve imzalanmış dava ve temyiz dilekçelerinin aynı Yasanın 4. maddesinde sayılan yerlere verilmesi zorunludur. Bir başka anlatımla, faks cihazı (belgegeçer) veya internet ve benzeri elektronik ortamlar aracılığıyla dava ve temyiz dilekçelerinin 4. maddede sayılan yerlere gönderilmek suretiyle dava açılmasına veya temyiz isteminde bulunulmasına hukuki olanak görülmemektedir.

Dosyanın incelenmesinden, Diyarbakır 1. İdare Mahkemesince, kararın temyiz edilmemiş sayılması yolunda verilen 27.6.2006 tarih ve E:2004/571, K:2005/1956, Temyiz No:2006/56 sayılı kararın temyiz edilmesine ilişkin dilekçenin, faks yoluyla adı geçen mahkemeye gönderilmek suretiyle temyiz isteminde bulunulduğu anlaşılmaktadır.

Bu durumda, yukarıda yapılan açıklama ve değinilen yasal düzenlemeye göre, davacıların temyiz iradesini ortaya koyan ve hukuken kabul edilebilir bir temyiz dilekçesi bulunmadığı gibi, faks cihazıyla gönderilen temyiz dilekçesindeki eksikliklerin giderilmesine, bu şekilde gönderilen dilekçe ile temyiz isteminde bulunulmasına hukuki olanak bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 48. maddesinin 2. fıkrası uyarınca Diyarbakır 1. İdare Mahkemesinin 27.6.2006 tarih ve E:2004/571, K:2005/1956, Temyiz No:2006/56 sayılı kararının, Temyiz edilmemiş sayılmasına, dosyanın adı geçen mahkemeye gönderilmesine, 9.2.2009 tarihinde oybirliği ile karar verildi.

ONBİRİNCİ DAİRE KARARLARI

DUL – YETİM VE ŞEHİT AYLIKLARI

T.C.
D A N I Ş T A Y
Onbirinci Daire
Esas No : 2007/9049
Karar No : 2008/9916

Özeti : Askeri öğrenci olanlar 5434 sayılı Emekli Sandığı Kanunu'nun 12. maddesi uyarınca; Emekli Sandığı iştirakçisi olmalarına rağmen, aynı Kanunun 99. maddesinde öngörülen emeklilik hakkı tanınan bir vazifeye tayin edilenler kapsamında değerlendirilemeyeceklerinden, yetim aylıklarının kesilemeyeceği hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan Taraflar:
1- : (Davacı) : ...
Vekili : Av. ...
2- : Sosyal Güvenlik Kurumu Başkanlığı
(T.C.Emekli Sandığı Genel Müdürlüğü)
Vekili : Av. ...
Diğer Davacı : ...
Vekili : Av. ...

İsteğin Özeti : Vefat eden murislerinden dolayı dul ve yetim aylığı alan davacılardan, yetim aylığı alan ...'nin GATA öğrencisi, dolayısıyla Sandık iştirakçisi olması ve bu nedenle 5434 sayılı Emekli Sandığı Kanununun 99. maddesi hükmü uyarınca "emeklilik hakkı tanınan bir vazifeye tayin edilenler" kapsamında bulunması nedeniyle yersiz bağlandığı öne sürülen yetim aylığının kesilerek adına borç çıkarılmasına ve bu borcun dul aylığı alan anne ...'nin aylığından kesilmesine ilişkin işlemin iptali ile ödenmeyen aylıklar ile istirdat edilen tutarın yasal faiziyle birlikte ödenmesine karar verilmesi istemiyle açılan davada, Ankara 13. İdare Mahkemesinin 24.5.2007 gün ve E:2006/353, K:2007/720 sayılı kararıyla; 5434 sayılı Kanunun 99 ve 121. maddeleri uyarınca, Sandık iştirakçisi olduğu anlaşılan ...'nin yetim aylığının kesilmesine ve geriye doğru 5 yıllık süre içinde yapılan ödemelerin adına borç çıkarılmasına ilişkin kısmı yönünden davanın reddine, dava konusu işlemin, geriye doğru 5 yıllık süreyi aşan ödemeler ile söz konusu borcun davacılardan ...'nin aylığından kesilmesine ilişkin kısmının iptaline, adı geçenin aylıklarından yapılan kesintilerin yasal faiziyle birlikte ödenmesine (iadesine) hükmedilmiştir. Davacılardan ... ve davalı idare tarafından mahkeme kararının, aleyhlerine ilişkin kısmı yönünden hukuka aykırı olduğu ileri sürülerek bozulması istenilmektedir.

Savunmanın Özeti : Taraflarca istemin reddi gerektiği savunulmaktadır.

Danıştay Tetkik Hakimi : Abdurrahman Şimşeksoy

Düşüncesi : Davalı idare temyiz dilekçesinde ileri sürülen iddialar, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulu Kanununun 49. maddesinin 1. fıkrasında sayılan bozma nedenlerine uymadığından, temyiz isteminin reddi ile mahkeme kararının iptal ve kabule ilişkin kısmının bozulmasını gerektirecek nitelikte görülmemiştir.

Davacılar vekilinin temyiz istemine gelince;

Vefat eden babasından yetim aylığı alan davacı ...'in GATA öğrencisi olması ve bu nedenle 5434 sayılı Emekli Sandığı Kanununun 12. maddesi hükmü gereğince Sandık iştirakçisi bulunması; aynı Kanunun 99. maddesi hükmü uyarınca, emeklilik hakkı tanınan bir vazifeye tayin edilmiş biri konumunda olduğu sonucu çıkarılamıyacağından, yetim aylığının kesilerek adına borç çıkarılmasında hukuka uyarlık bulunmamıştır.

Açıklanan nedenlerle, mahkeme kararının, davanın reddine ilişkin hüküm fıkrasının 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 dilekçelerinde öne sürülen hususlar, söz konusu maddede yazılı nedenlerden hiçbirisine uymadığından, taraflar temyiz istemlerinin reddi ile temyiz edilen Mahkeme kararının onanmasının uygun olacağı düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Onbirinci Dairesince işin gereği görüşüldü:

Davalı idare tarafından, temyiz dilekçesinde ileri sürülen iddialar, mahkeme kararının; iptal ve kabule ilişkin hüküm fıkrasının bozulmasını gerektirecek nitelikte görülmemiştir.

Davacı vekilinin temyiz istemine gelince;

5434 sayılı Emekli Sandığı Kanununun, 12-II/j maddesinde, Harp Okulları ile fakülte ve yüksek okullarda Silahlı Kuvvetler hesabına okuyan veya kendi hesabına okumakta iken askeri öğrenci olanların Sandık iştirakçisi oldukları, 74. maddesinde, ölüm tarihinde (18) yaşını, yüksek öğrenim yapmakta ise (25) yaşını doldurmamış erkek çocuklara, vefat eden anne veya babalarından dolayı yetim aylığı bağlanacağının öngörüldüğü, aynı kanunun 99. maddesinin 1. fıkrasında ise, " .....yetim aylığı,.....alanlardan; hiçbir şarta bağlı olmaksızın emeklilik hakkı tanınan vazifelere tayin edilenlerin, aylıklarının tamamı, bu vazifelere tayinleri tarihini takip eden ay başından itibaren kesilir....." hükmü yer almıştır.

Dosyanın incelenmesinden, yetim aylığı alan davacı ...'nin, babasının ölüm tarihi itibariyle GATA Askeri Tıp Fakültesi öğrencisi olması nedeniyle Sandık iştirakçisi olduğu ve bu nedenle 5434 sayılı Emekli Sandığı Kanununun 99. maddesi hükmü uyarınca "emeklilik hakkı tanınan bir vazifeye tayin edilenler" kapsamında bulunduğu, dolayısıyla aylık bağlanamıyacak biri konumunda olduğundan bahisle, yersiz olarak bağlandığı öne sürülen yetim aylığı kesilerek adına borç çıkarılması ve bu borcun dul aylığı alan anne ...'nin aylığından kesilmesi üzerine bakılan davanın açıldığı anlaşılmaktadır.

Yukarıda yer verilen kanun hükümlerinin birlikte incelenmesinden, yetim aylığı alan ...'nin askeri öğrenci olması nedeniyle 5434 sayılı Emekli Sandığı Kanununun 12-II/j maddesi uyarınca Sandık iştirakçisi olması, aynı Kanunun 99. maddesinde düzenlenen "emeklilik hakkı tanınan bir vazifeye tayin edilenler" kapsamında değerlendirilmesine olanak tanımaz.

Bu durumda, yüksek öğrenim öğrencisi olan ve işlem tarihi itibariyle 25 yaşını doldurmadığı, dolayısıyla aylık bağlanma koşullarını taşıdığı anlaşılan davacının, "emeklilik hakkı tanınan bir vazifeye tayin edilenler" kapsamında bulunduğundan bahisle yetim aylığının kesilerek adına borç çıkarılmasına ilişkin işlemde ve bu işlemin iptali istemiyle açılan davanın reddi yolundaki idare mahkemesi kararında hukuki isabet görülmemiştir.

Açıklanan nedenle, davalı idare temyiz isteminin reddi ile Ankara 13. İdare Mahkemesinin 24.5.2007 gün ve E:2006/353, K:2007/720 sayılı kararının; dava konusu işlemin kısmen iptali ile davacılardan ...'nin aylıklarından yapılan kesintilerin yasal faiziyle birlikte ödenmesine ilişkin kısmının onanmasına, davacı vekili temyiz isteminin ise kabulü ile davacılardan ...'in yetim aylığının kesilerek adına borç çıkarılmasına ilişkin kısmının

bozulmasına, kararın bozulan kısmı yönüden yeniden bir karar verilmek üzere dosyanın adı geçen mahkemeye gönderilmesine, davalı idarece yapılan temyiz giderlerinin üzerinde bırakılmasına, kararın onamaya ilişkin kısmı yönünden oybirliği, bozmaya ilişkin kısmı yönünden ise oyçokluğu ile 2.12.2008 tarihinde karar verildi.

KARŞI OY

X- Davacı vekili temyiz dilekçesinde ileri sürülen iddialar, mahkeme kararının davanın reddi ile davacılardan ...'in yetim aylığının kesilerek adına borç çıkarılmasına ilişkin hüküm fıkrasının bozulmasını sağlayacak nitelikte bulunmadığından, temyiz isteminin reddi ile kararın bu kısmının da onanması gerektiği görüşüyle Daire kararının bozmaya ilişkin kısmına karşıyım.

EMEKLİLİK VE EMEKLİ SANDIĞI İŞLERİ

T.C.
D A N I Ş T A Y
Onbirinci Daire
Esas No : 2005/1205
Karar No : 2008/1877

Özeti : Memuriyete atandığı tarihte mevcut olan sakatlığı idarece bilinmesine rağmen özürlü kontenjanından yararlandırılarak atanmamış olanların da, 5434 sayılı Emekli Sandığı Kanunu'nun 39/j maddesine göre emekliye sevk edilmeleri gerektiği hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunanlar (Davalılar) :
1-Ankara Valiliği
2-Sosyal Güvenlik Kurumu Başkanlığı
…(T.C. Emekli Sandığı Genel Müdürlüğü)
Vekili : Av. ...
Karşı Taraf (Davacı) : …
Vekili : Av. …
İsteğin Özeti : … Kız Meslek ve Anadolu Meslek Lisesinde hizmetli olarak görev yapan davacının 5434 sayılı Yasanın 39. maddesinin (j) bendi uyarınca emekliye sevk edilme istemiyle yaptığı başvurunun cevap verilmeyerek reddine ilişkin işlemin iptali istemiyle açtığı davada, Ankara 11. İdare Mahkemesinin 29.12.2004 gün ve E:2003/1640, K:2004/1670 sayılı kararıyla, dosyanın incelenmesinden, 27.12.1983 tarihinde Sandığa tabi göreve atanan davacının … Kız Meslek ve Anadolu Kız Meslek Lisesinde görev yapmakta iken 5434 sayılı Yasanın 39/j maddesi uyarınca emekliye ayrılmak için yaptığı başvurunun zımnen reddi üzerine açılan davada, davacının talebinin 657 sayılı Yasanın 53. maddesi ve bu maddeye istinaden çıkarılan Yönetmelik uyarınca atamasının yapılmamış olması nedeniyle reddedildiğinin anlaşıldığı, uyuşmazlık konusu olayda, özürlü (sağır-dilsiz) ve çalışma gücü kaybının %50 oranında olduğu sağlık kurulu raporuyla belgeli olan ve 27.12.1983 tarihinde Sandığa tabi göreve başlayan davacının 5434 sayılı Yasanın 39/j maddesinde öngörülen 15 yıl fiili hizmet koşulunu taşıdığı, 5434 sayılı Yasanın Ek Geçici 22. maddesi ile sakatlarla ilgili mevzuattan yararlanmaksızın Sandığa tabi göreve atanan kişilerin de 5434 sayılı Kanunun 39/j maddesi hükmünden yararlanması imkanının getirilmesi karşısında, davacının emekliye ayrılma isteminin kabulü gerekirken aksi yönde tesis edilen işlemde hukuka uyarlık

bulunmadığı gerekçesiyle dava konusu işlemin iptaline karar verilmiştir. Davalı idareler tarafından, hukuka ve ilgili mevzuata aykırı olduğu ileri sürülerek idare mahkemesi kararının temyizen incelenerek bozulması istenilmektedir.

Savunmanın Özeti : Temyiz isteminin reddi gerektiği savunulmaktadır.

Danıştay Tetkik Hakimi : Füsun 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 : H.Hüseyin Tok

Düşüncesi : … Kız Meslek ve Anadolu Meslek lisesinde hizmetli olarak görev yapan davacının 5434 sayılı Kanunun 39/j maddesi uyarınca emekliye sevk edilmesi istemiyle yaptığı başvurusunun zımnen reddine ilişkin işlemin iptali talebiyle açılan davada; işlemin iptaline dair idare mahkemesi kararı temyiz edilmektedir.

5434 sayılı Emekli Sandığı Kanununun 5335 sayılı Kanunun 3 üncü maddesi ile değişik 39 uncu maddesinin (J) bendinde; göreve girişlerinde Özürlülere Verilecek Sağlık Kurulu Raporları Hakkında Yönetmeliğe uygun olarak alınmış ve raporda sakatlık oranı en az %40 olanlardan fiili hizmeti 15 yıl olanların istekleri üzerine emekli aylığı bağlanacağı hükmüne yer verilmiş, 1475 sayılı İş Kanununun 25 inci maddesine göre çıkarılan Sakatların ve Eski Hükümlülerin Çalıştırılmaları Hakkındaki yönetmeliğin Geçici 1 inci maddesinde de, işyeri ve kuruluşların çalışmakta olan sakat ve eski hükümlüleri bu yönetmeliğin değiştirilerek yürürlüğe girdiği tarihten itibaren 60 gün içinde Sosyal Sigortalar Kurumunun Şube ve Bürolarına göndererek gerekli işlemleri yapmakla sorumlu oldukları, bu işlemlerin yapılarak Sosyal Sigortalar Kurumuna tescil edildikten sonra bu yönetmelik hükümlerine göre sakat ve eski hükümlü sayılacakları belirtilmiştir.

Dava konusu olayda ise, davacının göreve başladıktan sonra yukarıda belirtilen kanun ve yönetmelik hükümlerine göre sakat olarak tescilinin yapılması konusunda bir talebinin olmadığı gibi, görev yaptığı tarihlerde % 40 sakat olduğunu gösteren sağlık kurulu raporu da ibraz etmediği, görevini talep tarihine kadar genel hükümlere göre sürdürdüğü anlaşıldığından, 5439 sayılı kanunun 39/j maddesinden yararlanılarak emekli aylığı bağlanması mümkün bulunmamakla, idarece tesis edilen işlemde hukuka aykırılık görülmemiştir.

Açıklanan nedenle temyiz isteminin kabulü ile idare mahkemesi kararının bozulması gerektiği düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Onbirinci Dairesince işin gereği görüşüldü:

Dava, … Kız Meslek ve Anadolu Meslek Lisesinde hizmetli olarak görev yapan davacı tarafından, 5434 sayılı Yasanın 39. maddesinin (j) bendi uyarınca emekliye sevk edilme istemiyle yaptığı başvurunun cevap verilmeyerek reddine ilişkin işlemin iptali istemiyle açılmıştır.

5434 sayılı T.C. Emekli Sandığı Kanununun "Emekli Aylığı Bağlanacak Haller" başlığını taşıyan 39. maddesinin (j) fıkrasında, sakatlıkları sebebiyle ilgili mevzuat uyarınca göreve alınanlardan en az 15 yıl fiili hizmeti bulunanların istekleri üzerine emekli aylığı bağlanacağı hükmüne yer verilmiştir.

22.9.1983 tarihinde yürürlüğe giren 2889 sayılı Kanunla 5434 sayılı Emekli Sandığı Kanununa eklenen Ek Geçici 22. maddede ise, sakat olup sakatlarla ilgili mevzuattan yararlanmaksızın ve 1475 sayılı İş Kanununun 25. maddesine göre tescili yapılmaksızın Emekli Sandığına tabi görevlere girenlerin de 5434 sayılı Kanunun 39/j maddesi hükmünden yararlanabilecekleri hükme bağlanmıştır.

657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 12.2.1982 gün ve 2595 sayılı Kanunun 3. maddesiyle yeniden düzenlenen "sakatların devlet memurluğuna alınmaları" başlığını taşıyan

ve dava tarihinde yürürlükte bulunan 53. maddesinin 1. fıkrasında ise, Sakatların Devlet memurluğuna alınma şartları ile hangi işlerde çalıştırılacakları, Maliye, Sağlık ve Sosyal Yardım, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlıkları ile Devlet Personel Başkanlığınca müştereken hazırlanacak yönetmelikle düzenlenir."hükmüne yer verilmiştir.

Anılan madde uyarınca 27.7.1983 gün ve 18117 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe konulan Sakatların Devlet Memurluğuna Alınma Şartları ile Hangi İşlerde Çalıştırılacakları Hakkında Yönetmeliğin davacının göreve başladığı 27.12.1983 tarihinde yürürlükte olan "Sakat Kadroların Bildirilmesi " başlıklı 6. maddesinde ise, kurum ve kuruluşların çalıştırmak zorunda oldukları sakat eleman sayısı ile bunları hangi kadrolarda çalıştıracaklarını, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunun 2670 sayılı kanunla değişik 50. maddesine göre çıkarılan İlk Defa Devlet Memurluğuna Atanacaklara Uygulanacak Sınav Yönetmeliğinin 39. maddesi hükmü gereğince Devlet Personel Dairesi ile İş ve İşçi Bulma Kurumuna bildireceği, İş ve İşçi Bulma Kurumunun , bu kadrolara durumları uyan sakatların sınava girmelerini sağlayacağı, ayrıca münhal kadrolara atanan veya işten ayrılan sakatların, takip ve kontrolü için bir ay içinde İş ve İşçi Bulma Kurumuna bildirileceği kuralına yer verilmiş, 7. maddesinde de sakatlar için ayrılan kadrolara 657 sayılı Yasanın değişik 41 ve 48. maddelerinde belirtilen şartlar dikkate alınarak sınavla atama yapılacağı kurala bağlanmıştır.

Dosyanın incelenmesinden, davacının işgücü kaybının %40 olduğuna dair Ankara Numune Hastanesinden 18.2.1983 tarihinde rapor aldığı ve İş ve İşçi Bulma Kurumuna kayıtlı olması nedeniyle İş ve İşçi Bulma Kurumunun daveti üzerine Milli Eğitim Bakanlığı Personel Genel Müdürlüğünün 18.11.1983 tarihli Kamu Kurum ve Kuruluşlarında Çalıştırılacak Sakatlarla İlgili Genelge uyarınca açılan sınava katılarak, sınavı kazanması üzerine 27.12.1983 tarihinde atamasının yapıldığı, davacının 1984 yılından itibaren 193 sayılı Gelir Vergisi Kanununun 31. maddesi uyarınca 3. derece sakat indiriminden yararlandığı, Ankara Numune Hastanesinden almış olduğu 25.12.1998 tarihli raporda ise işgücü kaybının %50 olduğunun belirtildiği, davacının 21.7.2003 tarihli dilekçesi ile 5434 sayılı Yasanın 39/j maddesinden yararlandırılarak emekli olmak için yaptığı başvurunun, davacının atamasının özürlü kadrosundan yapılmaması ve genel hükümler uyarınca görevine devam etmiş olması nedeniyle reddedilmesi üzerine bakılmakta olan davanın açıldığı ve Ankara 11. İdare Mahkemesinin 29.12.2004 gün ve E:2003/1640, K:2004/1670 sayılı kararıyla, 5434 sayılı Yasanın Ek Geçici 22. maddesi uyarınca sakatlarla ilgili mevzuattan yararlanmaksızın Sandığa tabi göreve atanan kişilerin de 5434 sayılı Kanunun 39/j maddesi hükmünden yararlanması imkanının getirilmesi karşısında, davacının emekliye ayrılma isteminin kabulü gerekirken aksi yönde tesis edilen işlemde hukuka uyarlık bulunmadığı gerekçesiyle dava konusu işlemin iptaline karar verildiği anlaşılmaktadır.

Yukarıda yer verilen mevzuat hükümlerinin birlikte değerlendirilmesinden, 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 53. maddesi ve bu madde hükmü uyarınca yürürlüğe konulan Yönetmelik hükümlerinde yer verilen usul ve yönteme göre göreve başlatılan personelin, 5434 sayılı Kanunun 39/j maddesi hükmünden yararlanabilecekleri, 2889 sayılı Kanunla getirilen düzenlemenin ise, geçici mahiyette olduğu ve ancak bu Kanunun yürürlük tarihinden önce ilgili mevzuat hükümlerinden yararlanmaksızın göreve başlatılanları kapsadığı, nitekim 5434 sayılı Kanunun 39/j maddesinde bir değişiklik yapılmamış olmasının ve 2889 sayılı Kanunla getirilen düzenlemenin 5434 sayılı Kanuna "ek geçici madde" olarak eklenmesinin de bunu teyit ettiği sonucuna ulaşılmaktadır.

Olayda ise, 2889 sayılı Kanunun yürürlük tarihinden sonra 27.12.1983 tarihinde göreve başlayan davacının, bu kanunla 5434 sayılı Kanuna eklenen Ek Geçici 22. maddeden yararlandırılarak emekliye ayrılmasına olanak bulunmamakla birlikte, davacının yukarıda anılan yasa ve yönetmelik kuralları uyarınca İş ve İşçi Bulma Kurumunun daveti üzerine sakatlar için Milli Eğitim Bakanlığınca açılan sınava girerek göreve başladığı ve göreve başladığı tarih itibariyle sakatlığının %40 oranında olduğunun sabit olduğu, çalıştığı kurumca,

özürlüler için açılan sınavı kazanan davacının atamasının sehven sakat kadrosundan yapılmamış olmasının kusurunun davacıya yüklenmesinin mümkün olmadığı dikkate alındığında, 5434 sayılı Yasanın 39/(j) maddesinde öngörülen şartlara haiz olan davacının talebinin reddi yolunda tesis edilen işlemde hukuka uyarlık bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenle, davalı idarelerin temyiz isteminin reddi ile, Ankara 11. İdare Mahkemesinin 29.12.2004 gün ve E:2003/1640, K:2004/1670 sayılı kararının yukarıda belirtilen gerekçe ile onanmasına, gereksiz olarak alınan 17.00.- YTL temyiz başvuru harcının istemi halinde davalı idarelerden Sosyal Güvenlik Kurumu Başkanlığına(devredilen T.C. Emekli Sandığı Genel Müdürlüğüne) iadesine, temyiz giderlerinin istemde bulunan davalı idareler üzerinde bırakılmasına, 27.2.2008 tarihinde oyçokluğu ile karar verildi.

AZLIK OYU

X- Dava, … Kız Meslek ve Anadolu Meslek Lisesinde hizmetli olarak görev yapan davacı tarafından, 5434 sayılı Yasanın 39. maddesinin (j) bendi uyarınca emekliye sevk edilme istemiyle yaptığı başvurunun cevap verilmeyerek reddine ilişkin işlemin iptali istemiyle açılmıştır.

5434 sayılı T.C. Emekli Sandığı Kanununun "Emekli Aylığı Bağlanacak Haller" başlığını taşıyan 39. maddesinin (j) fıkrasında, sakatlıkları sebebiyle ilgili mevzuat uyarınca göreve alınanlardan en az 15 yıl fiili hizmeti bulunanların istekleri üzerine emekli aylığı bağlanacağı hükmüne yer verilmiş, 22.9.1983 tarihinde yürürlüğe giren 2889 sayılı Kanunla 5434 sayılı Emekli Sandığı Kanununun ek geçici 22. maddesinde ise, sakat olup sakatlarla ilgili mevzuattan yararlanmaksızın ve 1475 sayılı İş Kanununun 25. maddesine göre tescili yapılmaksızın Emekli Sandığına tabi görevlere girenlerin de 5434 sayılı Kanunun 39/j maddesi hükmünden yararlanabilecekleri hükme bağlanmıştır.

Dosyanın incelenmesinden, davacının 27.12.1983 tarihinde göreve başlamış olması nedeniyle 5434 sayılı Yasanın Ek Geçiçi 22. maddesinde öngörülen hükümden yararlanması mümkün bulunmadığı gibi, atama işleminin de sakat kadrosundan yapılmamış olması nedeniyle, bir başka anlatımla işe girerken sakatlarla ilgili mevzuat hükümlerinden yararlanmayan davacının, 5434 sayılı Kanunun 39/j maddesi hükmü uyarınca 15 yılın üzerinde hizmeti bulunduğundan bahisle emekliye ayrılmasına olanak bulunmadığından, davacının talebinin reddi yolunda tesis edilen işlemde hukuka ve ilgili mevzuata aykırılık bulunmamaktadır

Açıklanan nedenlerle temyiz isteminin kabulüyle, hukuka ve mevzuata uygun bulunan dava konusu işlemi iptal eden idare mahkemesi kararının bozulması gerektiği oyu ile çoğunluk kararına katılmıyorum.

T.C.
D A N I Ş T A Y
Onbirinci Daire
Esas No : 2006/18
Karar No : 2008/8562

Özeti : Emekli aylığı almakta iken, huzur hakkı ücreti ödenen bir göreve atananların, emekli aylıklarının kesilemeyeceği hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan (Davacı) : …
Vekilleri **:** Av. … - Av. …
Karşı Taraf (Davalı) **:** Sosyal Güvenlik Kurumu Başkanlığı
(T.C. Emekli Sandığı Genel Müdürlüğü)

Vekilleri **:** Av. …-Av. …

İsteğin Özeti **:** Bursa Büyükşehir Belediye Başkanlığı İdari İşler Müdürlüğünde görev yapmakta iken 17.5.1994 tarihinde isteği üzerine emekliye ayrılan ve Bursa Büyükşehir Belediyesi Danışma Kurulu Yönetmeliği uyarınca aynı belediyede danışma kurulu üyesi olarak göreve başlayan davacı tarafından, emekli aylıklarının kesilerek 15.5.2000-31.1.2002 tarihleri arası ödenen emekli aylıklarının adına borç çıkartılmasına ilişkin işlemin iptali ile 10.000-YTL. maddi, 5.000-YTL. manevi zararın tazmini istemiyle açılan davada; Ankara 9. İdare Mahkemesi 31.12.2004 günlü ve E:2002/857, K:2004/1999 sayılı kararıyla; 5434 sayılı Emekli Sandığı Kanunun Ek 11. maddesinde, Emekli Sandığı Kanununa tabi daire, kurum ve ortaklıklar ile bunların Sosyal Sigortalar Kanununa tabi iş yerlerinde emekliye tabi olmayan ücretli, geçici kadrolu veya yevmiyeli hizmetlere tayin edilen emeklilerin buralarda çalıştıkları sürece aylıklarının kesileceği, bunları çalıştıranların vazifeye başladıkları tarihten itibaren bir ay içerisinde yazı ile Emekli Sandığına bildirecekleri kuralına yer verildiği, olayda ise Emekli Sandığından emekli aylığı almakta iken Bursa Büyükşehir Belediyesi Danışma Kurulunda üye olarak göreve başlayan davacının, emekli aylıklarının yukarıda yer alan Kanun uyarınca kesilmesinde ve ödenen aylıkların tahsili amacıyla borç çıkarılmasına ilişkin işlemde mevzuata aykırılık görülmediği, davacının dava konusu işlem nedeniyle 10.000-YTL maddi, 5.000-YTL manevi tazminat isteminin ise davanın ret ile sonuçlanması nedeniyle yerinde görülmediği gerekçesiyle davayı reddetmiştir. Davacı vekili tarafından, mahkeme kararının hukuka aykırı olduğu ileri sürülerek bozulması istenilmektedir.

Savunmanın Özeti : İstemin reddi gerektiği savunulmaktadır.

Danıştay Tetkik Hakimi : Fatma Özlü

Düşüncesi : Mahkeme kararının bozulması gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı : Mehmet Ali Samur

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

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

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Onbirinci Dairesince işin gereği görüşüldü:

Dava, Bursa Büyükşehir Belediye Başkanlığı İdari İşler Müdürlüğünde görev yapmakta iken 17.5.1994 tarihinde isteği üzerine emekliye ayrılan ve Bursa Büyükşehir Belediyesi Danışma Kurulu Yönetmeliği uyarınca aynı belediyede danışma kurulu üyesi olarak göreve başlayan davacı tarafından, emekli aylıklarının kesilerek 15.5.2000- 31.1.2002 tarihleri arası ödenen emekli aylıklarının adına borç çıkartılmasına ilişkin işlemin iptali ile 10.000-YTL. maddi, 5.000-YTL. manevi zararın tazmini istemiyle açılmıştır.

5434 sayılı T.C. Emekli Sandığı Kanunun Ek 11 maddesinde, T.C. Emekli Sandığı Kanununa tabi daire kurum ve ortaklıklar ile bunların Sosyal Sigortalar Kanununa tabi işyerlerinde emekliye tabi olmayan ücretli, geçici kadrolu veya yevmiyeli hizmetlere tayin edilen emeklilerin buralarda çalıştıkları sürece emekli aylıklarının kesileceği, bunları çalıştıranların vazifeye başladıkları tarihten itibaren bir ay içinde yazı ile T.C. Emekli Sandığına bildirecekleri öngörülmüş, 3030 sayılı Büyükşehir Belediyesinin Yönetimi Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabulü Hakkındaki Kanunun 17. maddesine dayanılarak hazırlanan Bursa Büyükşehir Belediyesi Danışma Kurulu Yönetmeliğinin 10. maddesinde ise, Bursa Büyükşehir Belediyesi Danışma Kurulu üyelerine toplantıya katıldıkları her bir gün için toplantı tutanağı karşılığı en yüksek devlet memuruna ödenen maaş ve diğer

ödemeler toplamının otuzda biri tutarında hakkı huzur ücreti ödeneceği düzenlenmesine yer verilmiştir.

Dosyanın incelenmesinden, Sandıktan emekli aylığı almakta iken 3030 sayılı Yasanın 17. maddesine istinaden çıkarılan Bursa Büyükşehir Belediyesi Danışma Kurulu Yönetmeliği kapsamında Bursa Büyükşehir Belediyesinde danışma kurulu üyesi olarak göreve başlayan ve aynı Yönetmeliğin 10. maddesi uyarınca toplantı karşılığı hakkı huzur ücreti alan davacının ücretli göreve başladığından bahisle, emekli aylıklarının kesilerek 15.5.2000- 31.1.2002 tarihleri arası ödenen tutarın borç çıkarılması üzerine görülen davanın açıldığı anlaşılmaktadır.

Olayda, belli bir konuyu görüşmek için toplanan bir kurulun üyelerine toplantı başına ödenen para olan hakkı huzur ücretinin yukarıda belirtilen 5434 sayılı Kanunun Ek 11. maddesinde sayılan ücretler kapsamında süreklilik arzeden bir ödeme olarak kabulü mümkün olmadığından, 3030 sayılı Büyükşehir Belediyelerinin Yönetimi Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabulü Hakkındaki Kanunun 17. maddesine dayanılarak hazırlanan Bursa Büyükşehir Belediyesi Danışma Kurulu Yönetmeliği uyarınca görevlendirilen ve 10. maddesi uyarınca da hakkı huzur ücreti alan davacının durumunun 5434 sayılı Kanunun ek 11. maddesi kapsamında değerlendirilmesine imkan bulunmamaktadır.

Bu durumda, Bursa Büyükşehir Belediyesinde yukarıda belirtilen Yönetmelik hükmü uyarınca danışma kurulu üyesi olarak görevlendirilen ve toplantı başına hakkı huzur ücreti alan davacının emekli aylıklarının kesilerek adına borç çıkarılmasına ilişkin işlemde hukuka uygunluk bulunmadığından davacının durumunu 5434 sayılı Kanunun Ek 11. maddesi kapsamında değerlendirilmek suretiyle davayı reddeden mahkeme kararında isabet görülmemiştir.

Diğer taraftan, mahkemece bozma kararı üzerine verilecek kararda davacının maddi manevi tazminat isteminin de yeniden değerlendirileceği açıktır.

Açıklanan nedenlerle, davacının temyiz isteminin kabulüne Ankara 9. İdare Mahkemesinin 31.12.2004 günlü ve E:2002/857, K:2004/1999 sayılı kararının bozulmasına yeniden bir karar verilmek üzere dosyanın adı geçen mahkemeye gönderilmesine, gereksiz olarak alınan 17,00- YTL temyiz başvuru harcının istemi halinde davacıya iadesine, 28.10.2008 tarihinde oybirliği ile karar verildi.

T.C.
D A N I Ş T A Y
Onbirinci Daire
Esas No : 2008/9733
Karar No : 2008/8624

Özeti : Mahkeme kararına istinaden fiili hizmet süresi zammından yararlanmak suretiyle emekliye ayrılan, bilahare Danıştay bozma kararı sonucu fiili hizmet süresinden yararlanamayacağının ortaya çıkması üzerine emekliliği iptal edilerek tekrar göreve başlayan davacıya, emekliye ayrılmasında kusur atfedilemeyeceği ve emekliye ayrılma ve tekrar göreve başlama tarihleri arasındaki sürenin hizmetinden sayılması gerektiği hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan (Davacı) : …
Vekilleri **:** Av. …
Karşı Taraf (Davalı) : Sosyal Güvenlik Kurumu Başkanlığı
(T.C Emekli Sandığı Genel Müdürlüğü)
Vekili **:** Av. …

İstemin Özeti **:** Soma Elektrik Üretim ve Ticaret A.Ş.'de koruma ve güvenlik görevlisi olarak görev yapmakta iken fiili hizmet süresi zammından yararlandırılmamasına ilişkin işlemin idare mahkemesince iptali üzerine 16.1.1998 tarihinde emekliye sevkedilen, ancak anılan kararın Danıştay Onuncu Dairesince bozulması üzerine emeklilik için yeterli hizmet süresi bulunmadığından emeklilik onayı iptal edilerek 20.9.2000 tarihinde görevine iade edilen davacının, emeklilikte geçen sürenin fiili hizmetinden sayılması istemiyle yaptığı başvurunun reddine ilişkin işlemin iptali istemiyle açılan davada; dosyanın incelenmesinden, davacının fiili hizmet süresi zammından yararlandırılması isteminin reddine ilişkin işlemin Ankara 1. İdare Mahkemesinin 26.12.1996 gün ve E:1996/16, K:1996/1566 sayılı kararıyla iptal edilmesi üzerine davacının isteği üzerine 25 yıl 9 ay 24 gün toplam hizmet süresi üzerinden 16.1.1998 tarihinde emekliye ayrıldığı, söz konusu mahkeme kararının Danıştay Onuncu Dairesinin 27.3.2000 gün ve E:1997/2766, K:2000/1184 sayılı kararıyla bozulması ve Ankara 1. İdare Mahkemesinin de bozma kararına uymak suretiyle fiili hizmet süresi zammına ilişkin açılan davayı reddetmesi sonucu, davacının emeklilik onayı iptal edilerek 20.9.2000 tarihinde görevine iade edildiğinin anlaşıldığı, bu durumda yargı kararlarının icaplarına göre yasal süre içinde işlem tesis etmek ve eylemde bulunmaktan başka seçeneği bulunmayan, bu yönde de işlem tesis eden davalı idarenin bu işlemden dolayı herhangi bir kusur veya sorumluluğunun bulunmaması karşısında, dava konusu işlemde mevzuata aykırılık bulunmadığı gerekçesiyle reddeden, Ankara 10. İdare Mahkemesinin 12.09.2005 gün ve E:2005/1633, K:2005/1279 sayılı kararının; hukuka aykırı olduğu ileri sürülerek bozulması istenilmektedir.

Savunmanın Özeti **:** Temyiz isteminin reddi gerektiği yolundadır.

Danıştay Tetkik Hakimi : Hakan Baş

Düşüncesi **:** Temyiz edilen 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:

Dosyanın incelenmesinden, 16.01.1998 tarihinde emekli olan, ancak fiili hizmet süresi zammından yararlandırılması yolundaki mahkeme kararının Danıştay Onuncu Dairesince bozulması üzerine emeklilik için yeterli hizmet süresi bulunmadığından emeklilik onayı iptal edilerek 20.9.2000 tarihinde görevine iade edilen davacının, emeklilikte geçen sürenin fiili hizmetinden sayılması istemiyle yaptığı başvurunun reddine ilişkin işlemin iptali istemiyle açılan davada, davanın reddine karar veren Ankara 10. İdare Mahkemesi kararının, davacının açıkta geçen süreye ilişkin özlük ve parasal hakların ödenmemesine ilişkin istem yönünden inceleyerek bozulmasına dair Dairemiz kararı sonrasında Ankara 10. İdare Mahkemesinin 12.9.2005 gün ve E:2005/1633, K:2005/1279 sayılı kararıyla, davanın sadece davacının emeklilikte geçen süresinin fiili hizmetinden sayılması istemine ilişkin olması nedeniyle bozma kararına uyulmayarak ısrar edilmesi üzerine, Danıştay İdari Dava Daireleri

Kurulunun 17.4.2008 gün ve E:2005/3486, K:2008/1224 sayılı kararıyla, davacının istemi doğrultusunda açıkta geçen sürenin davacının fiili hizmetinden sayılıp sayılamayacağı hususunda inceleme yapılarak karar verilmesi gerektiği gerekçesiyle mahkeme kararının ısrar hükmünün onanarak, "davacının açıkta geçen sürelerinin fiili hizmetinde sayılıp sayılmayacağı" yolundaki isteminin incelenmesi için Dairemize gönderildiği anlaşılmakla işin esasına geçildi.

T.C. Anayasasının 2. maddesinde, Türkiye Cumhuriyetinin bir hukuk devleti olduğu belirtilmiş, 138. maddesinin 4. fıkrasında, Yasama ve yürütme organları ile idarenin mahkeme kararlarına uymak zorunda olduğu, bu organlar ve idarenin, mahkeme kararlarını hiçbir surette değiştiremeyeceği ve yerine getirilmesini geciktiremeyeceği hükmü yer almış, anılan Anayasa maddelerine parelel olarak 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 28.maddesinin 3. fıkrasında, Danıştay, bölge idare mahkemeleri, idare ve vergi mahkemeleri kararlarına göre işlem tesis edilmeyen veya eylemde bulunulmayan hallerde idare aleyhine Danıştay ve ilgili idari mahkemelerinde maddi ve manevi tazminat davası açılabileceği kuralına yer verilmiştir.

Buna göre faaliyetlerini hukuka uygun biçimde yürütmek zorunda olan idarenin, bir işlemin iptaline ilişkin yargı kararına uyması ve bu kararın amaç ve kapsamı doğrultusunda işlem tesis etmesi ya da eylemde bulunması hukuk devleti ilkesi gereğidir.

Yargı mercilerince hukuk kurallarının yorumu ve uygulamasındaki farklılıklar nedeniyle meydana gelen zararlarda, Devletin mutlak sorumsuzluğunun kabul edilemeyeceği, aksi takdirde, yargılama faaliyetlerine karşı dolayısıyla hukuka karşı güvensizlik doğacağı açıktır.

Bir kamu hizmeti yerine getirilirken kişilere verilen zararın idare hukuku ilkeleri gereğince tazmini zorunludur. Hizmet kusuru olmasa dahi "kamu zararı" olarak kabul edilen bu zararın kişilerin üzerinde bırakılmaması, idareye yükletilmesi hakkaniyet ve nasafet kurallarına uygundur. Yargı kararlarının uygulanması nedeniyle ilgililerin uğradığı hak kayıpları ve zararın da bu şekilde değerlendirilmesi gerekir.

Dava konusu olayda; davacı mahkeme kararına istinaden fiili hizmet süresi zammından yararlanmak suretiyle emekliye ayrılmıştır. Danıştay bozma kararı nedeniyle fiili hizmet süresinden yararlanamayacağının ortaya çıkması üzerine emekliliği resen iptal edilerek tekrar göreve başlatılmış, emekli aylıkları ve ikramiyesinin geri istenilmesine rağmen açıkta kalan süreye ilişkin özlük hakları iade edilmemiştir. Mahkeme kararı uyarınca fiili hizmet süresi zammından yararlanarak emekliye ayrılmasında davacıya kusur atfetmek mümkün değildir. Kişilerin lehlerine verilmiş mahkeme kararını uygulatmak ve kararın sağladığı haklardan yararlanmak istemeleri tabiidir. Davacıda fiili hizmet süresi zammından yararlanması gerektiği yönünde verilen mahkeme kararına göre bu haktan yararlanarak emekli olmuştur. İptal kararı olmasaydı davacı görevine devam edecek, özlük haklarında bir kaybı bulunmayacaktı.

Bu durumda, davacının emekliye ayrılma ve tekrar göreve başlama tarihleri arasındaki sürenin emekliliğe esas süre hesabında lehine değerlendirilerek hizmetinden sayılması gerektiğinden aksi yönde verilen idare mahkemesi kararında yasal isabet bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle, temyiz isteminin kabulüne, Ankara 10. idare Mahkemesinin 12.09.2005 gün ve E:2005/1633, K:2005/1279 sayılı kararının bozulmasına, yeniden bir karar verilmek üzere dosyanın adı geçen mahkemeye gönderilmesine 31.10.2008 tarihinde oybirliği ile karar verildi.

T.C.
D A N I Ş T A Y
Onbirinci Daire
Esas No : 2007/9721
Karar No : 2008/9920

Özeti : Yararlanacakları ek göstergeler özel düzenlemeler uyarınca belirlenen ve kadro karşılığı sözleşmeli personel olarak görev yapanlara makam tazminatı ödeneceği yolunda açık bir düzenleme olmadığı sürece, salt yararlandıkları ek göstergeden hareketle makam tazminatı ödenemeyeceği hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan (Davalı): Sosyal Güvenlik Kurumu Başkanlığı
(T.C. Emekli Sandığı Genel Müdürlüğü)
Vekili **:** Av. …
Karşı Taraf (Davacı) **:** …
Vekili **:** Av. …
İstemin Özeti **:** Milli Güvenlik Kurulu Genel Sekreterliğinde kadro karşılığı sözleşmeli personel statüsünde müşavir unvanı ile görev yapmakta iken emekliye ayrılan davacı tarafından, 2945 sayılı Milli Güvenlik Kurulu ve Milli Güvenlik Kurulu Genel Sekreterliği Kanununun 17. maddesi uyarınca belirlenmiş olan (6000) ek gösterge rakamı esas alınarak tahsis edilen makam ve görev tazminatı göstergesinin; daha önce bulunduğu görev unvanı esas alınarak tespit edilen makam ve görev tazminatı gösterge rakamına düşürülmesi suretiyle emekli aylıklarının tadiline ve geçmişe yönelik olarak adına borç çıkarılmasına ilişkin işlemin iptali ile bu nedenle yoksun kalınan aylık farklarının yasal faiziyle birlikte tazmini istemiyle açılan dava sonunda, Ankara 7. İdare Mahkemesinin 15.3.2007 gün ve E:2006/763, K:2007/520 sayılı kararıyla; 5434 sayılı Emekli Sandığı Kanununun Ek 68. maddesi, 2945 sayılı Milli Güvenlik Kurulu ve Milli Güvenlik Kurulu Genel Sekreterliği Kanununun 17. maddesi ve 657 sayılı Devlet Memurları Kanununa ekli (IV) sayılı Makam Tazminatı Cetvelinin 4/a sırası hükümlerinin birlikte değerlendirilmesinden, Milli Güvenlik Kurulu Genel Sekreterliğinde kadro karşılığı sözleşmeli personele, 2545 sayılı Kanunda belirtilen özel hükümler dışında 657 sayılı Kanun hükümlerinin uygulanacağının hükme bağlandığı, buna göre Başbakan Müşavirleri için öngörülen 5300 ek gösterge rakamı üzerinde ek göstergesi bulunduğu anlaşılan davacının, (IV) sayılı Makam Tazminatı Cetvelinin 4/a sırasında, Başbakan Müşavirleri için öngörülen gösterge rakamı üzerinden makam tazminatı ve buna bağlı olarak görev tazminatından yararlandırılmamasında hukuka uyarlık bulunmadığı gerekçesiyle dava konusu işlemin iptaline, yoksun kalınan tazminat farklarının yasal faiziyle birlikte ödenmesine hükmedilmiştir. Davalı idare tarafından, mahkeme kararının hukuka aykırı olduğu ileri sürülerek bozulması istenilmektedir..
Savunmanın Özeti **:** İstemin reddi gerektiği savunulmaktadır.
Danıştay Tetkik Hakimi : Abdurrahman Şimşeksoy
Düşüncesi **:** Dava, Milli Güvenlik Kurulu Genel Sekreterliğinde kadro karşılığı sözleşmeli personel statüsünde müşavir unvanı ile görev yapmakta iken emekliye ayrılan davacı tarafından, 2945 sayılı Kanunun 17. maddesi uyarınca belirlenmiş olan (6000) ek gösterge rakamı esas alınarak tahsis edilen makam ve görev tazminatı göstergesi; daha önce bulunduğu görev unvanı esas alınarak tespit edilen makam ve görev tazminatı gösterge rakamına düşürülmesi suretiyle emekli aylıklarının tadiline ve geçmişe yönelik olarak adına borç çıkarılması üzerine açılmıştır.

2945 sayılı Milli Güvenlik Kurulu ve Milli Güvenlik Kurulu Genel Sekreterliği Kanununun 17. maddesi hükmünde ve bu Kanunun uygulamasına ilişkin usul ve esasları

düzenleyen Milli Güvenlik Kurulu Genel Sekreterliği Yönetmeliği hükümlerinde, sözleşmeli personelin aylık ücretlerinin, Genel Sekreterin teklifi ve Başbakanın onayı ile tespit edileceği, kadro karşılığı gösterilmek suretiyle sözleşmeli olarak istihdam edilecek personele ödenecek sözleşme ücretinin; ikramiye, zam ve tazminat miktarı ile diğer mali ve sosyal hakların Başbakanlık merkez teşkilatında kadro karşılığı gösterilmek suretiyle sözleşmeli olarak çalıştırılan personel hakkında yapılan uygulamanın emsal alınarak saptanacağı belirtilmiş olup, Genel Sekreterlikte sözleşmeli olarak görev yapan personele sözleşme ücreti dışında veya bu ücret kapsamında ayrıca makam tazminatı ödeneceğine dair bir düzenleme bulunmamaktadır .

Bu durumda, davacının en son bulunduğu Milli Güvenlik Kurulu Genel Sekreterliği müşavirliği kadrosunun, makam tazminatı ödemesini gerektiren bir kadro olmaması nedeniyle, makam ve görev tazminatı göstergelerinin daha önce bulunduğu görev unvanı için öngörülen gösterge rakamına düşürülmesinde hukuka aykırılık görülmemiştir.

Kararın, davacı adına geçmişe yönelik olarak borç çıkarılmasına ilişkin kısmına gelince;

5434 sayılı Emekli Sandığı Kanununun 121. maddesinin, 1. fıkrasında, her ne suretle olursa olsun istihkaklarından fazla yapılan ödemelerin, ilgililerin, varsa sonraki her çeşit istihkaklarından hüküm alınmaksızın kesilmek suretiyle geri alınacağı, 2. fıkrasında ise, herhangi bir nedenle Sandık tarafından ilgililere istihkaklarından fazla veya yersiz olarak yapılan ödemelerin, bu hatalı ödeme işlemlerinin düzeltildiği tarihten geriye doğru hesap edilecek beş yıllık tutarının tahsil edileceği hükme bağlanmıştır.

Öte yandan, Danıştay İçtihatları Birleştirme Kurulunun 22.12.1973 gün ve E:1968/8, K:1973/14 sayılı kararında; idarenin yokluk, açık hata, memurun gerçek dışı beyanı veya hilesi hallerinde süre aranmaksızın hatalı ödediği meblağı her zaman geri alabileceği, bunun dışında kalan hallerde hatalı ödemelerin istirdadının ise, hatalı ödemenin yapıldığı tarihten başlamak üzere dava açma süresi içinde olanaklı olduğu ve bu süre geçtikten sonra istirdat edilemeyeceği belirtilmiş olup; anılan kararın gerekçesinde iyi niyet kuralı üzerinde de durularak idarenin sakat ve dolayısıyla hukuka aykırı işlemine, idare edilenlerin gerçek dışı beyanı veya hilesi neden olmuşsa ya da geri alınan idari işlem yok denilecek kadar sakatlık taşımakta ise, hatalı işlemde idare edilenin kolayca anlayabileceği kadar açık bir hata bulunmaktaysa ve idareyi bu konuda haberdar etmemişse, memurun iyi niyetinden söz etmeye olanak bulunmadığı ve bu işlemlere dayanılarak yapılan ödemelerin her zaman geri alınabileceği; ancak bunun dışındaki hatalı ödemeler için memurun iyi niyetinin, idari istikrar ve kanunilik ilkesi kadar önemli olduğu ve bu nedenle yukarıda belirtilen durumlar dışındaki hatalı ödemelerin ancak dava süresi içinde geri alınabileceği vurgulanmıştır.

5434 sayılı Emekli Sandığı Kanununun 121. maddesi hükmüne göre, istihkaklardan fazla veya yersiz yapılan ödemelerin, geriye doğru beş yıllık süreye ilişkin kısmının ilgililer adına borç çıkarılıp tahsili yoluna gidilebilmesi için, istihkaktan fazla veya yersiz ödeme yapılmış olması halinin, ödemeden yararlanan ilgili tarafından kolayca anlaşılabilir nitelikte açık olması gerekir. Madde hükmünde geçen "her ne suretle olursa olsun istihkaklarından fazla yapılan ödemeler"in; yorum gerektirmeyecek nitelikte, kolayca anlaşılabilir hatalar dolayısıyla yapılan ödemeler olması gerekir. Aksi takdirde, mevzuat hükümlerinin yorumlanması suretiyle, ödemelerin fazla veya yersiz yapıldığı sonucuna varılarak, ilgililer adına geriye doğru beş yıl gibi uzunca bir süre için borç çıkarılmasının idari istikrar, hukuksal güvenlik ve hakkaniyete uygun düşmeyeceği açıktır. Bu itibarla, yasa koyucunun böyle bir sonucu öngörmesi veya böyle bir sonucu yaratacak şekilde düzenleme yapmış olması beklenemez.

Dosyanın incelenmesinden, davalı idarece emekli aylığı bağlanması aşamasında, davacının Milli Güvenlik Kurulu Genel Sekreterliğindeki görevinden dolayı belirlenmiş olan ek gösterge rakamına itibar edilerek, diğer bir ifadeyle özel kanunları uyarınca belirlenmiş olan

ek gösterge rakamı; makam tazminatı ödemesine de esas alınabileceği kabul edilerek, davacıya emekli aylığı kapsamında kendiliğinden makam ve görev tazminatı ödenmiş, daha sonra söz konusu ek gösterge rakamının, makam tazminatı ödenmesini gerektirmeyeceğinden bahisle davacının makam ve görev tazminatı göstergelerinin düşürülerek, geriye doğru beş yıllık süreyi kapsayacak şekilde adına borç çıkarıldığı anlaşılmaktadır.

Buna göre, davacıya Milli Güvenlik Kurulu Genel Sekreterliğindeki görevinden dolayı makam tazminatı ödenip ödenmeyeceği hususunun, mevzuat hükümlerinin yorumlanmasına bağlı olması, başlangıçta, bu görevinden dolayı belirlenmiş olan ek göstergelerine itibar edilerek makam ve görev tazminatı verilmiş olması karşısında, ödemelerin kolayca anlaşılabilir nitelikte açık bir hata sonucu yapıldığının kabulüne olanak vermemektedir. Bu nedenle olayda, yukarıda yer verilen Danıştay İçtihatları Birleştirme Kurulu Kararından belirtilen ilkelelerin gözetilmesi gerekmektedir.

Bu durumda, fazla veya yersiz yapıldığı sonucuna varılan ödemelerin gerçekleşmesinde, açık hata bulunmadığı gibi, davacının gerçek dışı bir beyanı veya hilesi de bulunmadığından, bu şekilde yapılan ödemelerin istirdadının, ancak hatalı ödemenin farkedildiği (düzeltilği) tarihten geriye doğru 60 gün içinde kalan sürede gerçekleşen yersiz ödemelerle sınırlı olması gerekir.

Açıklanan nedenlerle, idare mahkemesi kararının, davacının makam ve görev tazminatı göstergelerinin düşürülmesine ve hatalı ödemelerin düzeltildiği tarihten geriye doğru 60 gün içinde kalan yersiz ödemelerin geri alınmasına ilişkin kısmının bozulması, bu tarihi aşan yersiz ödemelerin tahsiline ilişkin kısmının ise yukarıda yer verilen gerekçe ile onanmasına karar verilmesi gerekeceği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı **:** Mehmet Ali Samur

Düşüncesi **:** 657 sayılı Devlet memurları Kanununun Ek 26 ncı maddesinin değişik a) bendinde, Bu kanuna ekli (IV) sayılı Cetvelde unvanları yazılı görevlerde bulunanlara makam tazminatı ödeneceği öngörülmüş, 5434 sayılı Emekli Sandığı Kanununun Ek 68. maddesinde ise, Makam tazminatı ile yüksek hakimlik tazminatı ödenmesini gerektiren görevlerde toplam 2 yıl bulunduktan sonra emekliye ayrılanlara makam veya yüksek hakimlik tazminatlarının bulundukları en üst görevleri esas alınarak ödeneceği belirtilmiştir.

Yukarıda yazılı Yasa hükümleri de dikkate alındığında, makam tazminatının ödenmesinde kadro ve görev ünvanının esas alınması, (IV) sayılı Cetvel'de makam tazminatı ödenecek olanların tereddüte yer vermiyecek biçimde açıkça belirtilmiş olması ve gerek bunlar, gerekse 2945 sayılı Milli Güvenlik Kurulu ve Milli Güvenlik Kurulu Genel Sekreterliği Kanununda, Milli Güvenlik Kurulu Genel Sekreterliğinde görev yapan personelin makam tazminatından yararlandırılacağına dair bir hükme yer verilmemiş bulunması karşısında, Yasa hükümlerine uygun olarak tesis edildiği anlaşılan dava konusu işlemde hukuka aykırılık görülmemiştir.

Belirtilen nedenlerden dolayı, temyiz isteminin kabulü ile İdare Mahkemesi kararının bozulmasına karar verilmesinin uygun olacağı düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Onbirinci Dairesince işin gereği görüşüldü:

Dava, Milli Güvenlik Kurulu Genel Sekreterliğinde kadro karşılığı sözleşmeli personel statüsünde müşavir unvanı ile görev yapmakta iken emekliye ayrılan davacı tarafından, 2945 sayılı Milli Güvenlik Kurulu ve Milli Güvenlik Kurulu Genel Sekreterliği Kanununun 17. maddesi uyarınca belirlenen (6000) ek gösterge rakamı esas alınarak tahsis edilen makam ve görev tazminatı göstergesi (4500+11500); daha önce bulunduğu görev (Yarbay) unvanı için öngörülmüş olan makam ve görev tazminatı gösterge rakamına (2000+8000'e)

düşürülmesi suretiyle emekli aylıklarının tadiline ve bu nedenle geçmişe yönelik olarak adına borç çıkarılması üzerine açılmıştır.

5434 sayılı Emekli Sandığı Kanununun Ek 68. maddesinde, makam tazminatı gerektiren görevlerde toplam iki yıl bulunduktan sonra emekliye ayrılanlara makam ve buna bağlı olarak temsil veya görev tazminatı ödeneceği kuralına yer verilmiş, 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun Ek 26. maddesinde ise, 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 hükmü yer almıştır.

2945 sayılı Milli Güvenlik Kurulu ve Milli Güvenlik Kurulu Genel Sekreterliği Kanununun 17. maddesinde; **"**Milli Güvenlik Kurulu Genel Sekreterliği personeli aşağıdaki özel hükümler dışında 657 sayılı Devlet Memurları Kanununa tabidir.

Milli Güvenlik Kurulu Genel Sekreterliği kadroları genel hükümlere uygun olarak tesbit edilen ek göstergeleri ile birlikte Genel Sekreterin teklifi ve Başbakanın onayı ile ihdas edilir veya kaldırılır.

657 sayılı Devlet Memurları Kanununa 31/07/1970 tarih ve 1327 sayılı Kanunla eklenen zam ve tazminatlara ilişkin ek madde gereğince, Milli Güvenlik Kurulu Genel Sekreterliği personelinin görev ve kadro unvanları esas alınarak kimlere ne oranda ödeme yapılacağı; tespit olunan azami miktar ve oranları geçmemek üzere Genel Sekreterin teklifi ve Başbakanın onayı ile belirlenir.

Milli Güvenlik Kurulu Genel Sekreterliğinde çalıştırılacak sözleşmeli personelde 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 4 üncü maddesindeki şartlar aranmaz. Bunların istihdam şekli, sözleşme esasları, Bakanlar Kurulunca tespit edilecek tavanı aşmamak üzere alacakları en az ve en çok ücretleri ile sosyal haklarına ait esaslar yönetmelikle düzenlenir.(Ek fıkra: 08/04/1990 - KHK - 417/1 md.) Sözleşme ile çalıştırılacak personel, istekleri üzerine T.C.Emekli Sandığı ile ilgilendirilirler.

Milli Güvenlik Kurulu Genel Sekreterliği personelinden, Genel Sekreterin teklifi ve Başbakanın onayı ile gerekli görülenlere 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu gereğince giyecek yardımı yapılır.**"** hükmü bulunmaktadır.

2945 sayılı Milli Güvenlik Kurulu ve Milli Güvenlik Kurulu Genel Sekreterliği Kanunu hükümleri uyarınca 8.1.2004 tarih ve 25340 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe konulan Milli Güvenlik Kurulu Genel Sekreterliği Yönetmeliğinin 23. maddesinin 3. fıkrasında, sözleşmeli personelin aylık ücretlerinin, Genel Sekreterin teklifi ve Başbakanın onayı ile tespit edileceği, 4. fıkrasında, kadro karşılığı gösterilmek suretiyle sözleşmeli olarak istihdam edilecek personele ödenecek sözleşme ücretinin; ikramiye, zam ve tazminat miktarı ile diğer mali ve sosyal hakların Başbakanlık merkez teşkilatında kadro karşılığı gösterilmek suretiyle sözleşmeli olarak çalıştırılan personel hakkında yapılan uygulamanın emsal alınarak belirleneceği, son fıkrasında ise, bu yönetmelikte hüküm bulunmayan hususlarda, sözleşmeli personel hakkında 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu hükümlerinin uygulanacağı kuralına yer verilmiştir.

Kamu kurum ve kuruluşlarında memur kavramı içerisinde görevlendirilenlere hangi ödemelerin yapılacağı 657 sayılı Devlet Memurları Kanununda veya bu Kanun ölçü alınarak kurum ve kuruluşların kendi teşkilat kanunlarında belirlenmiştir. Bu itibarla, kadro karşılığı sözleşmeli olarak çalışacak personele hangi tür ödemelerin yapılacağı hususunun, o kurum veya kuruluşların teşkilat kanunlarında açıkça bir hüküm bulunması veya sözleşmeli personele yapılacak her türlü ücret ödemelerinde açık bir yetkilendirmenin yapılmış olması gerekir.

Milli Güvenlik Kurulu Genel Sekreterliği personelinin özlük haklarını düzenleyen 2945 sayılı Kanunun 17. maddesi hükmünde ve bu Kanunun uygulamasına ilişkin usul ve esasları düzenleyen Milli Güvenlik Kurulu Genel Sekreterliği Yönetmeliği hükümlerinde, sözleşmeli personelin aylık ücretlerinin, Genel Sekreterin teklifi ve Başbakanın onayı ile tespit edileceği,

kadro karşılığı gösterilmek suretiyle sözleşmeli olarak istihdam edilecek personele ödenecek sözleşme ücretinin; ikramiye, zam ve tazminat miktarı ile diğer mali ve sosyal hakların Başbakanlık merkez teşkilatında kadro karşılığı gösterilmek suretiyle sözleşmeli olarak çalıştırılan personel hakkında yapılan uygulamanın emsal alınarak saptanacağı belirtilmiş olup, Genel Sekreterlikte sözleşmeli olarak görev yapan personele sözleşme ücretleri dışında veya bu ücretleri kapsamında ayrıca makam tazminatı ödeneceğine dair bir düzenleme bulunmamaktadır .

Bu nedenle, Milli Güvenlik Kurulu Genel Sekreterliğinde kadro karşılığı sözleşmeli olarak çalışanlardan, ek gösterge rakamları, 657 sayılı Kanuna ekli (IV) sayılı Makam Tazminatı Cetvelinde belirtilen sıradaki ek gösterge rakamını tutanlara, salt bu ek gösterge rakamlarından dolayı makam tazminatından yararlandırılmalarına olanak görülmemektedir.

Gerek 2545 sayılı Kanunun 17. maddesi hükmünde gerekse anılan yönetmeliğin 23. maddesi hükmünde, bu kanun ve yönetmelikte hüküm bulunmayan haller bakımından, 657 sayılı Devlet Memurları Kanununa atıf yapılmış olması, kadro karşılığı istihdam edilen personele makam tazminatı ödeneceği anlamına gelmez, zira sözleşmeli personelin ücretlerinin kapsamı ve ne şekilde belirleneceği hususu, anılan hükümlerde ayrıca düzenlendiğinden, söz konusu atfın ücret veya ücret unsurlarına ilişkin olmadığı açıktır.

Bu durumda, davacının en son bulunduğu Milli Güvenlik Kurulu Genel Sekreterliği müşavirliği kadrosunun, makam tazminatı ödemesini gerektiren bir kadro olmaması nedeniyle, makam ve görev tazminatı göstergelerinin daha önce bulunduğu görev unvanı için öngörülen gösterge rakamına düşürülerek adına borç çıkarılmasında hukuka aykırılık görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle, davalı idare temyiz isteminin kabulü ile Ankara 7. İdare Mahkemesinin 15.3.2007 gün ve E:2006/763, K:2007/520 sayılı kararının bozulmasına, yeniden bir karar verilmek üzere dosyanın adı geçen mahkemeye gönderilmesine, 2.12.2008 tarihinde oyçokluğu ile karar verildi.

KARŞI OY

X- Dava, Milli Güvenlik Kurulu Genel Sekreterliğinde kadro karşılığı sözleşmeli personel statüsünde müşavir unvanı ile görev yapmakta iken emekliye ayrılan davacı tarafından, 2945 sayılı Milli Güvenlik Kurulu ve Milli Güvenlik Kurulu Genel Sekreterliği Kanununun 17. maddesi uyarınca belirlenen (6000) ek gösterge rakamı esas alınarak tespit edilen makam ve görev tazminatı göstergesi; daha önce bulunduğu görev unvanı esas alınarak tespit edilen makam ve görev tazminatı gösterge rakamına düşürülmek suretiyle emekli aylıklarının tadili ve bu nedenle geçmişe yönelik olarak adına borç çıkarılması üzerine açılmıştır.

2945 sayılı Milli Güvenlik Kurulu ve Milli Güvenlik Kurulu Genel Sekreterliği Kanununun 17. maddesinin 1. fıkrasında, Milli Güvenlik Kurulu Genel Sekreterliği personelinin, bu maddede belirtilen özel hükümler dışında 657 sayılı Devlet Memurları Kanununa tabi olduğu hükme bağlanmış, 2. fıkrasında ise, "Milli Güvenlik Kurulu Genel Sekreterliği kadroları genel hükümlere uygun olarak tespit edilen ek göstergeleri ile birlikte Genel Sekreterin teklifi ve Başbakanın onayı ile ihdas edilir veya kaldırılır." hükmü yer almıştır.

657 sayılı Devlet Memurları Kanununa ekli (IV) sayılı Makam Tazminatı Cetvelinin 4/a sırasında, Başbakan Müşavirleri ile ek göstergeleri bu düzeyde veya daha yüksek tespit edilen kadrolara atanmış olanlara (4500) gösterge rakamı üzerinden makam tazminatı ödeneceği, aynı Kanuna ekli (I) sayılı Ek Gösterge Cetvelinin Genel İdare Hizmetleri Sınıfı Bölümünde de "Başbakan Müşavirleri"nin ek göstergesinin (5300) olduğu belirtilmiştir.

5434 sayılı Emekli Sandığı Kanununun Ek 68. maddesinde ise, makam tazminatı gerektiren görevlerde toplam iki yıl bulunduktan sonra emekliye ayrılanlara makam ve buna bağlı olarak temsil veya görev tazminatı ödeneceği kuralına yer verilmiştir.

(IV) sayılı Makam Tazminatı Cetvelinden de görüleceği üzere, makam tazminatı ödemesi için, kimi personel bakımından "kadro ve görev unvanı"nın esas alındığı, davacının da bu kapsamda yer aldığı kimi personel bakımından ise, sadece belirli ek gösterge rakamlarının öngörüldüğü kadrolara atanmış olma koşulunun arandığı anlaşılmaktadır.

Dosyanın incelenmesinden, Milli Güvenlik Kurulu Genel Sekreterliğinde kadro karşılığı sözleşmeli personel statüsünde müşavir unvanı ile görev yaptığı anlaşılan davacının ek gösterge rakamının, 2545 sayılı Kanunun 17.maddesinin verdiği yetkiye dayanılarak (6000) olarak belirlendiği anlaşılmıştır.

Buna göre, Milli Güvenlik Kurulu Genel Sekreterliği personeli bakımından, 2545 sayılı Kanunda belirtilen özel hükümler dışında 657 sayılı Kanun hükümlerinin uygulanacak olması karşısında, Başbakan müşavirleri için öngörülen (5300) ek gösterge rakamı üzerinde ek göstergesi bulunduğu anlaşılan davacının, (IV) sayılı Makam Tazminatı Cetvelinin 4/a sırasında, Başbakan müşavirleri için öngörülen gösterge rakamı üzerinden makam tazminatı ve buna bağlı olarak görev tazminatından yararlandırılması gerekmektedir.

Nitekim Başbakanlık Saymanlık Müdürlüğünün 2002 yılı hesaplarının Sayıştay Üçüncü Dairesince yargılanması sonucunda, Milli Güvenlik Kurulu Genel Sekreterliğinde görev yapan kadro karşılığı sözleşmeli personele yersiz olarak makam tazminatı ödenmesi nedeniyle düzenlenen 235 sayılı ilam hükmüne karşı, ilgili tahakkuk memuru tarafından verilen dilekçe üzerine, Sayıştay Temyiz Kurulunca; 2545 sayılı Kanunun 17. maddesi ve 657 sayılı Kanunun 26. maddesi ve bu Kanuna ekli (IV) sayılı Makam Tazminatı Cetveli hükümleri karşısında, anılan Cetvelde öngörülen unvan veya ek göstergeli kadrolara atanmış olmanın, makam tazminatı ödenmesi için yeterli olduğu sonucuna varılarak ilam hükmünün kaldırılmasına karar verildiği görülmektedir.

Bu durumda, makam tazminatı gerektiren bir kadrodan emekliye ayrılmadığından bahisle, makam ve görev tazminatı göstergelerinin düşürülerek davacı adına borç çıkarılmasında hukuka uyarlık bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle, idare mahkemesi kararının yukarıda belirtilen gerekçeyle onanması gerektiği oyu ile karara karşıyız.

T.C.
D A N I Ş T A Y
Onbirinci Daire
Esas No : 2007/6063
Karar No : 2008/10260

Özeti : Devlet Tiyatroları Genel Müdürlüğünde sözleşmeli personel statüsünde görev yapan uzman memurların da, emeklilik kesenekleri yönünden Devlet tiyatrosu sanatkarlarının yararlandıkları ek göstergeden yararlanmaları gerektiği hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan (Davacı) : …
Vekili : Av. …
Karşı Taraf (Davalılar) : 1- Devlet Tiyatroları Genel Müdürlüğü
Vekili : Av. …
2- Sosyal Güvenlik Kurumu Başkanlığı
(T.C. Emekli Sandığı Genel Müdürlüğü)
Vekili : Av. …
İsteğin Özeti : Ankara Devlet Tiyatrosu Müdürlüğünde sözleşmeli personel statüsünde atölye şefi unvanı ile görev yapmakta iken 18.12.1995 tarihinde emekliye ayrılan

davacı tarafından, 657 sayılı Kanunun 527 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 12. maddesi ile değişik Ek Geçici 16. maddesinde öngörülen ek gösterge rakamından yararlandırılması yolundaki başvurusunun reddine dair işlemin iptali ile hak ediş tarihinden itibaren sözleşmeden doğan brüt ücret ve ikramiye farklarının tazmini istemiyle açılan davanın süre aşımı yönünden reddine hükmeden İdare Mahkemesi kararının ek göstergeye ilişkin hüküm fıkrasının Danıştay Onbirinci Dairesince bozulması üzerine, bozma kararına uymak suretiyle işin esasını inceleyerek; 657 sayılı Yasanın Ek Geçici 16. maddesinde sanatçı, sanatkarlar, sanatçı öğretmenler ile Devlet sanatçılarının emeklilik keseneklerinin bu Kanuna ekli (I) sayılı Ek Gösterge Cetvelinde kadroları teknik hizmetler sınıfında yer alan mühendisler için öngörülen ek göstergelerin esas alınarak hesaplanacağı, ancak yönetici kadrolar karşılık gösterilerek sözleşme ile çalıştırılanların emeklilik keseneklerinin bu kadrolar için saptanmış bulunan ek göstergelerden düşük olamayacağı hükmünün yer aldığı, bu durumda görev unvanı atölye şefi olan ve 657 sayılı Yasanın Ek Geçici 16. maddesinde sayılan sanatçı, sanatkar, sanatçı öğretmen ve Devlet sanatçıları arasında yer almayan davacının 657 sayılı Kanunun Ek Geçici 16. maddesinde öngörülen ek gösterge rakamından yararlandırılmaması yolunda tesis edilen işlemde hukuka aykırılık bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar veren Ankara 11. İdare Mahkemesinin 31.1.2007 gün ve E:2006/2554, K:2007/195 sayılı kararının; davacı vekili tarafından, hukuka ve ilgili mevzuata aykırı olduğu ileri sürülerek bozulması istenilmektedir.

Savunmanın Özeti : Sosyal Güvenlik Kurumu Başkanlığınca savunma verilmemiş olup, Devlet Tiyatroları Genel Müdürlüğü tarafından, temyiz isteminin reddi gerektiği savunulmuştur.

Danıştay Tetkik Hakimi : Nigar Dilimen

Düşüncesi : Temyiz isteminin kabulü ile idare mahkemesi kararının bozulması gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı : H. Gül Yılmaz

Düşüncesi : Devlet Tiyatroları Genel Müdürlüğünde sözleşmeli personel statüsünde atölye şefi unvanı ile görev yapmakta iken 18.12.1995 tarihinde emekliye sevk edilen davacı tarafından, 657 sayılı Kanunun 527 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 12.maddesi ile değişik Ek Geçici 16. maddesinde öngörülen ek gösterge rakamından yararlandırılması yolundaki başvurusunun iptali ile sözleşmeden doğan brüt ücret farklarının, ikramiye ve emekli aylığı farklarının hak ediş tarihinden itibaren işleyecek yasal faiziyle birlikte tazmini istemiyle açılan davada; Danıştay Onbirinci Dairesinin bozma kararı üzerine davanın reddine karar veren İdare Mahkemesi kararı temyiz edilmektedir.

5441 sayılı Devlet Tiyatrosu Kuruluşu Hakkında Kanunun 1310 sayılı Kanun ile değişik 5 inci maddesinde, Devlet Tiyatrolarında sözleşmeli olarak görev yapan personel üçlü bir ayrıma tabi tutulmak suretiyle atölye şeflerine uzman memurlar arasında yer verilmiş, Devlet Tiyatroları Genel Müdürlüğü uygulatıcı uzman memurları ile kondüvit ve suflörlerin 6388 sayılı Yasanın Devlet Tiyatroları sanatkarlarına şamil olan bölümlerinden, diğer uzman memurlarında 6388 sayılı Yasa ile 5434 sayılı Yasanın fiili hizmet süresi zammından yararlanacakları belirleyen 32 nci maddesine eklenen (f) bendi hariç Devlet Tiyatrosu Sanatkarları için geçerli diğer hükümlerinden yararlanacakları belirtilmiş, 657 sayılı Yasanın Ek Geçici 16 ncı maddesinde de sanatçı, sanatkar, sanatçı öğretmenler ile Devlet sanatçılarının emeklilik keseneklerinin bu kanuna ekli I sayılı Cetvelin ek gösterge cetvelinde kadroları teknik hizmetler sınıfında yer alan mühendisler için öngörülen ek göstergeler esas alınarak belirleneceği kuralı öngörülmüştür.

Bu durumda, davacının 5441 sayılı Yasada yer alan düzenlemeler uyarınca uzman memurlar sınıfından sayılan Devlet Tiyatrosu sanatçısı olarak kabul etmek ve böylece emeklilik keseneğinin teknik hizmetler sınıfında yer alan mühendisler için öngörülen ek gösterge üzerinden yapılması gerektiğine göre, dava konusu işlemde hukuka uyarlık görülmemiştir.

Belirtilen nedenlerden dolayı temyiz isteminin kabulü ile İdare Mahkemesi kararının bozulmasına karar verilmesinin uygun olacağı düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Onbirinci Dairesince işin gereği görüşüldü:

Dava, Ankara Devlet Tiyatrosu Müdürlüğünde sözleşmeli statüde atölye şefi unvanı ile görev yapmakta iken 18.12.1995 tarihinde emekliye ayrılan davacı tarafından, 657 sayılı Kanunun 527 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 12. maddesi ile değişik Ek Geçici 16. maddesinde öngörülen ek gösterge rakamından yararlandırılması yolundaki başvurusunun reddine dair işlemin iptali istemiyle açılmıştır.

16.6.1949 gün ve 7234 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren 5441 sayılı Devlet Tiyatrosu Kuruluşu Hakkında Kanunun 5. maddesinde, başrejisörler, rejisörler, rejisör yardımcıları, orkestra, koro, bale heyetlerinin şefleri, şef yardımcıları ve üyeleri, opera solistleri, dram artistleri, dekoratörler, korrepetitörler, suflörler ve kondüvitlerin Devlet Tiyatrosu sanatkarı adını alacakları, bunların Yönetim Kurulu kararı üzerine Genel Müdürle aralarında yapılacak bir yıl süreli sözleşmelerle hizmete alınacakları, sözleşmelerinin sonunda hizmete devamlarının da aynı usule tabi olduğu hükme bağlanmıştır.

1.7.1954 tarihinde yürürlüğe giren 6388 sayılı Yasa ile de 5434 sayılı T.C. Emekli Sandığı Kanununun 12. maddesinin II. fıkrasına "5441 sayılı Kanun hükümlerine istinaden Devlet Tiyatrosunda mukavele ile çalışan sanatkarlar" şeklindeki (m) bendi eklenerek 5441 sayılı Yasanın 5. maddesinde sayılan Devlet Tiyatrosu personeli sosyal güvenlik açısından Emekli Sandığı'na tabi kılınmıştır.

5441 sayılı Yasanın anılan 5. maddesi, 23.7.1970 gün ve 12557 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren 1310 sayılı Yasa ile değiştirilerek; Devlet Tiyatrolarında sözleşmeli olarak görev yapan personel; Devlet Tiyatroları sanatkar memurları, Devlet Tiyatroları uygulatıcı uzman memurları, Devlet Tiyatroları uzman memurları şeklinde üçlü bir sınıflamaya tabi tutulmuştur,

Bu sınıflama sonucu Devlet Tiyatroları Genel Müdürlüğü uygulatıcı uzman memurları ile kondüvit ve suflörlerin 6388 sayılı Yasanın Devlet Tiyatroları sanatkarlarına şamil olan hükümlerinden, diğer uzman memurların da 6388 sayılı Yasa ile 5434 sayılı Yasanın fiili hizmet süresi zammından yararlanacakları belirleyen 32. maddesine eklenen (f) bendi hariç Devlet Tiyatrosu Sanatkarları için geçerli diğer hükümlerinden yararlanacakları vurgulanmıştır.

657 sayılı Yasanın Ek Geçici 12. maddesinde ise, 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 Kanun, 14/7/1970 tarihli ve 1309 Sayılı Kanun, 14/7/1970 tarihli ve 1310 Sayılı Kanun ile bu kanunlarda atıf yapılan kanun hükümlerinin uygulanmasına devam olunacağı, anılan maddenin (D) bendinde ise; Devlet Tiyatro, Opera ve Balesinin (A) bendinde stajyerler, sahne uygulatıcıları (uzman memurlar), sanat uygulatıcıları(uzman memurlar) ve sanatkar memurlar olarak tespit edilen personeli dışında kalan personeli hakkında Devlet Memurları Kanununun bütün hükümlerinin uygulanacağı belirtilmiş, Ek Geçici 16. maddesinin 527 sayılı KHK'nin 12. maddesi ile değişik fıkrasında da, teknik bünyeye dahil olmayan ve haklarında Devlet Memurları Kanunu hükümlerinin uygulanması gerekenler hariç, bu Kanunun Ek Geçici 12, 13 ve 14. maddeleri kapsamına giren personel ile Kültür ve Turizm Bakanlığının sanatla ilgili merkez ve taşra birimlerine bağlı olarak çalışan orkestra, koro ve topluluk sanatçıları, sanatkarları ve sanatçı öğretmenleri ile Devlet sanatçılarının söz konusu maddelerin mali hükümlerine bağlı kalınmaksızın sözleşmeli olarak çalıştırılabilecekleri, sözleşmeli olarak çalıştırılacakların sözleşme esasları, bunlara ödenebilecek ücretin üst sınırları ve sağlanacak sosyal yardımlar ile diğer mali hakların ilgili bakanlığın önerisi ve Maliye Bakanlığının görüşü üzerine Bakanlar

Kurulunca kararlaştırılacağı, bu şekilde sözleşme ile çalıştırılanların, kesenekleri kendilerince ve kesenek karşılıkları da kurumlarınca karşılanmak üzere, T.C. Emekli Sandığı ile ilgilendirilecekleri, sanatçı, sanatkar, sanatçı öğretmenler ile Devlet sanatçılarının emeklilik kesenekleri bu Kanuna ekli (I) sayılı Ek Gösterge Cetvelinde kadroları teknik hizmetler sınıfında yer alan mühendisler için öngörülen ek göstergelerin esas alınacağı, ancak yönetici kadrolar karşılık gösterilerek sözleşme ile çalıştırılanların emeklilik keseneklerinin bu kadrolar için saptanmış bulunan ek göstergelerden düşük olamayacağı kuralları yer almıştır.

Anılan Yasa kurallarının birlikte değerlendirilmesinden, 657 sayılı Yasanın yukarıda yer verilen Ek Geçici 12 ve Ek Geçici 16. maddeleri uyarınca Devlet Memurları Kanununun genel hükümlerinin uygulaması dışında bırakılan ve 5441 sayılı Kanunun 5. maddesinde 1310 sayılı Yasa ile yapılan değişiklik sonucu "atölye şefi" unvanı ile sözleşmeli statüde görev yaptığı anlaşılan davacının emeklilik yönünden Devlet Tiyatrosu sanatkarlarının sahip olduğu haklardan yararlandırılması gerektiği dikkate alındığında, 657 sayılı Kanunun Ek Geçici 16. maddesinde öngörülen ek gösterge rakamından yararlandırılmaması yönünde tesis edilen işlemde ve davanın reddi yolunda verilen İdare mahkemesi kararında hukuka uyarlık görülmemiştir.

Açıklanan nedenle, davacının temyiz isteminin kabulü ile Ankara 11. İdare Mahkemesinin 31.1.2007 gün ve E:2006/2554, K:2007/195 sayılı kararının bozulmasına, yeniden bir karar verilmek üzere dosyanın adı geçen İdare Mahkemesine gönderilmesine, 19.12.2008 tarihinde oybirliği ile karar verildi.

T.C.
D A N I Ş T A Y
Onbirinci Daire
Esas No : 2006/1243
Karar No : 2009/2175

Özeti : **1-** Farklı sosyal güvenlik kurumlarına tabi hizmet süreleri birleştirilmek suretiyle, son yedi yıllık fiili hizmet süresi içinde fiili hizmet süresi fazla olan kurum olan Emekli Sandığınca emekli aylığı bağlananlardan, son defa Emekli Sandığına tabi bir görevden emekliye ayrılmamış olanlara 2829 sayılı Kanun'un 12. maddesinin 1. fıkrasına göre emekli ikramiyesi ödenmesine engel olan "Son defa T.C. Emekli Sandığına tabi görevlerden emekliye ayrılan ve ..." ibaresi Anayasa Mahkemesince verilen karar ile iptal edildiğinden, anılan fıkranın iptal kararından sonraki şekline göre emekli ikramiyesi ödenmesi gerektiği,

2- Anayasa Mahkemesinin, iptal kararının yürürlüğe gireceği tarihi ileriye dönük olarak ertelemiş bulunması yasama organına aynı konuda, iptal kararının gerekçesine uygun olarak, yeni bir düzenleme için olanak tanımak ve ortada hukuki bir boşluk yaratmamak amacına yönelik olup, yargı mercilerinin bakmakta oldukları uyuşmazlıklarda Anayasaya aykırı bulunarak iptal edilmiş kuralları uygulamasının ve uyuşmazlıkları bu kurallara göre çözümlemesinin, hukuk devleti ilkesi ile bağdaşmayacağı hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan (Davacı) : …
Vekilleri **:** Av. ...
Karşı Taraf (Davalı) **:** Sosyal Güvenlik Kurumu Başkanlığı
(T.C. Emekli Sandığı Genel Müdürlüğü)
Vekili **:** Av. ...
İsteğin Özeti **:** Farklı sosyal güvenlik kurumlarına tabi hizmet süreleri birleştirilmek suretiyle emekliye ayrılan ve Emekli Sandığınca emekli aylığı bağlanan davacı tarafından, Emekli Sandığına tabi olarak geçen hizmet süresi için emekli ikramiyesi ödenmemesine ilişkin işlemin iptali ve hesaplanacak emekli ikramiyesinin yasal faizi ile birlikte ödenmesine karar verilmesi istemiyle açılan davada, Ankara 11. İdare Mahkemesinin 15.11.2005 günlü, E:2005/814, K:2005/1757 sayılı kararıyla, 2829 sayılı Sosyal Güvenlik Kurumlarına Tabi Olarak Geçen Hizmetlerin Birleştirilmesi Hakkında Kanunun, son defa Emekli Sandığına tabi görevlerden emekliye ayrılanlara emekli ikramiyesi ödeneceği yolundaki 12. maddesi hükmü karşısında, son defa Sandığa tabi bir görevden emekliye ayrılmayan davacıya ikramiye ödenmemesinde mevzuata aykırılık bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddine hükmedilmiştir. Davacı vekili tarafından, mahkeme kararının hukuka aykırı olduğu ileri sürülerek bozulması istenilmektedir.
Savunmanın Özeti **:** İstemin reddi gerektiği savunulmuştur.
Danıştay Tetkik Hakimi : Burakhan Melikoğlu
Düşüncesi **:** Anayasa Mahkemesince verilen 5.2.2009 günlü ve E:2005/40, K:2009/17 sayılı kararla, 2829 sayılı Kanunun 12. maddesinin 1. fıkrasında yer alan ve emekli ikramiyesi ödenmemesi yolundaki dava konusu işlem ile davanın reddi yolundaki İdare Mahkemesi kararına dayanak oluşturan "Son defa T.C. Emekli Sandığına tabi görevlerden emekliye ayrılan ve ..." ibaresinin iptaline karar verildiğinden davacıya emekli ikramiyesi ödenmesi ve yasal dayanağı kalmayan aksi yöndeki dava konusu işlemin de iptali gerekmekte olup, Anayasanın 153. maddesine göre yasama, yürütme ve yargı organları için bağlayıcı olan Anayasa Mahkemesi kararı uyarınca oluşan hukuki duruma göre yeniden bir karar verilmek üzere davanın reddi yolundaki Mahkeme kararının bozulması gerektiği düşünülmektedir.
Danıştay Savcısı **:** Handan Yağuş
Düşüncesi **:** İdare ve vergi mahkemelerince verilen kararların temyizen incelenerek bozulabilmesi için, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 49 uncu maddesinin birinci fıkrasında belirtilen nedenlerin bulunması gerekmektedir.

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

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Onbirinci Dairesince işin gereği görüşüldü:

Dava konusu işlem tarihi itibariyle yürürlükte olan 2829 sayılı Sosyal Güvenlik Kurumlarına Tabi Olarak Geçen Hizmetlerin Birleştirilmesi Hakkında Kanunun "Aylığı Bağlayacak Kurum" başlıklı 8. maddesinin 1. fıkrasında, "Birleştirilmiş hizmet süreleri toplamı üzerinden, ilgililere; son yedi yıllık fiili hizmet süresi içinde fiili hizmet süresi fazla olan kurumca, hizmet sürelerinin eşit olması halinde ise eşit hizmet sürelerinden sonuncusunun tabi olduğu kurumca, kendi mevzuatına göre aylık bağlanır ve ödenir." hükmü yer almış; "Emekli İkramiyesi" başlıklı 12. maddesinin 1. fıkrasında ise "Son defa T.C. Emekli Sandığına tabi görevlerden emekliye ayrılan ve kendilerine bu Kanunun 8 inci maddesi uyarınca birleştirilen hizmet süreleri üzerinden aylık bağlananlara, T.C. Emekli Sandığına tabi daire, kuruluş ve ortaklıklarda prim veya kesenek ödemek suretiyle geçen sürelerinin toplamı üzerinden, 5434 sayılı T.C. Emekli Sandığı Kanunu hükümlerine göre emekli ikramiyesi ödenir." hükmüne yer verilmiştir.

Dosyanın incelenmesinden, davacının, Emekli Sandığına tabi olarak görev yaptıktan sonra bir süre de Sosyal Sigortalar Kurumuna tabi olarak çalıştığı, bu Kuruma tabi olarak çalışmakta iken emekliye ayrılmak istemesi üzerine, kendisine, son yedi yıllık fiili hizmet süresi içinde fiili hizmet süresi fazla olan kurum olan Emekli Sandığınca tüm hizmetleri birleştirilmek suretiyle emekli aylığı bağlandığı ancak 2829 sayılı Kanunun yukarıda yer verilen 12. maddesinde öngörüldüğü üzere "Son defa T.C. Emekli Sandığına tabi görevlerden emekliye ayrılan"lar kapsamında olmaması nedeniyle emekli ikramiyesi ödenmediği, emekli ikramiyesi ödenmemesine ilşkin işlemin iptali istemiyle açılan davada ise İdare Mahkemesince yukarıda yazılı gerekçe ile davanın reddine karar verildiği anlaşılmaktadır.

Davanın reddi yolundaki İdare Mahkemesi kararının temyizen incelenip bozulması istemi henüz karara bağlanmadan, Anayasa Mahkemesince verilen 5.2.2009 günlü ve E:2005/40, K:2009/17 sayılı kararla, 2829 sayılı Kanunun 12. maddesinin 1. fıkrasında yer alan ve emekli ikramiyesi ödenmemesi yolundaki dava konusu işlem ile davanın reddi yolundaki İdare Mahkemesi kararına dayanak oluşturan "Son defa T.C. Emekli Sandığına tabi görevlerden emekliye ayrılan ve ..." ibaresinin iptaline karar verilmiş, böylece dava konusu edilen işlemin yasal dayanağı kalmamıştır.

Anılan Anayasa Mahkemesi kararı ile, iptal hükmünün, kararın Resmi Gazetede yayımlanmasından başlayarak 1 yıl sonra yürürlüğe girmesine karar verilmiş ise de, Anayasa Mahkemesince bir kanunun tümünün ya da 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 görülemez. 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 amacına yönelik olup yargı mercilerinin bakmakta oldukları uyuşmazlıklarda hukuka ve Anayasaya aykırı bulunarak iptal edilmiş kuralları uygulaması ve uyuşmazlıkları bu kurallara göre çözümlemesi sonucunu doğurmaz.

Diğer yandan, Anayasanın 153. maddesine göre yasama, yürütme ve yargı organları için bağlayıcı olan Anayasa Mahkemesinin söz konusu kararının, bu karardan önce açılmış bulunan ve henüz sonuçlanmamış olan tüm davalara uygulanması gerekmektedir.

Buna göre, Anayasa Mahkemesince verilen karar ile, farklı sosyal güvenlik kurumlarına tabi hizmet süreleri birleştirilmek suretiyle, son yedi yıllık fiili hizmet süresi içinde fiili hizmet süresi fazla olan kurum olan Emekli Sandığınca emekli aylığı bağlananlardan, son defa Emekli Sandığına tabi bir görevden emekliye ayrılmamış olanlara emekli ikramiyesi ödenmesine engel olan "Son defa T.C. Emekli Sandığına tabi görevlerden emekliye ayrılan ve ..." ibaresi iptal edildiğinden, 2829 sayılı Kanunun 12. maddesinin 1. fıkrasının iptal kararından sonraki şekline göre, "kendilerine bu Kanunun 8 inci maddesi uyarınca birleştirilen hizmet süreleri üzerinden aylık bağlananlara, T.C. Emekli Sandığına tabi daire, kuruluş ve ortaklıklarda prim veya kesenek ödemek suretiyle geçen sürelerinin toplamı üzerinden, 5434 sayılı T.C. Emekli Sandığı Kanunu hükümlerine göre emekli ikramiyesi" ödenmesi gerekmektedir.

Bu durumda, birleştirilen hizmet süreleri üzerinden aylık bağlanan davacıya, T.C. Emekli Sandığına tabi daire, kuruluş ve ortaklıklarda prim veya kesenek ödemek suretiyle geçen sürelerinin toplamı üzerinden emekli ikramiyesi ödenmesi gerekmekte olup yasal dayanağı kalmayan aksi yöndeki dava konusu işlemin de iptali gerektiğinden, yasama, yürütme ve yargı organları için bağlayıcı olan Anayasa Mahkemesi kararı uyarınca oluşan hukuki duruma göre yeniden bir karar verilmek üzere davanın reddi yolundaki Mahkeme kararının bozulması gerekmektedir.

Açıklanan nedenlerle, temyiz isteminin kabulü ile Ankara 11. İdare Mahkemesinin 15.11.2005 günlü, E:2005/814, K:2005/1757 sayılı kararının yukarıda yer alan hususlar

gözönünde bulundurulmak suretiyle yeniden bir karar verilmek üzere bozulmasına, dosyanın adı geçen mahkemeye gönderilmesine, 3.3.2009 tarihinde oybirliği ile karar verildi.

T.C.
D A N I Ş T A Y
Onbirinci Daire
Esas No : 2006/2521
Karar No : 2009/2213

Özeti : 5434 sayılı Emekli Sandığı Kanununun Ek 72. maddesi uyarınca, aylıksız izinli olunan sürelerin borçlanılabilmesi için, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 108. maddesinde öngörülen 10 yıllık hizmet süresinin tamamlanmış olması gerekmekle birlikte, bu sürenin hesabında aylıksız izinli olunan sürelerin de dikkate alınması gerektiği hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan (Davalı) : Sosyal Güvenlik Kurumu Başkanlığı
(T.C. Emekli Sandığı Genel Müdürlüğü)
Vekili **:** Av. …
Karşı Taraf (Davacı) **:** …
Vekilleri **:** Av. …
İsteğin Özeti **:** Diş hekimi olarak görev yapan davacı tarafından, on hizmet yılının dolması sebebiyle 21.03.2003-21.09.2003 tarihleri arasında kullandığı aylıksız izin süresinin borçlandırılması istemiyle yapılan başvurunun reddine ilişkin işlemin iptali istemiyle açılan davada; çalıştığı kurum tarafından gerekli şartları taşıdığı tespit edilmek suretiyle 6 ay süreyle aylıksız izne ayrılması uygun görülen ve buna istinaden izne ayrılan, bu sürelere ait emekli keseneklerini, kurum karşılıklarını davalı idareye yatıran davacının, artık bu aşamada aylıksız geçen izin sürelerinin 5434 sayılı Kanunun Ek 72. maddesi uyarınca emeklilik yönünden değerlendirilmesi gerekirken ilgilinin aylıksız izne ayrılma şartlarını taşıyıp taşımadığı yönünde yeniden bir inceleme yapılmak suretiyle borçlanma talebinin bu gerekçeyle reddedilmesinde usule ve mevzuata uyarlık bulunmadığı gerekçesiyle dava konusu işlemin iptaline hükmeden Ankara 4. İdare Mahkemesinin 23.11.2004 gün ve E:2004/169, K:2004/1694 sayılı kararının; davalı idare vekili tarafından, hukuka aykırı olduğu ileri sürülerek bozulması istenilmektedir.
Savunmanın Özeti **:** İstemin reddi gerektiği savunulmaktadır.
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 görüşüldü:

657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 108. maddesinin 2. fıkrasında, devlet memurlarına 10 hizmet yılını tamamlamış olmaları ve istekleri halinde memuriyet süreleri boyunca ve bir defada kullanılmak üzere altı aya kadar aylıksız izin verilebileceği, 5434 sayılı Kanunun ek 72. maddesinde ise, personel mevzuatına göre aylıksız izinli sayılanlardan aylıksız izinli olarak geçen sürelere ilişkin kesenek ve karşılıklarını ödemeleri halinde bu sürelerin emeklilik yönünden eski derecelerinde değerlendirileceği kurala bağlanmıştır.

Dosyanın incelenmesinden, Ankara 75. Yıl Ağız ve Diş Sağlık Merkezinde diş hekimi olarak görev yapan davacının, 03.09.1990 tarihinde Sandığa tabi göreve başladığı, 03.08.1992-05.08.1996 tarihleri arasında bilgi ve görgüsünü artırmak üzere yurtdışına gitmesi nedeniyle aylıksız izin kullandığı, 05.08.1996 tarihinde tekrar görevine başladığı, 06.10.1998-12.12.1998 tarihleri arasında babasının rahatsızlığı nedeniyle aylıksız izin kullandığı, 12.12.1998 tarihinde görevine başladığı, 01.11.1999-01.11.2000 tarihleri arasında babasının rahatsızlığı nedeniyle tekrar aylıksız izne ayrıldığı, 01.11.2000 tarihinde tekrar görevine başladığı ve 21.03.2003- 21.09.2003 tarihleri arasında on hizmet yılını doldurması nedeniyle kurumu tarafından 6 ay süreyle aylıksız izin verildiği, aylıksız izinli olarak geçen bu süreyi borçlanmak istemesi üzerine, Emekli Sandığı tarafından, muhtelif tarihlerde kullandığı aylıksız izin süreleri düşürüldüğünde devlet memurluğunda on hizmet yılını doldurmadığından anılan sürelerin borçlandırılmasına olanak bulunmadığına ilişkin dava konusu işlemin tesis edildiği ve bu işlemin iptali istemiyle görülmekte olan davanın açıldığının anlaşılmaktadır.

657 sayılı Kanunda, aylıksız izinli olarak geçen sürelerde, kişilerin kadrosu ile ilişiğinin kesileceğine dair bir hüküm bulunmamaktadır. Nitekim, aylıksız izin kullanan davacının kadrosu ile ilgisinin devam ettiği de açıktır.

Bu durumda, 657 sayılı Kanunun anılan maddesinde 10 hizmet yılının hesabında fiilen çalışma şartına yer verilmemesi ve davacının 10 hizmet yılını doldurmuş olması karşısında, 21.03.2003-21.09.2003 tarihleri arasında kullandığı aylıksız izin süresinin borçlandırılması gerekirken aksi yönde tesis edilen işlemde hukuka uyarlık bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenle, temyiz isteminin reddi ile Ankara 4. İdare Mahkemesince verilen 23.11.2004 gün ve E:2004/169, K:2004/1694 sayılı kararın anılan gerekçe ile onanmasına, gereksiz olarak alınan 17,00.- YTL temyiz başvuru harcının istemi halinde davalı idareye iadesine, temyiz giderlerinin istemde bulunan üzerinde bırakılmasına, 03.03.2009 tarihinde oybirliği ile karar verildi.

MEMURLAR VE DİĞER KAMU GÖREVLİLERİ

T.C.
D A N I Ş T A Y
Onbirinci Daire
Esas No : 2006/9371
Karar No : 2009/411

Özeti : 1- Yasa hükmünün Anayasa Mahkemesi tarafından usul yönünden iptal edilmesinden önce yasa koyucu tarafından söz konusu usuli eksiklik giderilerek, aynı hükmün yeni bir yasa ile düzenlenmesi karşısında, kanunilik ilkesi uyarınca ve yasa koyucunun iradesi

doğrultusunda yürürlüğe konulan yeni yasa hükmünün uygulanması gerektiği,

2- Kıdemli albay olarak görev yapmakta iken, kadrosuzluk nedeniyle emekliye sevkedilen ve bilahare Milli Güvenlik Kurulu Genel Sekreterliğinde göreve başlayan davacıya, 5277 sayılı 2005 Mali Yılı Bütçe Kanunu uyarınca, 01.01.2005 tarihinden itibaren makam ve kadrosuzluk tazminatı ödenemeyeceği hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan (Davalı): Sosyal Güvenlik Kurumu Başkanlığı (T.C. Emekli Sandığı Genel Müdürlüğü)

Vekili **:** Av. …

Karşı Taraf (Davacı) **:** …

İsteğin Özeti **:** Türk Silahlı Kuvvetlerinde kıdemli albay rütbesinde görev yapmakta iken kadrosuzluk nedeniyle emekliye ayrılan ve Milli Güvenlik Kurulu Genel Sekreterliğinde sözleşmeli personel olarak göreve başlayan davacının, 01.01.2005 tarihinden itibaren makam tazminatının kesilmesine ilişkin işlemin iptali ile makam tazminatının kesildiği tarihten itibaren yasal faiziyle birlikte ödenmesi istemiyle açılan davada, Ankara 7. İdare Mahkemesi 09.02.2006 gün ve E:2005/597, K: 2006/208 sayılı kararıyla, 926 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri Personel Kanunu'nun ek 18. maddesinde, makam tazminatının ödenmesi usul ve esaslarının düzenlendiği, buna göre belirtilen rütbe ve görevlerde çalıştıktan sonra emekliye ayrılanlara, makam tazminatının ödeneceği hükmünün düzenlendiği, 31.12.2004 tarih ve 25687 mükerrer sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren 5277 sayılı 2005 Mali Yılı Bütçe Kanunu'nun 25. maddesinin (f) fıkrasında, herhangi bir sosyal güvenlik kurumundan emekli aylığı almakta iken emekli aylıkları ve diğer tazminatları kesilmeksizin görev alanların, kamu kurum ve kuruluşlarında herhangi bir kadro, pozisyon veya görevde çalıştırılamayacağı ve görev yapamayacaklarının öngörüldüğü, sözü edilen Kanundan önce emekli olup, kamu kuruluşlarında görev alanların makam tazminatının veya aylıklarının kesileceğine ilişkin bir düzenlemeye yer verilmediği, dava dosyasının incelenmesinden, davacının Türk Silahlı Kuvvetleri emrinde kıdemli albay olarak görev yapmakta iken kadrosuzluk nedeniyle emekliye sevkedilen ve 06.12.1996 tarihinde Milli Güvenlik Kurul Genel Sekreterliğinde eğitim ve öğretim müşaviri olarak göreve başlayan davacının, 2005 Mali Yılı Bütçe Kanunu'nun 25. maddesinin (f) fıkrası uyarınca makam tazminatının kesilmesi yolundaki dava konusu işlemde hukuka uyarlık bulunmadığı gerekçesiyle dava konusu işlemin iptaline karar vermiştir. Davalı idare vekili tarafından, mahkeme kararının hukuka aykırı olduğu ileri sürülerek bozulması istenilmektedir.

Savunmanın Özeti **:** Savunma verilmemiştir.

Danıştay Tetkik Hakimi **:** Hakan Baş

Düşüncesi **:** Temyiz edilen mahkeme kararının bozulması gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı **:** Handan Yağuş

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

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

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Onbirinci Dairesince işin gereği görüşüldü:

926 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri Personel Kanununun ek 18. maddesinde, Kanuna ekli V sayılı makam tazminatı cetvelinde yazılı rütbe ve görevlerde bulunanlara hizalarında gösterilen gösterge rakamlarının memur aylıklarına uygulanan katsayı ile çarpımı sonucu bulunan miktarda makam tazminatının ödeneceği hükmü düzenlenmiştir.

Dava konusu işlemin tesis edildiği tarihte yürürlükte bulunan, 31.12.2004 tarih ve 25687 1. mükerrer sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak 01.01.2005 tarihinden itibaren yürürlüğe giren 5277 sayılı 2005 Mali Yılı Bütçe Kanunu'nun 25. maddesinin (f) fıkrasının 2. ve 3. paragrafında, herhangi bir sosyal güvenlik kurumundan emeklilik veya yaşlılık aylığı alanlar bu aylıkları kesilmeksizin; genel bütçeye dahil daireler, katma bütçeli idareler, döner sermayeler, fonlar, belediyeler, il özel idareleri, belediyeler ve il özel idareleri tarafından kurulan birlik ve işletmeler, sosyal güvenlik kurumları, bütçeden yardım alan kuruluşlar ile özel kanunla kurulmuş diğer kamu kurum, kurul, üst kurul ve kuruluşları, kamu iktisadi teşebbüsleri ve bunların bağlı ortaklıkları ile müessese ve işletmelerinde ve sermayesinin %50'sinden fazlası kamuya ait olan diğer ortaklıklarda herhangi bir kadro, pozisyon veya görevde çalıştırılamayacağı ve görev yapamayacakları, diğer kanunların emeklilik veya yaşlılık aylığı almakta iken emeklilik veya yaşlılık aylıkları ve/veya diğer tazminatları kesilmeksizin atanmaya, çalıştırılmaya veya görevlendirilmeye izin veren hükümleri ile 5434 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Emekli Sandığı Kanununun ek 11 inci maddesine göre alınmış Bakanlar Kurulu Kararları 2005 yılında uygulanmayacağı, bu fıkranın ikinci ve üçüncü paragraf hükümleri; 1) Cumhurbaşkanlığına seçilenler, 2) doğrudan Bakanlar Kurulu üyeliğine atananlar, 3) Yasama organı üyeliğine seçilenler, mahallî idareler seçimleri sonucuna göre görev alanlar, 4) sadece toplantı veya huzur ücreti ya da hakkı ödenen görevleri yürütenler ile yönetim ve denetim kurulu üyeliği ücreti karşılığında görevlendirilenler, 5) yaş haddini tamamlamış olmaları kaydıyla her derece ve türdeki örgün ve yaygın eğitim kurumlarında ders ücreti karşılığında ders görevi verilenler (Öğretim üyeliğinden emekli olanlardan üniversitelerde ders ücreti karşılığında ders görevi verilenler hakkında yaş haddini tamamlamış olmaları kaydı aranmaz.), 6) vakıf üniversitelerinde görev alanlar, 7) özel kanunlarında emeklilik veya yaşlılık aylığı kesilmeksizin çalıştırılma veya görev yapma hakkı verilenlerden Cumhurbaşkanı tarafından atananlar, Bakanlar Kurulu Kararı veya müşterek kararname ile atanan veya görevlendirilenler ve Türkiye Büyük Millet Meclisince yapılan seçimler sonucunda görev verilenler, hakkında uygulanmayacağı hükmü yer almıştır.

Mevzuatın değerlendirilmesinden, herhangi bir sosyal güvenlik kurumundan emekli veya yaşlılık aylığı alanların 5277 sayılı Yasanın 25. maddesinin (f) fıkrasının 2. bendi ve bu maddenin aynen tekrarı olan 5335 sayılı Yasanın 30. maddesinin 2. fıkrasında belirlenen görevlerde yeniden göreve başlayanların "emekli aylıkları ve/veya diğer tazminatlarının" kesileceği, aynı maddenin 4. fıkrasında yer alan istisnalar kapsamında bir göreve başlayanların ise, emekli aylıklarının ve tazminatlarının kesilmeksizin görev yapabilecekleri anlaşılmaktadır.

5277 sayılı Yasanın 25. maddesinin (f) fıkrası, 27.4.2005 tarih ve 25798 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren 5335 sayılı Yasanın 29/c. maddesi ile yürürlükten kaldırılmış ve 5335 sayılı Yasanın 30. maddesi ile de yeniden düzenleme yapılarak aynı hükme yer verilmiştir. Yürürlükten kaldırılan maddenin iptali istemiyle bir siyasi parti tarafından, dava açılmış, ayrıca idare mahkemesince de itiraz (def'i) yoluyla Anayasa Mahkemesi'ne başvurulmuştur. Siyasi parti tarafından açılan dava sonucunda, Anayasa Mahkemesi 29.11.2005 gün ve E:2005/6, K:2005/93 sayılı kararıyla, iptali istenen hükmün 5335 sayılı "Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun"un 29. maddesinin (c) fıkrası ile yürürlükten kaldırılması nedeni ile konusu kalmayan istem hakkında karar verilmesine yer olmadığına dair karar vermiş, bu karar 28.10.2006 gün

ve 26330 sayılı Resmi Gazetede yayımlanmıştır. İdare mahkemesince itiraz yolu ile yapılan başvuru sonucunda ise, Anayasa Mahkemesi 28.12.2005 tarih ve E:2005/146, K:2005/105 sayılı kararıyla, diğer yasalarla düzenlenmesi gereken konuların bütçe yasasıyla düzenlenmesinin Anayasa'nın 87., 88., 161., ve 162. maddelerine aykırılık oluşturduğu gerekçesiyle 5277 sayılı Yasanın 25. maddesinin (f) fıkrası ikinci ve üçüncü paragraflarının Anayasa'ya aykırı olduğu gerekçesiyle iptaline karar vermiş, bu karar da 14.11.2006 gün ve 26346 sayılı Resmi Gazetede yayımlanmıştır.

Diğer taraftan, 5277 sayılı Yasanın 25. maddesinin (f) fıkrası ile aynı madde hükmünü içeren 5335 sayılı Yasanın 30. maddesinin Anayasa'ya aykırı olduğu iddiasıyla açılan iptal davasında, iptal istemini esastan inceleyen Anayasa Mahkemesi 03.04.2007 gün ve E:2005/52, K:2007/35 sayılı kararıyla, "Devlet işsizlere de iş imkanı sağlayacak istihdam tedbirlerini almak zorundadır. Sosyal güvenlik kurumlarından emekli veya yaşlılık aylığı almakta iken kendi isteği ile belirtilen yerlerde yeniden çalışmaya başlayanların emekli veya yaşlılık aylıklarının kesilmesinin, özellikle öğrenimlerini tamamlayıp iş arayan gençlere iş bulma amacı dikkate alındığında daha büyük sorunların çözümüne yönelik düzenlemeler olduğu ve Anayasa'ya aykırı olmadığı" gerekçesiyle dava konusu hükmün iptali isteminin reddine karar vermiştir.

Buna göre, 5277 sayılı Yasanın 25. maddesinin (f) bendinin, Anayasa Mahkemesince iptal kararı verilmeden önce yasa koyucu tarafından kaldırılarak, 5335 sayılı Yasanın 30. maddesi ile aynı hükme yer verilmesi, Anayasa Mahkemesi tarafından esasa ilişkin değil, diğer yasalarla düzenlenmesi gereken bir konunun Bütçe Yasası ile düzenlenmesinin Anayasanın 87, 88, 89 ve 161. maddelerine aykırı olması gerekçesiyle usul yönünden iptal kararı verilmesi ve 5277 sayılı Yasanın 25. maddesinin (f) bendinin tekrarı olan 5335 sayılı Yasanın 30. maddesinin 2. ve 3. fıkralarının Anayasaya aykırılığı iddiasıyla açılan iptal davasında ise Anayasa Mahkemesince işin esası incelenmek suretiyle iptal isteminin reddine karar verilmesi karşısında, herhangi bir sosyal güvenlik kurumunda emekli veya yaşlılık aylığı almakta iken, anılan yasa madde hükmünde belirtilen ve istisna hükmü kapsamına girmeyen görevlerde tekrar çalışmaya başlayan ilgililerin "emekli aylığı ve/veya diğer tazminatlarının" kesileceğine ilişkin hükmün, anılan Yasanın yürürlüğe girdiği 01.01.2005 tarihinden itibaren uygulanmaya başlayacağı ve bu durumun da kanunilik ilkesi gereği yasa koyucunun iradesiyle örtüşeceği sonucuna ulaşılmaktadır.

Dosyanın incelenmesinden, Türk Silahlı Kuvvetleri emrinde kıdemli albay rütbesinde görev yapmakta iken, 17.10.1996 tarihinde emekliye ayrılan ve 06.12.1996 tarihinden itibaren Milli Güvenlik Kurulu Genel Sekreterliğinde Eğitim ve Öğretim Müşavirliğine atanan davacının yeniden göreve başlaması nedeniyle 2005 Mali Yılı Bütçe Kanunun 25. maddesinin (f) fıkrası uyarınca 01.01.2005 tarihinden itibaren makam tazminatının kesilmesi üzerine bakılan davanın açıldığı anlaşılmıştır.

Bu durumda, dava konusu işlem tarihinde yürürlükte bulunan 5277 sayılı Yasanın 25. maddesinin (f) bendi uyarınca, davacının Milli Güvenlik Genel Sekreterliğinde müşavir olarak görev yapıyor olması nedeniyle anılan yasanın yürürlüğe girdiği 01.01.2005 tarihinden itibaren makam tazminatının kesilmesine ilişkin işlemde hukuka aykırılık bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle, temyiz isteminin kabulü ile Ankara 7. İdare Mahkemesinin 09.02.2006 gün ve E:2005/597, K:2006/208 sayılı kararının bozulmasına, yeniden bir karar verilmek üzere dosyanın adı geçen mahkemeye gönderilmesine, 19.01.2009 tarihinde oybirliği ile karar verildi.

T.C.
D A N I Ş T A Y
Onbirinci Daire
Esas No : 2007/2109
Karar No : 2008/7719

Özeti : İptal davasının karara bağlanmasından sonra açılan tam yargı davasında hükmedilen tazminata uygulanacak faizin başlangıç tarihinin iptal davasına konu olan başvuru tarihi, başvuru yoksa dava tarihi olduğu hakkında.

Kararın Düzeltilmesini İsteyen(Davacı) : …
Karşı Taraf (Davalılar) : 1- Sosyal Güvenlik Kurumu Başkanlığı
(T.C. Emekli Sandığı Genel Müdürlüğü)
Vekili : Av. …
2- Posta İşletmeleri Genel Müdürlüğü
Vekilleri : Av. ..., Av. ..., Av. ...
İsteğin Özeti : Ankara Dikmen PTT Merkez Müdürlüğünde sözleşmeli statüde memur iken emekliye sevk edilen ve daha sonra yargı kararı üzerine görevine iade edilen davacı tarafından, emekliye sevk işleminden dolayı uğranıldığı öne sürülen on milyar lira maddi ve iki milyar lira manevi zararın 3.10.1997 tarihinden itibaren yasal faiziyle birlikte tazmini istemiyle açılan davada, maddi tazminat isteminin kısmen kabulü ile 3.10.1997 tarihi ile 15.2.2001 tarihleri arasında davacıya ödenmesi gereken görev aylıkları tutarı ile bu dönem boyunca ödenen emekli aylıkları arasındaki fark tutar olan 3.957.293.529 TL'nın tam yargı davasının açıldığı 6.7.2001 tarihinden itibaren yürütülecek yasal faizi ile birlikte davalı idarelerce 1/2 oranında paylaşılarak davacıya ödenmesine, fazlaya ilişkin maddi tazminat, faiz ve manevi tazminat isteminin ise reddine karar veren Ankara 9. İdare Mahkemesi kararının davanın reddine ilişkin kısmını onayan, kabule ilişkin kısmını ise bozan Danıştay Onbirinci Dairesinin 15.2.2006 gün ve E:2003/1485, K:2006/680 sayılı kararının, davacı tarafından hukuka aykırı olduğu ileri sürülerek düzeltilmesi istenilmektedir.
Savunmanın Özeti : Davalı idarelerden Sosyal Güvenlik Kurumu Başkanlığı(T.C. Emekli Sandığı Genel Müdürlüğü) tarafından karar düzeltme isteminin reddi gerektiği savunulmuş, diğer davalı idare Posta İşletmeleri Genel Müdürlüğü tarafından ise savunma verilmemiştir.
Danıştay Tetkik Hakimi : Füsun Erkin
Düşüncesi : Dava, Ankara Dikmen PTT Merkez Müdürlüğünde sözleşmeli statüde memur iken emekliye sevk edilen ve daha sonra yargı kararı üzerine görevine iade edilen davacı tarafından, emekliye sevk işleminden dolayı uğranıldığı öne sürülen on milyar lira maddi ve iki milyar lira manevi zararın 3.10.1997 tarihinden itibaren yasal faiziyle birlikte tazmini istemiyle açılmış, İdare Mahkemesince 3.10.1997 tarihi ile 15.2.2001 tarihleri arasında davacıya ödenmesi gereken görev aylıkları ile yine bu dönemde ödenmiş bulunan emekli aylıkları arasında farkın tam yargı davasının açıldığı tarihten itibaren hesaplanacak yasal faiziyle birlikte davacıya ödenmesine, fazlaya ilişkin maddi tazminat, faiz ve manevi tazminat isteminin ise reddine hükmedilmiştir.
Dosyanın incelenmesinden, 3.10.1997 tarihi ile 15.2.2001 tarihleri arasında davacıya ödenmiş bulunan emekli aylıklarının yasal faizi ile birlikte davacı adına borç çıkartıldığı dikkate alındığında, davacının gerçek zararını bu döneme ilişkin ödenmesi gereken

görev aylıklarının toplamı oluşturmakta olup, yalnızca görev aylıkları ile emekli aylıkları arasındaki farkın tazminine hükmeden idare mahkemesinde hukuka uyarlık görülmemiştir.

Yine Danıştayın yerleşik içtihatları uyarınca, iptal üzerine açılan tam yargı davalarında tazminata hükmedilmesi durumunda uygulanması gereken faizin başlangıç tarihinin iptal davasının açıldığı tarih olması gerektiğinden, tam yargı davasının açıldığı tarihten itibaren hesaplanacak faizin davacıya ödenmesine hükmeden idare mahkemesi kararında bu yönüyle de hukuka uyarlık görülmemiştir.

Açıklanan nedenle, karar düzeltme isteminin kabulü ile, Dairemizce verilen 15.2.2006 gün ve E:2003/1485, K:2006/680 sayılı kararın kaldırılarak mahkeme kararının, maddi tazminat ve bu tazminata yürütülecek faizin başlangıç tarihine ilişkin kısmının bozulması gerektiği düşünülmüştür.

Danıştay Savcısı **:** H.Gül Yılmaz

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 Onbirinci Dairesince işin gereği görüşüldü:

Karar düzeltme dilekçesinde ileri sürülen hususlar 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 54. maddesinin 1-(c) fıkrasına uygun görüldüğünden, Danıştay Onbirinci Dairesince verilen 15.2.2006 günlü ve E:2003/1485, K:2006/680 sayılı karar kaldırılarak uyuşmazlığın esası yeniden incelendi:

Dava, Ankara Dikmen PTT Merkez Müdürlüğünde sözleşmeli statüde memur iken emekliye sevk edilen ve daha sonra yargı kararı üzerine görevine iade edilen davacı tarafından, emekliye sevk işleminden dolayı uğranıldığı öne sürülen on milyar lira maddi ve iki milyar lira manevi zararın 3.10.1997 tarihinden itibaren yasal faiziyle birlikte tazmini istemiyle açılmıştır.

İdare mahkemeleri tarafından verilen kararların temyiz yolu ile incelenerek bozulabilmeleri 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 49. maddesinde belirtilen nedenlerden birinin bulunması halinde mümkün olup, Ankara 9. İdare Mahkemesince verilen kararın, manevi tazminat isteminin reddine ilişkin kısmı hukuk ve usule uygun olup bozulmasını gerektirecek bir sebep bulunmamaktadır.

İdare Mahkemesi kararının, davacının maddi tazminat istemine ilişkin kısmına gelince;

Dosyanın incelenmesinden, Ankara Dikmen Posta İşletmesi Merkez Müdürlüğünde görev yapan davacının iki yıllık yüksek okulu bitirmesi nedeniyle 7.9.1994 tarihinde intibakının yapıldığı, 31.7.1997 tarihinde 1. derecenin 1. kademesine geldiğinin bildirilmesi üzerine 19.9.1997 tarihinde emeklilik talebinde bulunduğu, 15.10.1997 tarihinde Emekli Sandığı tarafından davacıya 2. derecenin 3. kademesi üzerinden emekli aylığı bağlanması üzerine, davacının davalı idarelere başvurarak intibakının 1. derecenin 1. kademesi olduğunun bildirilmesi nedeniyle emeklilik isteminde bulunduğunu, 2. derecenin 3. kademesi üzerinden emekli olmak istemediğini, emekli olmaktan vazgeçtiğini bildirdiği, davalı idarelerce talebinin reddi üzerine açılan dava sonucunda, Ankara 5. İdare Mahkemesinin 22.10.1998 gün ve E:1997/1271, K:1998/960 sayılı kararıyla emekliye sevk işleminin iptaline karar verildiği, bu kararın davalı idarelerce temyiz edildiği, Danıştay Beşinci Dairesinin 22.9.1999 gün ve E:2001/184, K:2001/320 sayılı kararıyla idare mahkemesi kararının onandığı ve davalı idarelerin karar düzeltme isteminin Danıştay Onbirinci Dairesinin 22.2.2001 gün ve E:2001/184, K:2001/320 sayılı kararıyla reddedildiği, davacının 15.2.2001 tarihinde yeniden göreve başlatıldığı, Posta İşletmeleri Genel Müdürlüğü tarafından Emekli Sandığı Genel Müdürlüğüne davacının göreve başlatıldığının bildirilmesi üzerine, Sandık tarafından davacının emekli aylıkları kesilerek, 15.10.1997-31.7.2001 tarihleri arası

aylıklarının faizi ile birlikte davacı adına borç çıkarıldığı, bakılmakta olan davanın ise, iptal edilen emekliye sevk işlemi nedeniyle uğranılan maddi ve manevi zarar karşılığı 10.000.000.000.-TL maddi tazminat ve 2.000.000.000.-Tl manevi tazminatın 3.10.1997 tarihinden itibaren işletilecek yasal faiziyle birlikte ödenmesi istemiyle 6.7.2001 tarihinde açıldığı, Ankara 9. İdare Mahkemesince maddi tazminat isteminin kısmen kabulü ile 3.10.1997 tarihi ile 15.2.2001 tarihleri arasında ödenmesi gereken görev aylıkları tutarı ile bu dönem boyunca ödenen emekli aylıkları arasındaki fark tutar olan 3.957.293.529 TL'nın tam yargı davasının açıldığı 6.7.2001 tarihinden itibaren yürütülecek yasal faizi ile birlikte davalı idarelerce 1/2 oranında paylaşılarak davacıya ödenmesine, fazlaya ilişkin maddi tazminat ve faiz istemi ile manevi tazminat isteminin ise reddine karar verildiği anlaşılmakta ise de, davacıya 15.10.1997-31.7.2001 tarihleri arasında ödenen emekli aylıkları tutarının yasal faizi ile birlikte 7.266.149.000.-TL davacı adına borç çıkarıldığı, bu durumda davacının iptal edilen emekliye sevk işlemi nedeniyle uğradığı maddi zararın 3.10.1997 tarihi ile 15.2.2001 tarihleri arasında ödenmesi gereken görev aylıklarının toplamı olduğu dikkate alındığında, davacının maddi zararını 3.10.1997 tarihi ile 15.2.2001 tarihleri arasında ödenmesi gereken görev aylıkları ile bu dönemde ödenen emekli aylıkları arasındaki farktan ibaret kabul eden mahkeme kararının maddi tazminatın hesaplanmasına ilişkin kısmında usul ve hukuka uyarlık görülmemiştir.

Öte yandan, Danıştayın yerleşik içtihatlarına göre iptal ve tam yargı davasının birlikte açılması durumunda maddi zarar için yasal faiz istenilmiş ise; başvuru varsa başvuru tarihinden, başvuru yoksa davanın açıldığı tarihten başlamak üzere yasal faiz yürütülmesi gerekmektedir. İlgililerin iptal davası sonuçlandıktan sonra usulüne uygun olarak tam yargı davası açmaları durumunda ise hükmedilecek maddi tazminat için yürütülecek faizin başlangıç tarihinin, iptal davasının açıldığı tarih(varsa bu davaya konu olan başvuru tarihi) olarak kabul edilmesi gerekmektedir. Dava konusu uyuşmazlıkta, davacı önce iptal davası açarak bu davanın iptal kararıyla sonuçlanması üzerine süresi içinde açtığı tam yargı davasında iptal edilen emekliye sevk işlemi nedeniyle uğradığı maddi zararın tazminini istediğine göre, yukarıda yapılan açıklamalar karşısında, idare mahkemesince, davacının yasal faiz talebinin iptal davasına konu olan başvuru tarihinden itibaren karşılanması gerekirken bu tarih yerine tam yargı davasının açıldığı tarihten itibaren yasal faiz yürütülmesine karar verilmesinde de hukuki isabet görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle, davacının temyiz isteminin kısmen kabulüyle, Ankara 9.İdare Mahkemesinin 24.10.2002 gün ve E:2001/925, K:2002/1345 sayılı kararının, manevi tazminat istemini reddeden kısmının onanmasına, maddi tazminata ve maddi tazminat için tam yargı davasının açıldığı tarihten itibaren yasal faiz hesaplanmasına ilişkin kısmının ise bozulmasına, bozulan kısım hakkında yeniden bir karar verilmek üzere dosyanın adı geçen idare mahkemesine gönderilmesine, 16.9.2008 tarihinde oybirliği ile karar verildi.

T.C.
D A N I Ş T A Y
Onbirinci Daire
Esas No : 2008/7256
Karar No : 2008/8631

Özeti : Hastane mührünün kullanılmasında gerekli titizlik ve özeni göstermeyerek tahrifat yapılan reçetelerin, hastane mührü ile onaylanarak işleme konulmasına yol açan hastane idaresinin, yersiz olarak Emekli Sandığı tarafından karşılanan tedavi giderleri nedeniyle oluşan zarardan sorumlu olduğu hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan (Davalı) : Sosyal Güvenlik Kurumu Başkanlığı
(T.C. Emekli Sandığı Genel Müdürlüğü)

Vekili **:** Av. …

Karşı Taraf (Davacı) **:** Marmara Üniversitesi Rektörlüğü

Vekilleri **:** Av. … - Av. …

İsteğin Özeti **:** Marmara Üniversitesi Rektörlüğü tarafından, T.C. Emekli Sandığı Sağlık Hizmetleri Daire Başkanlığınca hasta tedavi faturalarından doğan alacaklarından kesinti yapılması üzerine yapılan itirazın T.C. Emekli Sandığı İstanbul Bölge Müdürlüğünce reddine ilişkin işlemin iptali ve 28.176.878.512.- TL'nin kesinti tarihinden itibaren hesaplanacak yasal faiziyle birlikte tazmini istemiyle açılan davada, Ankara 4. İdare Mahkemesinin 21.03.2006 gün ve E:2005/623, K:2006/527 sayılı kararıyla; dosyanın incelenmesinden, T.C. Emekli Sandığı Genel Müdürlüğü Teftiş Kurulu Başkanlığınca yapılan soruşturma neticesinde Marmara Üniversitesi Hastanesinde doktorların bilgi ve rızası dışında doktor olmayan şahıslarca gerçeğe uygun olmayan (sahte) ve ilaç ilaveleri yapılmış 22 adet reçeteden 13 tanesinin Marmara Üniversitesi Hastanesi Üroloji Servisinde görev yapan hastabakıcı tarafından yazıldığı, diğer 9 adet reçetenin kimin tarafından yazıldığının tespit edilemediği, ancak bu reçetelerin Hastane Baştabiplik mührünü taşıdığı ve tasdik edilmiş reçeteler olduğunun anlaşıldığı, Sandıkça bu reçetelerin yersiz olarak ödemesinin yapıldığının tespiti üzerine reçete bedellerinin yasal faizi ile birlikte davacı Üniversitenin Emekli Sandığı Genel Müdürlüğünden olan tedavi alacaklarından re'sen mahsup edildiği, bu kesintiye karşı yapılan başvurunun reddedilmesi üzerine de bakılan davanın açıldığı ve mahkemelerinin 11.7.2005 tarihli ara kararıyla ilgililer hakkında açılan kamu davasının neticesinin davalı idareden sorulması üzerine verilen cevabi yazıda Üsküdar 1. Ağır Ceza Mahkemesinin E:2004/453 esasına kayıtlı olarak açılan davanın derdest olduğunun anlaşıldığı; olayda Marmara Üniversitesi Hastanesinde görev yapan hastabakıcının görevini yerine getirirken işlemiş olduğu fiillerden dolayı davalı idarenin zarara uğradığından bahisle ortaya çıkan Sandık zararından davacı Marmara Üniversitesininin sorumlu tutularak doğrudan bu zararın tazmini için tedavi giderlerinden kesinti yapılması yoluna gidilmiş olduğu görülmüş ise de, uyuşmazlık konusu olayda zararın tazmini için ilgili aleyhine adli yargıda dava açılmış olması, sorumluluğun ve kusurun mahkeme kararı ile saptanması ve mahkemece verilecek karara göre zararın tazmini yoluna gidilmesi gerekirken soruşturma raporundaki öneri üzerine doğrudan davacı Üniversitenin kusurlu olduğu kabul edilerek dava konusu meblağın tahsili amacıyla tesis edilen işlemde mevzuata uyarlık bulunmadığı gerekçesiyle dava konusu işlemin iptaline bu işlem nedeniyle kesilen 28.176.878.512.- TL nın dava tarihinden itibaren hesaplanacak yasal faiziyle birlikte tazminine karar verilmiştir. Davalı idare tarafından, hukuka aykırı olduğu ileri sürülerek kararın bozulması istenilmektedir

Savunmanın Özeti **:** İstemin reddi gerektiği savunulmaktadır.

Danıştay Tetkik Hakimi **:** Sibel Kaya Saçmalı

Düşüncesi **:** Temyiz dilekçesinde ileri sürülen iddialar, 2577 sayılı Kanunun 49. maddesinin 1. fıkrasında sayılan bozma nedenlerine uymadığından, temyiz isteminin reddi ile kararın onanması gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı **:** 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 Onbirinci Dairesince işin gereği görüşüldü:

Dosyanın incelenmesinden, Marmara Üniversitesi Hastanesinde yatarak tedavi gören ve Sandık sağlık yardımından yararlanan bazı kişiler adına hastane tarafından düzenlenen reçete tutarlarının yüksek görülmesi üzerine söz konusu reçetelerde yazılı ilaçların bu kişilerce kullanılıp kullanılmadığının, T.C. Emekli Sandığı İstanbul Bölge Müdürlüğünce araştırılması sırasında; hasta tedavi faturaları ve hemşire gözlem formlarında ilgililere ait reçete kayıtlarının bulunmaması ve reçetelerde farklı doktorların isminin yazılmasına karşın yazı karakterlerinin birbirine benzemesi sebebiyle reçetelerin sahte olacağı ihtimalinin belirmesi üzerine T.C. Emekli Sandığı Genel Müdürlüğü Teftiş Kurulu Başkanlığınca soruşturma yapıldığı, bu soruşturma kapsamında Marmara Üniversitesi Hastanesi Baştabipliğince de onaylanmış 22 adet reçetede doktorların rızası ve bilgisi dışında ilaç ilaveleri yapıldığı ve sözkonusu reçeteler ile sağlık karneleri karşılaştırıldığında bu durumun açıkça anlaşıldığı, bahsi geçen reçelerin anlaşmalı eczanece işleme konulmak suretiyle Sandığın zarara uğratıldığının tespit edildiği, bu şekilde tespit edilen zararın, Marmara Üniversitesi Rektörlüğünün, T.C Emekli Sandığı Genel Müdürlüğünden olan alacaklarından (hasta tedavi faturalarından doğan alacaklar) kesinti yapılmak suretiyle tahsiline ilişkin dava konusu işlemin tesis edildiği anlaşılmıştır.

Olayda, yapılan soruşturma sonucunda, bazı hastalara ait sağlık karnelerinin reçetelerle karşılaştırılması suretiyle sağlık karnelerinde bulunmayan bir takım ilaçların reçetelere yazıldığı ve bu şekildeki usulsüz reçetelerin Marmara Üniversitesi Hastanesi Baştabipliğince onaylandığının tespit edildiği görülmektedir.

Bu durumda, hastane mührünün kullanılmasında gerekli titizlik ve özeni göstermeyerek usulsüz ilave ve tahribat yapılan reçetelerin hastane mührü ile onaylanarak işleme konulmasına yolaçan hastane idaresinin, bu fiilinden doğan zarardan sorumlu tutulması gerektiği açıktır.

Öte yandan, sahte reçete düzenlemek ve reçetelere ilave ilaç yazmak fiillerinden dolayı bazı hastane görevlileri hakkında ceza davası açıldığı görülmekte ise de, söz konusu ceza davası sonucunda sanıklar hakkında verilen karar, davalı idarenin sorumluluğunu ortadan kaldırmayacak olup, ceza mahkemesince verilecek karara göre olayda kusurlu olan kişi ya da kişilere davacı idarenin ödediği zararı rücu etme imkanı doğuracaktır.

Açıklanan nedenlerle, davalı idarenin temyiz isteminin kabulüyle Ankara 4. İdare Mahkemesinin 21.03.2006 gün ve E:2005/623, K:2006/527 sayılı kararının bozulmasına, dosyanın yeniden bir karar verilmek üzere adı geçen mahkemeye gönderilmesine, 31.10.2008 tarihinde oybirliği ile karar verildi.

YARGILAMA USULÜ

T.C.
D A N I Ş T A Y
Onbirinci Daire
Esas No : 2007/1339
Karar No : 2008/7961

Özeti : Karar düzeltme dilekçesine karşı verilen cevap dilekçesinde, karşı karar düzeltme isteminde bulunulamayacağı hakkında.

Kararın Düzeltilmesini İsteyen :

1 – Davalı : Sosyal Güvenlik Kurumu Başkanlığı
(T.C. Emekli Sandığı Genel Müdürlüğü)

Vekili : Av. ...

2 – Davacı : ...

Vekili : Av. ...

İsteğin Özeti : Ankara Emniyet Müdürlüğünde polis memuru olarak görev yapmakta iken 1979 yılında teröristlerce öldürülen eşinden dolayı dul aylığı bağlanan ve daha sonra 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanununun 4082 sayılı Yasa ile değişik 21. maddesi uyarınca aylığı artırılarak 1.12.1995 tarihinden geçerli olarak aylık farkları ödenen davacının, ödenen aylık farkları için yasal faiz ödenmesi ve aynı yasa hükmü uyarınca 30 yıl üzerinden ikramiye ödenmesi için yaptığı başvurunun reddine ilişkin işlemin iptali istemiyle açılan davada; dava konusu işlemin iptali, davacının maaş farklarının oluştuğu tarihten ödeme tarihine kadar geçen süre için yasal faiz işletilmesi ve 30 yıl üzerinden emekli ikramiyesi ödenmesi isteminin kabulü yolundaki Ankara 4. İdare Mahkemesi kararının davalı idare tarafından temyiz edilmesi üzerine kararın, davacıya ödenen aylık farklarına yasal faiz işletilmesine ilişikin kısmının onanmasına, buna karşılık 30 yıl üzerinden ikramiye ödenmesine ilişkin kısmının, 3713 sayılı Yasanın 4082 sayılı hükmünün Yasa ile değişik 21. maddesinde belirtilen 30 yıl üzerinden emekli ikramiyesi ödenmesi hükmünün 4082 sayılı Kanunun yürürlüğe girdiği 8.3.1995 tarihinden itibaren ileriye yönelik hüküm ifade edeceği, 8.3.1995 tarihinden önce emekli ikramiyesi almış olanların bu madde hükmünden yararlanamayacağı gerekçesiyle bozulmasına dair Danıştay Onbirinci Dairesinin 10.10.2006 gün ve E:2004/1284, K:2006/4683 sayılı kararının; karşılıklı olarak davalı idare vekili ve davacı vekili tarafından 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 54. maddesi uyarınca düzeltilmesi istenilmektedir.

Savunmanın Özeti : Savunma süresinde verilmemiştir.

Danıştay Tetkik Hakimi : Hakan Baş

Düşüncesi : 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununda temyiz yolu düzenlenirken kararı süresinde temyiz etmeyen tarafa, karşı tarafın temyiz dilekçesine vereceği cevapta temyiz isteminde bulunma hakkı tanınmış ise de; karar düzeltme yolunda bu tür bir düzenlemeye yer verilmediğinden, davalı idarenin karar düzeltme dilekçesinin kendisine tebliği üzerine, davacı vekili tarafından yapılan karar düzeltme isteminin incelenmeksizin reddi gerektiği, Davalı idarenin karar düzeltme istemi hakkında, kararın düzeltilmesi istemine ait dilekçede ileri sürülen hususlar, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 54.maddesinde yazılı nedenlerden hiçbirisine uymadığından istemin reddi gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı : H. Gül Yılmaz

Düşüncesi : Kararın düzeltilmesi dilekçelerinde ileri sürülen nedenler, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 54 ncü maddesinde yazılı nedenlerden hiçbirisine uymadığından, taraflar isteminin reddi gerekeceği düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Onbirinci Dairesince işin gereği görüşüldü:

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 53, 54 ve 55. maddeleri idari yargı mercilerince verilen kararlara ilişkin kararın düzeltilmesi veya yargılamanın yenilenmesi istemlerinin tabi olacağı süre ve nedenleri konusunu düzenlemekte ve 54. maddesin 1. fıkrasında, Danıştay dava daireleri ile İdari veya Vergi Dava Daireleri Kurulları tarafından verilen kararlar hakkında, bir defaya mahsus olmak üzere, kararın tebliğ tarihini izleyen onbeş gün içinde taraflarca kararın düzeltilmesinin istenebileceği hükme bağlanmaktadır.

Yasanın 53, 54 ve 55. maddelerinde yer alan hükümler kararın düzeltilmesi ve yargılamanın yenilenmesi istemleriyle ilgili "özel" hükümler olmakla birlikte, 55. maddenin 5.

fıkrası "53, 54 ve bu madde hükümleri saklı kalmak kaydıyla yargılamanın yenilenmesine ve kararın düzeltilmesinde bu Kanunun diğer hükümleri uygulanır." biçimindeki hükmüyle Yasanın diğer hükümlerinin, bu maddelerdeki hükümlerle çatışmamak kaydıyla veya bu maddelerde boşluk bulunması hallerinde yargılamanın yenilenmesi ve kararın düzeltilmesinde de uygulanabilmesine olanak tanımaktadır.

2577 sayılı Yasada kararlara karşı başvuru yolları 45. ve 55. maddeler arasında düzenlenmiş olup, temyiz yolu ile karar düzeltme istemi başvuru şartları bakımından değerlendirildiğinde; temyiz yoluna başvurma süresinin otuz gün olduğu ve bu sürenin geçirilmesi halinde temyize cevap verme süresi içerisinde temyiz isteminde bulunulabileceği açıkça düzenlenmişken, karar düzeltme yolunda bu sürenin onbeş gün ile sınırlı tutulduğu, "Kararın Bozulması" başlıklı 49. maddesinde ise, temyiz sebeplerinin karar düzeltmede ileri sürülecek sebeplere göre daha geniş tutulduğu, karar düzeltmede ileri sürülen sebepler Kanunda tahdidi olarak sayılarak, karar düzeltme istemini inceleyecek merciin ileri sürülen sebeplerle bağlı bulunduğu hükümleri dikkate alındığında, Yasa koyucunun karar düzeltme yolunu temyiz yoluna göre daha kısıtlayıcı ve daraltıcı hükümlerle düzenlediği görülmektedir.

Yukarıda yer alan hükümler birlikte değerlendirildiğinde, temyiz yoluna göre daha kısıtlayıcı hükümlere yer verilen karar düzeltme yolunda, Kanunda belirtilen başvuru süresinin haricinde 2577 sayılı Yasanın 48. maddesinin "Temyiz dilekçeleri Danıştaya gönderilmek üzere kararı veren mahkemeye verilir ve bu mahkemece karşı tarafa tebliğ edilir. Karşı taraf tebliğ tarihini izleyen otuz gün içerisinde cevap verebilir. Cevap veren, kararı süresinde temyiz etmemiş olsa bile; düzenleyeceği dilekçesinde temyiz isteminde bulunabilir. Bu takdirde bu dilekçe temyiz dilekçesi yerine geçer." yolunda hüküm taşıyan 3. fıkrasının aynı Kanunun 55. maddenin 5. fıkrasında yer alan "bu kanunun diğer hükümleri uygulanır" şeklindeki yollamanın kapsamı dışında kaldığına kuşkuya yer yoktur. Dolayısıyla, Danıştay dava daireleri ile İdari veya Vergi Dava Daireleri Kurullarından verilen kararlara karşı taraflardan birisinin kararın düzeltilmesini istemesi halinde, diğer tarafın bu yoldaki dilekçenin kendisine tebliği üzerine kararın kendisine tebliği tarihine göre onbeş günlük sürenin geçirilmemiş olması hali hariç, kararın düzeltilmesini isteyemeyeceği açıktır.

Dosyanın incelenmesinden, Dairemizin temyiz üzerine verdiği karar, davacıya bizzat 07.12.2006 tarihinde tebliğ edilmesine karşın, davacı tarafından anılan Kanun hükmünde belirtilen onbeş günlük süre içerisinde karar düzeltme isteminde bulunmadığı, ancak davalı idarenin karar düzeltme dilekçesinin 27.12.2006 tarihinde tebliği üzerine 27.6.2008 tarihli dilekçesiyle karar düzeltme isteminde bulunduğu anlaşılmaktadır.

Davacının, 2577 sayılı Kanunun yukarıda belirtilen 54. maddesi uyarınca onbeş gün içinde karar düzeltme isteminde bulunmadığı anlaşıldığından, Kanunda yer almayan bir yöntemle karar düzeltme isteminde bulunmasına hukuken olanak bulunmamaktadır.

Davalı idarenin karar düzeltme 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 bağlı oldukları belirtilmiş bulunmaktadır. Dilekçede ileri sürülen düzeltme sebepleri anılan maddede sayılan sebeplere uymadığından davalı idarenin düzeltme isteminin reddi gerekmektedir.

Açıklanan nedenlerle, davacının karar düzeltme isteminin incelenmeksizin reddine oybirliğiyle, davalı idarenin isteminin ise ise esastan reddine oyçokluğu ile 22.9.2008 tarihinde karar verildi.

AZLIK OYU

X- Polis memuru olarak görev yapmakta iken, 1979 yılında teröristlerce öldürülen eşinden dolayı dul aylığı bağlanan davacının aylıkları, davalı idarece Danıştay 10. Dairesinin

konuya ilişkin bir kararı esas alınarak, 3713 sayılı Kanunun değişik 21. maddesine göre, kendisinden aylık bağlanan ilgilinin görevdeki emsallerinin almakta olduğu aylık seviyesine yükseltilmiş ve aylık farkları faizsiz olarak ödenmiştir. İdarenin yargı kararına dayalı olmaksızın kendiliğinden yaptığı ödemeler nedeniyle faiz ödemesi mümkün değildir.

Davacı aylık farkları faiz konusunda herhangi bir kayıt koymadan tahsil etmiştir. Ana para ihtirazi kayıtsız alındığından aslın feri niteliğindeki faiz isteme hakkı düşmüştür. Evvelce işleyen faizleri talep hakkının mahfuz tutulduğu beyan edilmedikçe bu faizler taleb olunamayacağı için davacının geçmişe dönük olarak faiz isteminde hukuka uyarlık bulunmamaktadır.

Bu nedenle; davalı idarenin herhangi bir kusuru olmaksızın kendiliğinden yapmış olduğu geçmişe yönelik emekli aylık farklarına ilişkin ödenen tutar üzerinden faiz tahakkuk ettirilemeyeceğinden, davalı idarenin düzeltme istemin kabul edilerek, idare mahkemesi kararının bozulması gerektiği oyu ile kararın, ödenen aylık farklarına faiz işletilmesi yönündeki hüküm fıkrasının düzeltilmesi isteminin reddine dair kısmına karşıyım.

T.C.
D A N I Ş T A Y
Onikinci Daire
Esas No : 2008/1444
Karar No : 2008/4333

Özeti : İstanbul Emniyet Müdürlüğünde polis memuru olan davacının, hakim kararıyla hukuka uygun olarak dinlenen telefon konuşmaları içeriğine göre gizli tutulması zorunlu olan ve görevi ile ilgili bulunan bilgi ve belgeleri görevli veya yetkili olmayan kişilere açıklamak fiilini işlediğinden meslekten çıkarma cezası ile cezalandırılmasında, hukuka aykırılık bulunmadığı hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan(Davalı) : İçişleri Bakanlığı
Karşı Taraf : ...
Vekili : Av. ...
İsteğin Özeti : İstanbul 5. İdare Mahkemesi'nce verilen 28.12.2007 günlü, E:2007/1299, K:2007/3143 sayılı kararın dilekçede yazılı nedenlerle 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 : Bahri Bayram
Düşüncesi : İdare Mahkemesince kaset çözümlerinden başka delil bulunmadığı ileri sürülmekte ise de; telefon konuşmalarının hakim kararıyla hukuka uygun olarak elde edilmiş deliller olduğu hususu ile kaset çözümlerindeki konuşmaların içeriği dikkate alındığında, Tüzüğün 8/13. maddesindeki "gizli tutulması zorunlu olan ve görevi ile ilgili bulunan bilgi ve belgeleri görevli veya yetkili olmayan kişilere açıklamak" fiilinin sabit olduğu, dolayısıyla mahkeme 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 Dairesi'nce işin gereği düşünüldü:
Dava, İstanbul Emniyet Müdürlüğü kadrosunda polis memuru olarak görev yapan davacının, Emniyet Örgütü Disiplin Tüzüğü'nün 8/7 ve 8/13. maddesi uyarınca meslekten çıkarma cezasıyla cezalandırılmasına ilişkin 12.4.2007 tarihli işlemin iptali istemiyle açılmıştır.
İstanbul 5. İdare Mahkemesi'nin 28.12.2007 günlü, E:2007/1299, K:2007/3143 sayılı kararıyla; davacının akaryakıt kaçakçılığıyla uğraşan kişiler ile şifreli telefon görüşmeleri

yaptığından bahisle anılan cezanın tesis edildiği, dava dosyasında birer örnekleri bulunan ve davacı ile diğer ilgililerin yapmış olduğu telefon görüşmelerine ilişkin iletişim tespit tutanaklarında yer alan ifade ve beyanların tam ve kesin olarak Emniyet Örgütü Disiplin Tüzüğü'nün 8/7 ve 8/13. madde kapsamında değerlendirilemeyeceği, telefon konuşmaları dışında söz konusu eylem ve işlemlerde bulunduğuna ilişkin yeterli kesin ve inandırıcı deliller bulunmadığı, aynı soruşturma kapsamında rüşvet almak, rüşvet vermek ve bu suça azmettirmekten davacı ve diğer ilgililer hakkında açılan davada ağır ceza mahkemesinde yapılan yargılamadan beraat ettiği dikkate alındığında tesis edilen dava konusu işlemde hukuka uyarlık bulunmadığı gerekçesiyle işlemin iptaline hükmedilmiştir.

Davalı idare, hukuka uygun olarak yapılan telefon dinlemeleriyle davacının eyleminin sabit olduğunu, davacının gizli tutulması zorunlu bilgi ve belgeleri başkalarıyla paylaştığı, yetki ve nüfuzunu kötüye kullandığını ileri sürerek mahkeme kararının bozulmasını istemektedir.

Emniyet Örgütü Disiplin Tüzüğü'nün 8/7. madesinde; Yetkisini veya nüfusunu kendisine veya başkalarına çıkar sağlamak amacıyla veya kin veya dostluk nedeniyle kötüye kullanmak, 8/13. maddesinde; gizli tutulması zorunlu olan ve görevi ile ilgili bulunan bilgi ve belgeleri görevli veya yetkili olmayan kişilere açıklamak, 8/22. maddesinde; kaçakçılık yapmak veya kaçakçılarla ilişki kurmak, fiillerinin meslekten çıkarma cezasını gerektireceği belirtilmiştir.

Dava dosyasının incelenmesinden; davacının, organize bir şekilde yabancı uyruklu gemi yöneticileriyle bağlantı kurup bu gemilerdeki ihtiyaç fazlası akaryakıtı alma hususunda anlaşma yapan, anlaşma yapılan gemiye küçük ölçekli deniz motorları yanaştırmak suretiyle hortumlar aracılığı ile akaryakıt aktaran, bu akaryakıtı sahile yanaştırarak, sahil bölgesindeki kara nakil araçlarıyla akaryakıt istasyonlarına ya da kamyon veya tır parklarına götürerek satan şebekeye menfaat karşılığında, doğrudan ya da dolaylı olarak yardım ettiğinden bahisle düzenlenen soruşturma raporuyla Emniyet Örgütü Disiplin Tüzüğü'nün 8/22. maddesi uyarınca meslekten çıkarma cezası ile tecziyesinin teklifi üzerine Emniyet Genel Müdürlüğü Yüksek Disiplin Kurulunun 12.4.2007 tarih ve 2007/156 sayılı kararıyla aynı Tüzüğün 8/7 ve 8/13 maddesine göre davacının meslekten çıkarılmasına karar verildiği, adli yönden ise "rüşvet almak ve vermek" suçundan İstanbul 1. Ağır Ceza Mahkemesi'nde, "teşekkül halinde kaçakçılık ve bu suça iştirak" suçundan Fatih 1. Asliye Ceza Mahkemesi'nin E:2006/431 sayılı esasına kayıtlı davanın açıldığı ancak, davacının rüşvet almak, rüşvet vermek suçundan İstanbul 1. Ağır Ceza Mahkemesi'nde(15.11.2007 günlü, E:2006/157, K:2007/298 sayılı karar) yapılan yargılamadan suçun sabit olmaması nedeniyle beraat ettiği ve beraat kararının 23.11.2007 tarihinde temyiz edilmeksizin kesinleştiği, Asliye Ceza Mahkemesindeki davanın ise halen görülmekte olduğu anlaşılmıştır.

Davacının, teşekkül içinde yer alan Doğan isimli şahsı arayarak, akaryakıt taşınacak güzergahın güvenli olduğu hususunda bilgi verdiği ve oradaki denetim elemanlarıyla konuştuğunu belirttiği, yine aynı kişiyi arayarak kendisine ait cep telefonu numarasını kayıt ettirdiği, yine teşekkül içinde yer alan Uğur ile görüşerek karakolda bulunduğunu belirttiği, teşekkül içinde yer alan Mücayip isimli şahısla görüşerek; "hemen kaldırın, bak ekipler geliyor oraya, araştırmanın ekipleri" dediği, yine aynı şahısla kaçak akaryakıt taşıyan tankerin birinin yakalandığını, diğerinin de çamura saplandığını görüştüğü, yine aynı şahısla; "et et iptal et, orda pusudalarmış, haberin olsun" bilgisini aktardığı, yine aynı teşekkül içinde yer alan Uğur isimli şahısla; "şimdi araştırmadan arkadaşlar gelecekte bakacağız, kontrol edeceğiz, bıraktırmaya çalışacağız" şeklinde görüştüğü, Seçkin isimli şahısla yaptığı telefon görüşmesinde; "152(görevli komiser) Balat'taymış şahıs kovalıyormuş, sen hemen operasyona başla istersen, sen hemen çıkar" dediği, hususları ve birçok görüşme yaptığı kaset çözümleriyle tespit edilmiştir.

Olayda; davacının, kaçakçılık organizasyonunu yöneten Uğur, Mücayip, Doğan isimli şahısların üçüyle temasının olduğu, her üçüyle de telefonla konuşarak bilgi aktardığı, diğer

görevli polis memurlarının da kaçakçılığa göz yumması için onlara önderlik yaparak kaçakçılarla memurlar arasında iletişim sağladığı, görev sırasında … numaralı otomobilde ekip amirliği yaptığı, bu sırada kaçakçılık yapanlara polisin faaliyetleri hakkında bilgi verdiği, hangi ekibin görevli olduğunun bildirildiği iletişim tespit tutanaklarının incelenmesinden anlaşılmıştır.

Her ne kadar İdare Mahkemesince kaset çözümlerinden başka delil bulunmadığı ileri sürülmekte ise de; telefon konuşmalarının hakim kararıyla hukuka uygun olarak elde edilmiş deliller olduğu hususu ile kaset çözümlerindeki konuşmaların içeriği dikkate alındığında Tüzüğün 8/13. maddesindeki "gizli tutulması zorunlu olan ve görevi ile ilgili bulunan bilgi ve belgeleri görevli veya yetkili olmayan kişilere açıklamak" fiilinin sabit olduğu sonucuna varılmıştır.

Bu durumda; Emniyet Örgütü Disiplin Tüzüğü'nün 8/7 ve 8/13. maddesi uyarınca davacı hakkında tesis edilen işlemin hukuka aykırı olduğu gerekçesiyle dava konusu işlemin her iki fiil bakımından iptali yolunda idare mahkemesince verilen kararda hukuki isabet bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle, davalı idarenin temyiz isteminin kabulüyle İstanbul 5. İdare Mahkemesi'nce verilen 28.12.2007 günlü, E:2007/1299, K:2007/3143 sayılı kararın, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 49. maddesinin 1/b fıkrası uyarınca bozulmasına, aynı maddenin 3622 sayılı Yasa ile değişik 3. fıkrası gereğince ve yukarıda belirtilen nedenler gözetilmek suretiyle yeniden bir karar verilmek üzere dosyanın adı geçen Mahkemeye gönderilmesine, 4.7.2008 tarihinde oyçokluğu ile karar verildi.

KARŞI OY

X- Davacının fiili Emniyet Örgütü Disiplin Tüzüğü'nün 8/13. maddesi kapsamında olmamakla birlikte, kaçakçılarla ilişki kurduğu açık olduğundan Emniyet Örgütü Disiplin Tüzüğü'nün 8/22 maddesi uyarınca cezalandırılarak meslekten çıkarılması gerektiği görüşüyle gerekçe yönünden karara karşıyız.

T.C.
D A N I Ş T A Y
Onikinci Daire
Esas No : 2006/2676
Karar No : 2008/6823

Özeti : TRT Ankara Televizyon Müdürlüğünde şef olarak çalışmakta iken, görevden çıkarma cezası ile cezalandırılan davacının, eski görevine atanması için yaptığı başvurunun reddine dair işlem ile TRT Personel Yönetmeliğinin 100/g maddesinde hukuka aykırılık görülmediği hakkında.

Davacı **:** …
Vekili **:** Av. …
Davalı **:** TRT Kurumu Genel Müdürlüğü
Vekili **:** Av. …
İsteğin Özeti **:** TRT Genel Müdürlüğünün Ankara televizyon Müdürlüğü'ne bağlı Muhasebe Müdürlüğünde Şef ünvanı ile görev yapmakta iken görevden çıkarma cezası ile cezalandırılan davacı, 31.1.2006 tarihli ,göreve atanması isteminin reddine ilişkin işlem ile TRT Personel Yönetmeliğinin 100/g madesinin iptali ve açıkta kaldığı süredeki parasal ve özlük haklarının faizi ile birlikte ödenmesine karar verilmesini istemektedir.

Savunmanın Özeti **:** Kurum Personel Yönetmeliğinin 100/g maddesinin ilgili Yasalara ve 657 sayılı Devlet Memurları Kanununa paralel olarak düzenlendiği, idari yönden yapılan soruşturma sonucuna göre suçun işlendiği sabit olduğundan işten çıkarıldığı öne sürülerek davanın reddi gerektiği savunulmaktadır.

Danıştay Tetkik Hakimi : Sevcan Gülşen

Düşüncesi **:** Yasal dayanaktan yoksun bulunan davanın reddi gerektiği düşünülmüştür.

Danıştay Savcısı **:** E.Nur Necef

Düşüncesi **:** Dava; şef olarak görev yapmakta iken işten çıkarma cezası ile cezalandırılan davacı tarafından, göreve atanması isteminin reddine ilişkin işlem ve TRT Personel Yönetmeliğinin 100/g maddesinin iptali ile açıkta kaldığı süredeki parasal ve özlük haklarının faizi ile birlikte ödenmesine ilişkindir.

2577 Sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 7 nci maddesinde; dava açma süresinin özel Kanunlarında ayrı süre gösterilmeyen hallerde Danıştayda altmış ve vergi mahkemelerinde otuz gün olduğu bu sürelerin idari uyuşmazlıklarda yazılı bildirimin yapıldığı tarihi izleyen günden itibaren başlayacağı, ancak bu işlemlerin uygulanması üzerine ilgililerin düzenleyici işlem veya uygulanan işlem yahut her ikisi aleyhine birden dava açabilecekleri, Düzenleyici işlemin iptal edilmemiş olması bu düzenlemeye dayalı işlemin iptaline engel olamıyacağı belirtilmiştir.

Olayda da; dava dosyasındaki bilgi ve belgelerden davacının TRT Genel Müdürlüğünün Ankara Televizyon Müdürlüğünde şef ünvanı ile görev yapmakta iken kuruma ait malzemeyi zimmetine geçirdiğinden bahisle, Personel Yönetmeliğinin 100/g maddesi uyarınca işten çıkarılma cezası ile cezalandırılmasına ilişkin işleme karşı ankara 4 üncü İdare Mahkemesine dava açtığı iş bu davanın da Mahkemenin 31.5.2005 gün ve E:2004/2648 K:2005/788 sayılı kararıyla reddedildiği, 29.2.2004 tarihinde TRT Genel Müdürlüğüne yazdığı dilekçe ile Ankara 10. Asliye Ceza Mahkemesinde yargılanması sonucunda mahkemenin 21.10.2004 gün ve E:200/648, K:2004/1120 sayılı kararıyla beraat ettiğinden bahisle görevine iadesini talep ettiği daha sonra yine 31.1.2006 tarihli dilekçe ile anılan Beraat kararı uyarınca göreve iadesi ve açıkta kaldığı sürelere ilişkin maaş, tazminat, ikramiye, fazla mesai vs. tüm özlük haklarının ödenmesini talep ettiği davalı idarece de bu talebinin cevap verilmemek suretiyle reddi üzerine iş bu davayı açtığı anlaşılmaktadır.

Bu durumda düzenleyici işlemin dava konusu maddesinin uygulaması görevine son verildiği işlemle birlikte olduğu başka bir ifade ile dava konusu düzenleyici işlem hakkında görevine son verilme işlemi ile bilgi sahibi olduğu açık bulunduğundan yukarıda anılan 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 7 nci maddesinde öngörülen 60 günlük süre geçtikten çok sonra yeniden göreve dönme talebinin cevap verilmemek suretiyle reddine ilişkin işlemle birlikte açılan iş bu davanın düzenleyici işleme ilişkin kısmında süre aşımı bulunduğu açıktır.

Davanın işlemi ilişkin kısmına gelince;

Davalı idarece iş bu davanın Ankara 4 üncü İdare Mahkemesine açılan 31.5.2005 gün ve E:2004/2648 , K:2005/788 sayılı kararıyla reddedilen Temyiz istemide Danıştay 12 nci Dairesinin 18.11.2005 gün ve E:2005/6141, K:2005/4101 sayılı kararıyla süre aşımı nedeniyle reddedilen davayla derdest olduğunu iddia etmekte ise de davadaki işlem yeniden göreve dönme talebinin reddine ilişkin olduğu ve davaların farklı farklı işlemlere ilişkin bulunduğu anlaşıldığından yerinde görülmemiştir.

Göreve son verme işlemi kesinleşmiş olan davacının yeniden göreve atanma isteminin Ankara 10 uncu Asliye Ceza Mahkemesi kararıyla üstüne atılı suçtan beraat etmiş olsa dahi bağlı yetki içinde bulunmayan davalı idarece açıktan atama koşulları içerisinde değerlendirilerek personel ihtiyacı, kadro durumu hizmet gerekleri de gözönünde bulundurarak karar verilmesi gerektiği kuşkusuz olduğundan işlemde hukuka aykırılık bulunmamaktadır.

Belirtilen nedenlerle dava konusu düzenlemenin süre aşımı nedeniyle reddi işleminde reddi gerektiği düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Onikinci Dairesince işin gereği düşünüldü:

TRT Genel Müdürlüğünün Ankara Televizyon Müdürlüğü'ne bağlı Muhasebe Müdürlüğünde Şef ünvanı ile görev yapmakta iken görevden çıkarma cezası ile cezalandırılan davacı, 31.1.2006 tarihli göreve atanması isteminin reddine ilişkin işlem ile TRT Personel Yönetmeliğinin 100/g maddesinin iptali ile açıkta kaldığı süredeki parasal ve özlük haklarının faizi ile birlikte ödenmesine karar verilmesini istemektedir.

TRT Personel Yönetmeliğinin "İşten Çıkarma Cezası verilecek halleri düzenleyen 100.maddesinin g bendinde; "hırsızlık, görevi kötüye kullanma, sahtekarlık....., zimmet..... gibi memurluk sıfatı ile bağdaşmayacak nitelik ve derecede yüzkızartıcı ve utanç verici suçlardan birisini işlediği idari soruşturma sonucunda sabit olanların işten çıkarılma cezası ile cezalandırılacağı hüküm altına alınmıştır.

Uyuşmazlıkta; dava dosyasındaki bilgi ve belgelerden ,davacının TRT Genel Müdürlüğünün Ankara Televizyon Müdürlüğünde şef ünvanı ile görev yapmakta iken kuruma ait malzemeyi zimmetine geçirdiğinden bahisle, Personel Yönetmeliğinin 100/g maddesi uyarınca işten çıkarılma cezası ile cezalandırılmasına ilişkin işleme karşı açılan davanın Mahkemenin 31.5.2005 gün ve E:20045/2648, K.2005/788 sayılı kararıyla reddedildiği, 29.2.2004 tarihinde Ankara 10.Asliye Ceza Mahkemesinde yargılanması sonucu Mahkemenin 21.10.2004 gün ve E:2000/648, K:2004/1120 sayılı kararıyla beraat ettiğinden bahisle görevine iadesini talep ettiği, daha sonra yine 31.1.2006 tarihli dilekçesi ile görevine iade edilmesi ve açıkta geçirdiği sürelere ilişkin maaş, ikramiye vs. diğer tüm özlük haklarının hesaplanarak kendisine ödenmesini talep ettiği, bu talebinin cevap verilmemek suretiyle reddi üzerine bakılan davanın açıldığı anlaşılmaktadır.

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun olay tarihinde yürürlükte olan 2.maddesinin "idari işlemler hakkında yetki, sekil, sebep, konu ve maksat yönlerinden biri ile hukuka aykırı olduklarından dolayı menfaatleri ihlal edilenler tarafından iptal davası açılabileceği "hükmü karşısında; bu davada, iptali istenilen Yönetmeliğin 100/g maddesi davacının göreve iade edilmesi isteminin reddine ilişkin işlemin dayanağı olmadığından anılan maddenin iptalini istemesinde menfaati bulunmamaktadır.

Davanın işleme ilişkin kısmına gelince;

Davacının göreve alınma isteminin, hakkında verilen beraat kararına rağmen, bağlı yetki içinde bulunmayan davalı idarece açıktan atama koşulları içinde boş kadro, ihtiyaç durumu dikkate alınarak ve bu konuda kendisine tanınan takdir yetkisi kullanılarak reddedilmesinde hukuka aykırılık bulunmamaktadır.

Her ne kadar, Ankara 12.İdare Mahkemesinin E:2007/750 sayılı dosyasında yapılan ve bir örneği dosyamıza sunulan 29.11.2007 tarihli ara kararından,dava sürerken disiplin cezasının 5525 sayılı Kanunla af kapsamında kalması nedeniyle karar verilmesine yer olmadığına hükmedilmesi neticesinde davacının 23.2.2007 tarihinde görevine iade edildiği anlaşılmış ise de;dava konusu işlem dava tarihi itibariyle değerlendirildiğinde bu husus dava konusu işlemin sonucunu etkilememektedir.

Açıklanan nedenlerle, davanın TRT Personel Yönetmeliğinin 100/g maddesinin iptali isteminin ehliyet yönünden reddine, göreve alınma isteminin reddine ilişkin kısmının ise esastan reddine, yargılama giderlerinin davacı üzerinden bırakılmasına, kullanılmayan 29.00 YTL posta pulu ücretinin isteği halinde davacıya iadesine 3.12.2008 tarihinde oybirliği ile karar verildi.

T.C.
D A N I Ş T A Y
Onikinci Daire
Esas No : 2006/4248
Karar No : 2008/6949

Özeti : Ziraat Bankası Bayburt Şubesinde sözleşmeli personel iken, zimmet suçu isnadı ile görevden çıkarılan ve bu cezaya karşı açtığı dava reddedilen davacının, almış olduğu disiplin cezasının affa uğradığından bahisle, göreve başlatılması için yaptığı başvurunun reddine dair işleme dayanak olan 2006/1 sayılı Devlet Personel Başkanlığı Genelgesinde, hukuka aykırılık bulunmadığı hakkında.

Davacı **:** ...
Vekili **:** Av. ...
Davalı **:** Başbakanlık Devlet Personel Başkanlığı
İsteğin Özeti **:** Ziraat Bankası Bayburt Şubesi'nde sözleşmeli memur olarak görev yapmaktayken 10.7.2000 tarihinde zimmet nedeniyle görevden çıkarma cezası ile cezalandırılan ve açtığı dava Trabzon İdare Mahkemesi'nin 21.2.2001 günlü, E:2000/931, K:2001/159 sayılı kararıyla reddedilerek temyiz edilmeksizin kesinleşen davacı tarafından, disiplin cezasının 5525 sayılı Yasa uyarınca af kapsamında olduğu öne sürülerek eski görevine başlatılması için yaptığı 20.7.2006 günlü başvurunun 3.8.2006 gün ve 9299 sayılı Ziraat Bankası işlemiyle reddi üzerine işlemin dayanağı olan 2006/1 sayılı Devlet Personel Başkanlığı Genelgesi'nin iptali istenilmektedir.
Savunmanın Özeti **:** Davanın yasal dayanaktan yoksun olduğu, bu nedenle reddi gerektiği savunulmaktadır.
Danıştay Tetkik Hakimi : Şevket Polat
Düşüncesi **:** Yasal dayanaktan yoksun bulunan davanın reddedilmesi gerektiği düşünülmektedir.
Danıştay Savcısı **:** Yaşar Uğurlu
Düşüncesi **:** Dava, T.C.Ziraat Bankası Bayburt Şubesinde çalışan davacının, 2000 yılının Temmuz ayında hakkında açılan disiplin soruşturması neticesinde görevinden alınması sonucu tekrar af yasası nedeniyle görevine dönme istemiyle yaptığı başvurusunun reddedilmesi üzerine söz konusu işlemin dayanağı olan Başbakanlık devlet personel Başkanlığının 19.7.2007 tarih ve 2006/1 saılı Genelgenin iptali istemiyle açılmıştır.

5525 sayılı Memurlar İle Diğer Kamu Görevlilerinin Bazı disiplin Cezalarının Affı Hakkında Kanunun "Disiplin affının kapsamı" başlıklı 1.maddesi, "Disiplin cezalarına karşı açılan davalar" başlıklı 2.maddesi ve "Af kapsamı dışında kalan personel" başlıklı 3.maddesinde açıklanan hükümler karşısında,dava konusu edilen düzenleme hukuk normlarına göre düzenlendiğinden,davacının iddiaları yerinde bulunmamıştır.

Ayrıca davacının soruşturma sonucu hakkında verilen cezadan dolayı görevden alınmasının dayanağını sözü edilen dava konusu genelgeye bağlamakta ise de, Af kanunundan dolayı eski görevlerine dönmek için yapacakları başvuruları kadro ve ihtiyaç ile ilgilinin gerekli nitelikleri taşıyıp taşımadığı noktalarından değerlendirilerek sonucuna göre işlem yapmak konusunda idareye takdir yetkisinin tanındığı,olayda ise davacının eski görevine dönme başvurusunun açıktan atama isteği niteliğinde bulunduğu, idarenin personele ihtiyacı bulunduğuna dair bir duyurusunun da olmadığı anlaşılmıştır.

Açıklanan nedenlerle, davanın reddinin gerekeceği düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Onikinci Dairesi'nce işin gereği düşünüldü:

Dava, Ziraat Bankası Bayburt şubesinde sözleşmeli memur olarak görev yapmaktayken 10.7.2000 tarihinde zimmet nedeniyle görevden çıkarma cezası ile cezalandırılan ve açtığı dava Trabzon İdare Mahkemesi'nin 21.2.2001 günlü, E:2000/931, K:2001/159 sayılı kararıyla reddedilerek temyiz edilmeksizin kesinleşen davacı tarafından, disiplin cezasının 5525 sayılı Yasa uyarınca af kapsamında olduğu öne sürülerek eski görevine başlatılması için yaptığı 20.7.2006 günlü başvurunun 3.8.2006 gün ve 9299 sayılı Ziraat Bankası işlemiyle reddi üzerine işlemin dayanağı olan 2006/1 sayılı Devlet Personel Başkanlığı Genelgesi'nin iptali istemiyle açılmıştır.

Davacının iddiaları dava konusu genelgenin 3. maddesinin 2.(son) fıkrasına ilişkin olduğundan iptali istenilen düzenlemenin sadece bu madde olduğu kabul edilerek uyuşmazlık bu madde kapsamında incelenmiştir.

4.7.2006 gün ve 26218 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 5525 sayılı Memurlar ile Diğer Kamu Görevlilerinin Bazı Disiplin Cezalarının Affı Hakkında Kanun'un 1. maddesi ile; 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 istihlak kaçakçılığı dışında kalan kaçakçılık, resmi ihale ve alım satımlarına fesat karıştırma, devlet sırlarını açığa vurma suçları sebebiyle görevleriyle sürekli olarak ilişik kesilmesi sonucunu doğuran disiplin cezaları ile 2802 sayılı Hakimler 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 hükme bağlanmış; aynı Yasa'nın 2. maddesinde ise, bu yasa kapsamına giren disiplin cezalarına karşı bu Yasanın yürürlüğe girdiği tarihten önce yargı merciilerine başvurmuş olanlardan yürürlük tarihinden itibaren 30 gün içinde davaya devam etmek istemeyenlerin davaları hakkında, görülmekte olan davalarda ilgili mahkemece, karar temyiz edilmiş ise Danıştay'ca, "karar verilmesine yer olmadığına" ve tarafların yaptıkları masrafların üzerlerinde bırakılmasına karar verileceği, vekalet ücretine hükmedilmeyeceği belirtilmiştir.

19.7.2006 gün ve 26233 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 2006/1 sayılı Başbakanlık Devlet Personel Başkanlığı Genelgesi'nin 3. maddesinin 2.(son) fıkrasında; "657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 125'inci maddesinin (E) bendinde sayılan fiil ve hallerden dolayı veya tüzük ve yönetmelikleri gereği görevlerine son verilen personelin işledikleri fiil ve hallerin, 5525 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Bazı Disiplin Cezalarının Affı Hakkında Kanun'un 1'inci maddesi'nde sayılan suçlardan olmaması durumunda yeniden göreve alınmalarına mani hal ortadan kaldırılmış olmakla birlikte, devlet memurluğundan ya da meslekten çıkarılanlar ile sözleşmesi feshedilenlerin herhangi bir kuruma müracaatları halinde, yeniden göreve alınmaları; durumlarına uygun boş kadro veya pozisyon olması, hizmetlerine ihtiyaç duyulması ve bu kadro ve pozisyonlara ait nitelikleri taşımaları kaydıyla ilgili mevzuatı ve açıktan atama prosedürü çercevesinde kamu kurum ve kuruluşlarının takdirinde bulunmaktadır." hükmü yer almaktadır.

Dava, dosyasının ve davayla ilgili olan Danıştay Onikinci Dairesi'nin E:2007/4210 sayılı esasına kayıtlı dosyanın incelenmesinden; davacının Ziraat Bankası Bayburt Şubesinde sözleşmeli memur olarak görev yapmaktayken 10.7.2000 tarihinde zimmet nedeniyle Ziraat Bankası Disiplin Yönetmeliği'nin 9/n maddesi uyarınca görevden çıkarma cezası ile cezalandırıldığı, bu işlemin iptali istemiyle açtığı davanın Trabzon İdare Mahkemesi'nin 21.2.2001 günlü kararıyla reddedildiği, davacının disiplin cezasına konu fiil nedeniyle

yargılandığı ceza davasında; Oltu Ağır Ceza Mahkemesi'nin 11.6.2001 günlü, E:2000/47, K:2001/26 sayılı kararıyla davacının 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 240/2 maddesi uyarınca görevi kötüye kullanma suçundan 5 ay 25 gün hapis cezası ile cezalandırılmasına, bu cezanın da ağır para cezasına çevrilerek ertelenmesine karar verildiği, 4.7.2006 tarihinde 5525 sayılı Memurlar ile Diğer Kamu Görevlerinin Bazı Disiplin Cezalarının Affı hakkında Kanun'un yürürlüğe girmesi sonrasında davacının 20.7.2006 tarihinde Ziraat Bankası A.Ş. Genel Müdürlüğü'ne başvurduğu ve disiplin cezasının af kapsamında olduğunu belirterek eski görevine tekrar atanmak istediği, başvurusunun 3.8.2006 gün ve 9299 sayılı işlemle 2006/1 sayılı Başbakanlık Devlet Personel Başkanlığı Genelgesi'nin 3/2. maddesi öne sürülerek reddedilmesi üzerine bu işlemin iptali istemiyle Ankara 3. İdare Mahkemesi'nin E:2006/2191 sayılı Esasında davasını açtığı, işlemin dayanağı olan 2006/1 sayılı Başbakanlık Devlet Personel Başkanlığı Genelgesi'nin iptali istemiyle de bakılan davayı açtığı anlaşılmaktadır.

Uyuşmazlık disiplin cezası nedeniyle görevlerine son verilen personelin, söz konusu disiplin cezalarının sonradan af kapsamına girmesi halinde eski görevlerine atanabilmeleriyle ilgili olarak kurumların takdir yetkilerinin mi yoksa bağlı yetkilerinin mi olduğu hususuna ilişkindir.

5525 sayılı Yasa hükümleri incelendiğinde; anılan Yasa'da memurlar ve diğer kamu görevlilerinin 23.4.1999 - 14.2 2005 tarihleri arasındaki işledikleri fiiller nedeniyle verilen bazı disiplin cezalarının affının öngörüldüğü, af kapsamındaki cezaların tüm sonuçları ile affedildiğinin belirtildiği, buna karşılık af kapsamındaki cezalar nedeniyle görevlerine son verilmiş olan personelin eski görevlerine tekrar atanmalarını öngören herhangi bir düzenlemeye yer vermediği görülmektedir.

Bu durumda; 5525 sayılı Yasa'nın bu yasa kapsamındaki cezaları geleceğe etkili olarak tüm sonuçlarıyla ortadan kaldırması, böylece ilgililerin tekrar memuriyete atanmalarının önündeki engelleri kaldırmasına karşılık, idareye ilgilileri eski görevlerine atama konusunda herhangi bir yükümlülük getirmemesi karşısında; anılan yasa uyarınca af kapsamına giren disiplin cezaları nedeniyle görevlerine son verilmiş olan personelin yeniden göreve atanmalarının durumlarına uygun boş kadro veya pozisyon olması, hizmetlerine ihtiyaç duyulması ve bu kadro ve pozisyonlara ait nitelikleri taşımaları kaydıyla ilgili mevzuatı ve açıktan atama prosedürü çerçevesinde kamu kurum ve kuruluşlarının takdirinde olduğu yolundaki dava konusu genelge hükmünde 5525 sayılı Yasa'ya ve üst hukuk normlarına aykırılık bulunmadığı anlaşılmıştır.

Açıklanan nedenlerle, yasal dayanaktan yoksun bulunan davanın reddine, yargılama giderlerinin davacı üzerinde bırakılmasına, 23-YTL tutarındaki artan posta pulu ücretinin isteği halinde davacıya iadesine 17.12.2008 tarihinde oy birliği ile karar verildi.

T.C.
D A N I Ş T A Y
Onikinci Daire
Esas No : 2007/192
Karar No : 2009/868

Özeti : Isparta İli Aksu İlçesi çok programlı lise müdürü olan davacı hakkında, ilköğretim müfettişince düzenlenen soruşturma raporuna dayanılarak tesis edilen disiplin cezasında, mevzuata uyarlık görülmediği hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan (Davacı): …
Vekili **:** Av. …
Karşı Taraf **:** Isparta Valiliği
İsteğin Özeti **:** Antalya 1. İdare Mahkemesinin 6.7.2006 günlü, E:2005/1457, K:2006/971 sayılı kararının dilekçede yazılı nedenlerle temyizen incelenerek bozulması isteminden ibarettir.
Savunmanın Özeti **:** Savunma verilmemiştir.
Danıştay Tetkik Hakimi **:** Demet Özen
Düşüncesi **:** Mahkeme kararının onanması gerektiği düşünülmüştür.
Danıştay Savcısı **:** Yaşar Uğurlu
Düşüncesi **:** İdare ve vergi mahkemelerince verilen kararların temyizen incelenerek bozulabilmesi için, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 49 uncu maddesinin birinci fıkrasında belirtilen nedenlerin bulunması gerekmektedir.

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

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Onikinci Dairesince işin gereği düşünüldü:

Dava, Isparta İli … İlçesi Çok Programlı Lisesi Müdürü olan davacının, 1702 sayılı Yasanın 22/4. maddesi uyarınca bir günlük maaş kesimi cezası ile cezalandırılmasına ilişkin 22.6.2005 günlü işlemin iptali istemiyle açılmıştır.

Antalya 1. İdare Mahkemesinin 6.7.2006 günlü, E:2005/1457, K:2006/971 sayılı kararıyla; davacının üzerine atılı disiplin suçunun sübuta erdiği ve bu suça uygun olan disiplin cezasıyla cezalandırıldığı anlaşıldığından dava konusu işlemde hukuka aykırılık bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddedilmiştir.

Davacı, dava konusu işlemin hukuka aykırı olduğunu öne sürmekte ve İdare Mahkemesi kararının temyizen incelenerek bozulmasını istemektedir.

13.8.1999 günlü, 23785 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Milli Eğitim Bakanlığı İlköğretim Müfettişleri Başkanlıkları Yönetmeliğinin işlem tarihinde yürürlükte bulunan 42. maddesinde, müfettiş ve müfettiş yardımcılarının görev alanları düzenlenmiştir. Buna göre, müfettiş ve müfettiş yardımcılarının rehberlik ve iş başında yetiştirme, teftiş ve değerlendirme, inceleme, soruşturma hizmetlerine yönelik olarak;

a)İlköğretim Okulları,
b)Yetiştirici ve tamamlayıcı sınıflar ve kurslar,
c)Özel eğitime muhtaç çocuklar için açılmış okullar ve sınıflar,
d)Okul öncesi eğitim kurumları, uygulama sınıfları ve tamamlayıcı sınıflar ve kurslar,
e)Halk eğitim merkezi ve akşam sanat okulları ile bunlara bağlı kurslar,
f)Çıraklık eğitim merkezleri,
g)Eğitim araçları ve donatım merkezi ve akşam sanat okulu müdürlükleri,
h)Rehberlik ve araştırma merkezlerinde ve akşam sanat okulu müdürlükleri,
i)Öğretmen ve akşam sanat okulları, öğretmen evi, lokalleri ve sosyal tesisleri,
j)Milli eğitim yayın evleri,
k)Sağlık eğitim merkezleri,
I)Hizmetiçi eğitim enstitüleri ve akşam sanat okulları ile hizmetiçi eğitim merkezleri,
m)Spor ve izcilik merkezleri,
n)Gençlik ve izcilik eğitim tesisleri,
o)Öğrencileri yetiştirme ve sınavlara hazırlama kursları,
p)Özel eğitim kurumlarına bağlı, dershane ve okullar ile her türlü özel yaygın eğitim kursları,
r)Diyanet İşleri Başkanlığı'na bağlı kur-an kursları,

s)Dernek ve vakıflarca açılan ve Bakanlığın denetimi ve gözetimi altında bulunan gerçek ve tüzel (şirket) kişilere ait öğrenci yurtları,

t)Valilikçe denetimi uygun görülen diğer okul ve kurumların, görev alanlarını oluşturduğu hükme bağlanmıştır.

Yukarıda yer alan düzenleme uyarınca İlköğretim müfettişlerinin teftiş değerlendirme, inceleme ve soruşturma yapma yetkileri Yönetmelikte sayılan okul ve kurumlarla sınırlı olup, bu kapsamda yer almayan liselerin denetimi hakkında soruşturma yapma yetkisi Bakanlığa ait bulunmaktadır.

Bu durumda, Isparta İli … İlçesi Çok Programlı Lisesi Müdürü olarak görev yapan davacı hakkında yetkili olmayan ilköğretim müfettişleri tarafından düzenlenen soruşturma raporuna dayanılarak tesis edilen işlemde mevzuata uyarlık görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle, davacının temyiz isteminin kabulüyle, Antalya 1. İdare Mahkemesince verilen 6.7.2006 günlü, E:2005/1457, K:2006/971 sayılı kararın 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 49. maddesinin 1/b fıkrası uyarınca bozulmasına, aynı maddenin 3622 sayılı yasa ile değişik 3. fıkrası gereğince ve yukarıda belirtilen hususlar gözetilerek yeniden bir karar verilmek üzere dosyanın adı geçen Mahkemeye gönderilmesine, 18.2.2009 tarihinde oyçokluğu ile karar verildi.

KARŞI OY

X- İdare Mahkemesi kararının hukuk ve usule uygun olduğu ve onanması gerekeceği görüşüyle karara katılmıyorum.

T.C.
D A N I Ş T A Y
Onikinci Daire
Esas No : 2007/506
Karar No : 2009/869

Özeti : Öğretmen olan davacının, 657 sayılı Yasa'nın 125/E-g maddesi uyarınca, Devlet memurluğundan çıkarılmasına dair işleme esas alınan fiille ilgili ceza mahkemesi kararının kesinleşip kesinleşmediğinin araştırılmasından sonra, Devlet memurluğundan çıkarılma işlemine ilişkin davanın karara bağlanması gerektiği hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan (Davalı): Milli Eğitim Bakanlığı
Karşı Taraf **:** ….
Vekili **:** Av. …, Av. …
İsteğin Özeti **:** Bursa 1. İdare Mahkemesinin 11.10.2006 günlü, E:2006/2282, K:2006/1499 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 : Demet Özen
Düşüncesi **:** İdare Mahkemesince verilen karar ve dayandığı gerekçe hukuk ve usule uygun olup, bozulmasını gerektirecek bir neden de bulunmadığından anılan kararın onanması gerektiği düşünülmüştür.
Danıştay Savcısı **:** H.Gül Yılmaz

Düşüncesi **:** İdare ve vergi mahkemesi kararlarının Danıştay tarafından bozulması halinde, yeniden verilecek kararlara karşı yapılacak temyiz başvurularının, ancak, mahkemece bozma esaslarına uyulmuş olup olmadığı yönünden incelenmesi mümkün olup, idare mahkemesince, Danıştay Onikinci Dairesinin bozma kararına uyulmak suretiyle verilen karara karşı yapılan temyiz başvurusunun reddi ile Mahkeme kararının onanmasının uygun olacağı düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Onikinci Dairesince işin gereği düşünüldü:

Dava; öğretmen olan davacının, 657 sayılı Yasanın 125/E-g maddesi uyarınca Devlet memurluğundan çıkarma cezasıyla cezalandırılmasına ilişkin 3.12.2003 günlü işlemin iptali istemiyle açılmıştır.

Bursa 1. İdare Mahkemesince Danıştay Onikinci Dairesinin 11.4.2006 günlü, E:2005/2079, K:2006/1368 sayılı bozma kararına uyularak verilen 11.10.2006 günlü, E:2006/2282, K:2006/1499 sayılı kararla; davacının "zorla kadın kaçırıp alıkoymak ve zorla ırza geçmeye teşebbüs etmek" suçundan yapılan yargılamasında Bursa 5.Ağır Ceza Mahkemesince beraatine karar verildiği, ceza mahkemesince müsnet suçun unsurlarının oluşmadığına hükmedildiğinden, davacının bu eylemi nedeniyle disiplin cezasıyla cezalandırılmasında hukuka uyarlık bulunmadığı gerekçesiyle dava konusu işlem iptal edilmiştir.

Davalı idare, İdare Mahkemesi kararının hukuk ve usule uygun olmadığını öne sürmekte ve temyizen incelenerek bozulmasını istemektedir.

4.7.2006 gün ve 26218 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren 5525 sayılı Memurlar ile Diğer Kamu Görevlilerinin Bazı Disiplin Cezalarının Affı Hakkında Kanunun 1. maddesinde; 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 istihlak kaçakçılığı dışında kalan kaçakçılık, resmi ihale ve alım satımlarına fesat karıştırma, Devlet sırlarını açığa vurma suçları sebebiyle görevleriyle sürekli olarak ilişik kesilmesi sonucunu doğuran disiplin cezaları ile 2802 sayılı Hakimler ve Savcılar Kanununun 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 affedilmiştir denilmek suretiyle Kanunun kapsamı belirlenmiş, 2.maddesinde ise; bu Kanun kapsamına giren ve 23.4.1999 tarihinden 14.2.2005 tarihine kadar işlenmiş fiillerden dolayı verilmiş disiplin cezalarına bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten önce idari yargı merciilerine başvurmuş olanlardan bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren otuz gün içinde dosyanın bulunduğu yargı merciine müracaat etmek suretiyle davaya devam etmek istediklerini bildirmeyenlerin davaları hakkında, görülmekte olan davalarda davayı gören mahkemece, karar temyiz edilmiş ise Danıştayca, karar verilmesine yer olmadığına ve tarafların yaptıkları masrafların üzerlerinde bırakılmasına karar verilir, vekalet ücretine hükmedilmez, bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren otuz gün içinde davaya devam etmek istediklerini bildirenlerin davalarının görülmesine devam olunur. Ancak, davanın davacının aleyhine sonuçlanması halinde bu Kanunla getirilen af hükümleri uygulanır hükümlerine yer verilmek suretiyle görülmekte olan davaların nasıl sonuçlandırılacağı hüküm altına alınmış bulunmaktadır.

5525 sayılı Kanunla af dışı bırakılan suçlar aynı zamanda Türk Ceza Kanununa göre de suç olduğundan, bu suçlardan dolayı yapılan soruşturma sonucu, disiplin kurulu kararı

ile kurumlarıyla sürekli ilişkileri kesilen kamu görevlilerinin af yasasından yararlanabilmeleri için anılan suçlardan ceza yargılaması sonucunda hüküm giymemiş olmaları gerekir.

Esasen, 657 sayılı Devlet Memurları Yasasının 48. maddesinin A/5 bendi, bu suçlardan hüküm giyenlerin memurluğa alınmalarını yasaklamış ve memurlukları sırasında memur olma koşullarını kaybeden kamu görevlilerinin de memuriyetlerinin sona ereceği aynı Yasanın 98/b maddesinde belirtildiğinden, söz konusu suçlardan hükümlü bulunanların memur olarak görevlerine devam etmeleri veya memurluğa yeniden alınmaları mümkün değildir.

Bu durumda, disiplin suçu nedeniyle kurumlarıyla sürekli olarak ilişiği kesilmiş olan kamu görevlilerinden, 5525 sayılı Kanunda belirtilen suçlar nedeniyle haklarında adli yargıda dava açılmayan veya dava açılmakla birlikte mahkumiyet kararı olmayanlar af yasası kapsamına alınmış bulunmaktadır.

Olayda, öğretmen olan davacının, bir öğrencisinin annesini otosuna bindirdikten sonra Kocayayla'ya götürdüğü ve orada zorla ırzına geçmeye çalıştığı iddiası üzerine açılan soruşturma sonucunda dava konusu işlemle Devlet memurluğundan çıkarıldığı ve aynı iddialar nedeniyle "Zorla kadın kaçırıp alıkoymak ve zorla ırza geçmeye teşebbüs etmek" suçundan yapılan yargılamasında Bursa 5. Ağır Ceza Mahkemesinin 27.12.2005 günlü, E:2005/350, K:2005/297 sayılı kararıyla beraat ettiği anlaşılmıştır.

Davaya devam edilmesi istemiyle dilekçe vermediği anlaşılan davacının, üzerine atılı disiplin suçunun 5525 sayılı Yasa uyarınca af kapsamında olup olmadığının tespiti açısından, Bursa 5. Ağır Ceza Mahkemesince verilen beraat kararının kesinleşip kesinleşmediğinin araştırılması ve söz konusu beraat kararının kesinleşmiş olması halinde karar verilmesine yer olmadığına hükmedilmesi gerekirken bu yönde araştırma ve inceleme yapılmaksızın verilen temyize konu kararda hukuki isabet bulunmamaktadır:

Açıklanan nedenlerle, davalı idarenin temyiz isteminin kabulüyle Bursa 1.İdare Mahkemesince verilen 11.10.2006 günlü, E:2006/2282, K:2006/1499 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, 18.2.2009 tarihinde oyçokluğu ile karar verildi.

KARŞI OY

X- Davacının üzerine atılı disiplin suçunun niteliği itibariyle 5525 sayılı Yasa kapsam dışında olduğu, bu nedenle işin esasının incelenmesi gerektiği görüşüyle karara katılmıyorum.

T.C.
D A N I Ş T A Y
Onikinci Daire
Esas No : 2007/1419
Karar No : 2009/1123

Özeti : Makinist yardımcısı olarak görev yapan davacının 1/30 oranında aylıktan kesme cezası ile cezalandırılmasına dair işlemde, davacının usule uygun savunması alınmadığı için hukuka uyarlık görülmediği hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan (Davalı) : T.C.D.D. İşletmesi Genel Müdürlüğü
Vekili **:** Av. ….
Karşı Taraf **:** …
Vekili **:** Av. …
İsteğin Özeti **:** Diyarbakır 2. İdare Mahkemesince verilen 8.9.2006 günlü, E:2005/520, K:2006/1408 sayılı kararın dilekçede yazılı nedenlerle 2577 sayılı Kanunun 49. maddesi uyarınca temyizen incelenerek bozulmasına karar verilmesi 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 **:** Anayasanın 129/2. ve TCDD Personel Yönetmeliği'nin 122. maddeleri hükümleri uyarınca, soruşturmayı yapan veya ilgili disiplin kurulunca davacının üzerine atılı fiiller belirtilmek ve 7 günden az olmamak üzere süre verilerek savunması alınmak suretiyle disiplin cezası verilmesi gerekirken, soruşturmacı tarafından alınan ifadeyi savunma olarak kabul etmek suretiyle verilen cezada hukuka uyarlık bulunmadığı gerekçesinin de eklenmesi suretiyle işlemin iptali yolundaki İdare Mahkemesi kararının onanmasına karar verilmesi 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 Onikinci Dairesince, davacının 6.7.2006 günlü dilekçe ile 5525 sayılı Kanunun 2. maddesi uyarınca davaya devam edilmesi isteminde bulunduğu görülerek işin gereği düşünüldü:

Dava; makinist yardımcısı olarak görev yapan davacının TCDD Personel Yönetmeliği'nin 100/5. maddesine göre "1/30 oranında aylıktan kesme" cezası ile cezalandırılmasına dair TCDD 5. Bölge Müdürlüğü Disiplin Kurulu'nun 7.1.2005 günlü ve 2005/7 sayılı kararının iptali ile bu ceza nedeniyle aylığından yapılan kesintinin kesinti tarihinden itibaren işleyecek yasal faizi ile birlikte ödenmesine karar verilmesi istemiyle açılmıştır.

Diyarbakır 2. İdare Mahkemesinin 8.9.2006 günlü, E:2005/520, K:2006/1408 sayılı kararı ile; makinist yardımcısı olarak görev yapan davacıya, makinistlerin görevleri arasında sayılan bir görevi yerine getirmediği gerekçesiyle verilen cezada hukuka uygunluk bulunmadığı gerekçesiyle iptaline, işlem nedeniyle aylığından yapılan kesintinin de dava açma tarihi olan 1.4.2005 tarihinden itibaren işleyecek yasal faziyle birlikte davacıya ödenmesine karar verilmiştir.

Davalı idare; TCDD Personel Yönetmeliği hükümlerine uygun olarak verilen disiplin cezasının hukuka da uygun olduğunu ileri sürmekte ve İdare Mahkemesi kararının temyizen incelenerek bozulmasını istemektedir.

T.C. Anayasasının 129/2. maddesinde; memurlar ve diğer kamu görevlileri ile kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları mensuplarına savunma hakkı tanınmadıkça disiplin cezası verilemeyeceği belirtilmiştir.

TCDD Personel Yönetmeliği'nin "Savunma Hakkı" başlıklı 122. maddesinde de; savunması alınmadan, personel hakkında disiplin cezası verilemeyeceği, hakkında disiplin

kovuşturması yapılan personelin, soruşturmayı yapanın, disiplin cezasını vermeye yetkili amirin ve disiplin kurulunca tanınan 7 günlük süre içinde yazılı olarak savunmasını yapacağını, bu sürenin tebliğ tarihinden itibaren işlemeye başlayacağı, belirtilen süre içinde savunmasını yapmayan personelin, savunma hakkından vazgeçmiş sayılacağı hükmüne yer verilmiştir.

Olayda; TCDD Diyarbakır Depo Müdürlüğü'nde görevli olan davacının, 23.9.2004 tarihinde 08.00-12.00 saatleri arasında depo hizmetlerinde görevli olduğu halde, depo manevrası hizmetlerini yapmadığından bahisle hakkında soruşturma açıldığı, soruşturmacı tarafından ifadesinin alındığı, soruşturmayı yapan veya ilgili disiplin kurulu tarafından süre verilmek suretiyle savunmasının alınmadığı, getirilen teklif doğrultusunda TCDD 5. Bölge Müdürlüğü Disiplin Kurulu'nun 7.1.2005 günlü ve 2005/7 sayılı kararı ile TCDD Personel Yönetmeliği'nin 100/5. maddesine göre "1/30 oranında aylıktan kesme" cezası ile cezalandırılmasına karar verildiği, bu işlemin iptali ve bu işlem nedeniyle aylığından yapılan kesintinin yasal faziyle birlikte ödenmesine karar verilmesi istemiyle bakılmakta olan davanın açıldığı anlaşılmış olup, Anayasanın ve TCDD Personel Yönetmeliği'nin yukarıda aktarılan hükümleri uyarınca, soruşturmayı yapan veya ilgili disiplin kurulunca davacının üzerine atılı fiiller belirtilmek ve 7 günden az olmamak üzere süre verilerek savunması alınmak suretiyle disiplin cezası verilmesi gerekirken, davacının soruşturmacı tarafından alınan ifadesi yeterli görülerek verilen cezada hukuka uyarlık bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle, davalı idarenin temyiz isteminin reddine, Diyarbakır 2. İdare Mahkemesinin 8.9.2006 günlü, E:2005/520, K:2006/1408 sayılı kararının yukarıda belirtilen gerekçenin de eklenmesi suretiyle onanmasına, temyiz giderlerinin istemde bulunan davalı idare üzerinde bırakılmasına, 6.3.2009 tarihinde oybirliği ile karar verildi.

T.C.
D A N I Ş T A Y
Onikinci Daire
Esas No : 2008/1133
Karar No : 2009/1305

Özeti : Vakıflar eski bölge müdürü olan davacının, parsel satışı için kullanabileceği belirtilen tutarı kullanmayarak, kurumu 1.900 TL taviz bedelinden mahrum bırakması nedeniyle, 1/30 oranında aylıktan kesme cezası ile cezalandırılmasında, hukuka aykırılık bulunmadığı hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan (Davalı): Başbakanlık Vakıflar Genel Müdürlüğü
Vekili **:** Av. …
Karşı Taraf **:** …
İsteğin Özeti **:** Ankara 10. İdare Mahkemesince verilen 7.11.2007 günlü, E:2007/163, K:2007/1980 sayılı kararın dilekçede yazılı nedenlerle 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 49. maddesi uyarınca temyizen incelenerek bozulmasına karar verilmesi istenilmektedir.
Savunmanın Özeti **:** Savunma verilmemiştir.
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:

Dava; … Vakıflar Bölge Eski Müdürü olan davacının, 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 125/C-a maddesi uyarınca "1/30 oranında aylıktan kesme" cezası cezalandırılmasına dair 26.1.2007 günlü işlemin iptali istemiyle açılmıştır.

Ankara 10. İdare Mahkemesinin 7.11.2007 günlü, E:2007/163, K:2007/1980 sayılı kararıyla; davacının davalı idareyi temsilen Sinop İli, Ordu köyünde bulunan Sultan Beyazıt Vakfından şerhli mülkiyeti şahıslar adına kayıtlı … ve … parsel sayılı taşınmazların her biri için 30.000.- TL tutarında pey ileri sürülmesine ilişkin kararının davacıya satıştan bir gün önce 17.4.2006 tarihinde telefonla bildirildiği, ancak buna karşın davacının … parsel sayılı taşınmazda kendisine verilen limiti kullanmakla beraber, … parsel sayılı taşınmazın açık artırmasında kendisine verilen 30.000.- TL limiti kullanmadığı görülmekte ise de; söz konusu fiili nedeniyle kusurlu olan davacının bu şekilde davranmakta bir kastının olup olmadığının açıkça ortaya konulmadığı, davacının kendisi ya da bir başkası adına menfaat sağlamak veya kurumunu zarar uğratmak amacıyla kasıtlı olarak verilen emir ve görevleri tam ve zamanında yapmadığının somut bilgi ve belgeler ile ortaya konulmadığı, nitekim, davacı hakkında yürütülen soruşturma sırasında müfettişe verdiği savunmasında, söz konusu taşınmazların satış ihalesinde, … parsel sayılı taşınmazın 41.000.- TL bedelle ihale edilmesi üzerine toplam 60.000.- TL'lik limiti gözönünde bulundurarak tekliflerin 20.000.- TL'yi geçmesi üzerine ihaleden çekildiğini beyan ettiği, dolayısıyla da davacının kendisine telefonla bildirilen talimatları yanlış yorumlayarak kusurlu davrandığı, ancak bu olayda bir kastının bulunmadığının görüldüğü gerekçesiyle işlemin iptaline karar verilmiştir.

Davalı idare, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunun 11. maddesinde, Devlet memurlarının, kanun, tüzük ve yönetmeliklerde belirtilen esaslara uymakla ve amirler tarafından verilen görevleri yerine getirmekle yükümlü ve görevlerinin iyi ve doğru yürütülmesinden amirlerine karşı sorumlu olduğunun kurala bağlandığını, davacının bizzat iştirak ettiği bir satışta bir gün evvel kendisine telefonla bildirilen 30.000,00.- TL limiti kullanmayarak taşınmazın 20.500,00 TL'sına satılmasına ve böylelikle 1.900,00.- TL idare zararına sebebiyet vermiş olduğu kanaati ile anılan Yasanın 125/C-a maddesi kapsamında kalan suçu karşılığında verilen cezanın hukuka uygun olduğunu ileri sürmekte ve İdare Mahkemesi kararının temyizen incelenerek bozulmasına karar verilmesi istenilmektedir.

657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 125/C-a maddesinde; kasıtlı olarak, verilen emir ve görevleri tam ve zamanında yapmamak, görev mahallinde kurumlarca belirlenen usul ve esasları yerine getirmemek, görevle ilgili resmi belge, araç ve gereçleri korumamak, bakımını yapmamak ve hor kullanmak fiilini işleyen Devlet memurlarının brüt aylığından 1/30-1/8 oranında kesinti yapılarak cezalandırılacağı hükmüne yer verilmiştir.

Dosyanın incelenmesinden, … Vakıflar Bölge Eski Müdürü olan davacının Sinop İli, Merkez Ordu Köyünde bulunan Sultan Beyazıt Vakfından şerhli mülkiyeti şahıslar adına kayıtlı … ve … parsel sayılı taşınmazların izale-i şuyu yöntemi ile 18.4.2006 günü yapılan satışına katıldığı, Vakıflar Meclisi'nin 12.4.2006 günlü ve 307 sayılı kararı doğrultusunda her bir parsel için 30.000.- TL limit kullanması konusunda yetkilendirildiğinin satıştan bir gün önce kendisine bildirilmiş olmasına rağmen, … sayılı parsel de 29.000 TL teklifte bulunduğu halde … sayılı parselde en son 20.000.- TL teklif ederek taşınmazın 20.500.- TL'ye satılmasına neden olduğu, böylelikle 1.900.- TL idare zararına sebebiyet verdiği gerekçesiyle 657 sayılı

Kanunun 125/C-a maddesi uyarınca verilen "1/30 oranında aylıktan kesme" cezasının iptali istemiyle bakılan davanın açıldığı anlaşılmaktadır.

Bu durumda, davacının kendisine her bir parselin satışında kullanabileceği 30.000.- TL limiti … sayılı parselin satışında kullanmayıp kurumu 1.900.- TL taviz bedelinden mahrum bırakmış olması karşısında 657 sayılı Kanunun 125/C-a maddesi kapsamında kalan bu eylemi nedeniyle verilen disiplin cezasında hukuka aykırılık bulunmamakta olup, davacının kasıtlı olarak disiplin suçu işlemediği gerekçesiyle işlemin iptali yolunda verilen İdare Mahkemesi kararında da isabet görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle, davalı idarenin temyiz isteminin kabulüyle Ankara 10. İdare Mahkemesince verilen 7.11.2007 günlü, E:2007/163, K:2007/1980 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, 13.3.2009 tarihinde oyçokluğu ile karar verildi.

KARŞI OY

X- Hukuk ve usule uygun bulunan İdare Mahkemesi kararının onanmasına karar verilmesi gerektiği görüşüyle, çoğunluk kararına karşıyım.

T.C.
D A N I Ş T A Y
Onikinci Daire
Esas No : 2008/2174
Karar No : 2009/1703

Özeti : İnfaz ve Koruma memuru olan davacının, 657 sayılı Yasa'nın 125/E-g maddesi uyarınca, Devlet memurluğundan çıkarma cezası ile cezalandırılmasına dair işlemde, 657 sayılı Yasa'nın 129. maddesi uyarınca son savunması alınmadan tesis edilmiş olması nedeniyle, hukuka uyarlık görülmediği hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan (Davacı): …
Vekili **:** Av. …
Karşı Taraf **:** Adalet Bakanlığı
İsteğin Özeti **:** Zonguldak İdare Mahkemesince verilen 7.3.2008 günlü, E:2007/1920, K:2008/300 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 : Müjgan Karyağdı
Düşüncesi **:** Davacıya Yüksek Disiplin Kurulunca 657 sayılı Yasa'nın 129. maddesi kapsamında son savunma hakkı tanınmadan verilen disiplin cezasında hukuka uyarlık bulunmadığından, kararın bozulması gerektiği düşünülmüştür.
Danıştay Savcısı **:** Gül Filiz Aslantaş
Düşüncesi **:** Davacının 657 sayılı Yasanın 125/E-g maddesi uyarınca devlet memurluğundan çıkarılmasına ilişkin işleme karşı açılan davanın reddi yolundaki İdare Mahkemesi kararının temyizen incelenerek bozulmasına karar verilmesi istenilmektedir.

Dosyanın incelenmesinden; Devlet memurluğundan çıkarma cezasının Adalet Bakanlığı Yüksek Disiplin Kurulunca, davacının 657 sayılı Yasa'nın 129 uncu maddesi kapsamında son savunması alınmadan verildiği anlaşıldığından dava konusu işlemde mevzuata ve disiplin hukuku ilkelerine uyarlık görülmemiştir.

Belirtilen nedenle dava konusu işlemin iptali gerektiğinden aksi yöndeki İdare Mahkemesi kararının bozulmasının uygun olacağı düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Onikinci Dairesince işin gereği düşünüldü:

Dava, davacının infaz ve koruma memuru olarak görev yapmakta iken, 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 125/E-g maddesi uyarınca Devlet memurluğundan çıkarma cezası ile cezalandırılmasına ilişkin 16.10.2007 günlü işlemin iptali istemiyle açılmıştır.

Zonguldak İdare Mahkemesinin 7.3.2008 günlü, E:2007/1920, K:2008/300 sayılı kararıyla; rüşvet almak suçundan dolayı davacı hakkında adli ve idari yönden soruşturma açıldığı, adli yönden yargılandığı davadan, cezaevinde hükümlülerden menfaat temin etmek suretiyle görevini kötüye kullandığından dolayı hüküm giydiği, disiplin soruşturması sonucunda da fiilinin sübuta erdiği gerekçesiyle, dava konusu disiplin cezasıyla cezalandırılmasına karar verildiği, dosyanın incelenmesinden de hükümlülerden menfaat temin etmek suretiyle görevini kötüye kullandığı anlaşılan davacı hakkında tesis edilen işlemde hukuka aykırılık görülmediği gerekçesiyle dava reddedilmiştir.

Davacı; hakkında bir alt cezanın uygulanmamasının hukuka aykırı olduğunu öne sürmekte ve İdare Mahkemesi kararının temyizen incelenerek bozulmasını istemektedir.

657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 130. maddesinde "Devlet memuru hakkında savunması alınmadan disiplin cezası verilemez. Soruşturmayı yapanın veya yetkili disiplin kurulunun 7 günden az olmamak üzere verdiği süre içinde veya belirtilen bir tarihte savunmasını yapmayan memur, savunma hakkından vazgeçmiş sayılır" hükmüne yer verilmiştir.

Savunma hakkı memur disiplin hukukunun en önemli teminatlar, arasında yer alır. Bir memura savunma hakkı tanınmadan disiplin cezası verilmesi iptal sebebi oluşturur.

657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 129. maddesinde ise, Devlet memurluğundan çıkarma cezasını verme konusunda yetkili kılınan Yüksek Disiplin Kurullarının gerek inceleme yöntemi, gerekse bu kurullar önünde kullanılacak savunma hakkı bakımından diğer cezalara göre daha farklı ve detaylı düzenlemeler öngörülmüştür.

Maddede "Yüksek disiplin kurulları kendilerine intikal eden dosyaların incelenmesinde, gerekli gördükleri takdirde, ilgilinin sicil dosyasını ve her nevi evrakı incelemeye, ilgili kurumlardan bilgi almaya, yeminli tanık ve bilirkişi dinlemeye veya niyabeten dinletmeye, mahallen keşif yapmaya veya yaptırmaya yetkilidir. Hakkında memurluktan çıkarma cezası istenen memur, sicil dosyası hariç, soruşturma evrakını incelemeye, tanık dinletmeye, disiplin kurulunda sözlü veya yazılı olarak kendisi veya vekili vasıtasıyla savunma yapma hakkına sahiptir" hükmü yer almıştır. 130. maddede diğer cezalar bakımından memura sadece 7 günden az olmamak üzere yazılı veya sözlü bir savunma hakkı tanınmışken 129. maddeyle memuriyetten çıkarma cezası açısından, soruşturma ile ilgili evrakın incelenmesinden veya vekili vasıtasıyla sözlü savunma yapılmasına kadar, 130. maddeden farklı olarak geniş bir savunma hakkı tanınmış bulunmaktadır. Yasa koyucu disiplin cezası bakımından ilgili açısından en ağır sonuçları doğuran Devlet memurluğundan çıkarma cezasının verilmesinde, bu şekilde bir savunma hakkının tanınmasını memur statüsü açısından önemli bir güvence olarak öngörmüştür.

Bu durumda, Yüksek Disiplin Kurulunca, hakkında Devlet memurluğundan çıkarma cezası ile cezalandırılması teklif edilen ilgiliye (konunun kurula intikalinden önce savunması alınmış olsa bile) son savunma hakkı tanınması gereklidir.

Dosyadaki belgelerin incelenmesinden, davacı hakkında Devlet memurluğundan çıkarma cezasını veren Adalet Bakanlığı Yüksek Disiplin Kurulunca davacının 657 sayılı Yasa'nın 129. maddesi kapsamında son savunmasının alınmadığı, soruşturmacının almış olduğu savunmaların değerlendirilmesi suretiyle karar verildiği anlaşılmıştır.

Bu durumda, yukarıda sözü edilen Yasa hükümleri uyarınca hakkında Devlet Memurluğundan çıkarma cezası teklif edilen davacı hakkında Yüksek Disiplin Kurulunca son savunması alınmadan tesis edilen işlemde mevzuata ve disiplin hukuku ilkelerine uyarlık görülmediğinden, bu husus gözardı edilerek verilen kararda isabet bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle, davacının temyiz isteminin kabulüyle Zonguldak İdare Mahkemesince verilen 7.3.2008 günlü, E:2007/1920, K:2008/300 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, 27.3.2009 tarihinde oyçokluğu ile karar verildi.

KARŞI OY

X- Usul ve hukuka uygun bulunan kararın onanması gerektiği oyuyla karara karşıyım.

T.C.
D A N I Ş T A Y
Onikinci Daire
Esas No : 2007/3556
Karar No : 2009/1704

Özeti : Şanlıurfa Sanayi ve Ticaret İl Müdürü olan davacının, Devlet memurluğundan çıkarma cezası ile cezalandırılmasına dair işleme esas alınan fiili nedeniyle yapılan ceza yargılaması sonucu, görevi kötüye kullanmak suçundan hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına hükmedilmesi nedeniyle, durumunun 5525 sayılı Yasa kapsamında olduğu hakkında.

Kararın Düzeltilmesini İsteyen (Davacı): …
Vekili **:** Av. …
Karşı Taraf **:** Sanayi ve Ticaret Bakanlığı
İsteğin Özeti **:** Şanlıurfa Sanayi ve Ticaret İl Müdürü olarak görev yapan davacının, Devlet memurluğundan çıkarma cezasıyla cezalandırılmasına ilişkin Sanayi ve Ticaret Bakanlığı Yüksek Disiplin Kurulunun 6.2.2003 tarih ve E:2002/1, K:2002/2 sayılı kararın ve bu kararın davacıya bildirimine ilişkin Sanayi ve Ticaret Bakanlığı Personel Dairesi Başkanlığının 17.2.2003 tarih ve B.14.0.PER.0.00.00.07/1258 sayılı işleminin iptali istemiyle açılan davanın, davacıya isnat olunan fiilin sübuta erdiği sonucuna varılmakla tesis olunan işlemde hukuka aykırılık görülmediği gerekçesiyle, reddi yolunda Gaziantep 1. İdare Mahkemesince verilen 24.9.2004 günlü, E:2003/360, K:2004/1356 sayılı kararın onanmasına dair Danıştay Onikinci Dairesinin 27.4.2007 günlü, E:2005/346, K:2007/2081 sayılı kararının dilekçede yazılı nedenlerle düzeltilmesi ve İdare Mahkemesi kararının bozulması istenilmektedir.
Savunmanın Özeti **:** Karar düzeltme isteminin reddi gerekeceği yolundadır.
Danıştay Tetkik Hakimi : Müjgan Karyağdı

Düşüncesi **:** Karar düzeltme isteminin reddi gerekeceği düşünülmektedir.

Danıştay Savcıs : E.Nur Necef

Düşüncesi **:** Kararın düzeltilmesi dilekçesinde ileri sürülen nedenler, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 54.maddesinde yazılı nedenlerden hiçbirisine uymadığından, istemin reddi gerekeceği düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Onikinci Dairesince işin gereği düşünüldü:

Dava, davacının Şanlıurfa Sanayi ve Ticaret İl Müdürü olarak görev yapmakta iken Devlet memurluğundan çıkarma cezasıyla cezalandırılmasına ilişkin 6.2.2003 günlü işlem ile bu işlemin bildirimine ilişkin 17.2.2003 günlü işlemin iptali istemiyle açılmıştır.

Gaziantep 1. İdare Mahkemesince verilen 24.9.2004 günlü, E:2003/360, K:2004/1356 sayılı kararıyla; davacının rüşvet almak suçundan dolayı Şanlıurfa 1.Ağır Ceza Mahkemesi'nin 25.12.2003 günlü, E:2002/239, K.2003/230 sayılı kararıyla hüküm giydiği, soruşturma sonucu düzenlenen soruşturma dosyasının incelenmesinden davacıya isnad edilen fiilin sübuta erdiğinin anlaşıldığı, bu nedenle tesis edilen işlemde hukuka aykırılık görülmediği gerekçesiyle dava reddedilmiştir.

Davacının almış olduğu mahkumiyet kararının henüz kesinleşmediğini ileri sürerek yapmış olduğu temyiz başvurusu Danıştay Onikinci Dairesinin 27.4.2007 günlü, E:2005/346, K:2007/2081 sayılı kararıyla reddedilerek İdare Mahkemesi kararı onanmıştır.

Davacı almış olduğu mahkumiyet kararının henüz kesinleşmediğini öne sürmekte ve İdare Mahkemesi kararının bozulması istenilmektedir.

Kararın düzeltilmesi dilekçesinde öne sürülen hususlar 2577 sayılı İdari Yargılama Usülü Kanunun 54. maddesinin (c) bendine uygun görüldüğünden Dairemizin 27.4.2007 günlü, E:2005/346, K:2007/2081 sayılı kararı kaldırarak uyuşmazlığın esası yeniden incelendi:

Memurlar ile Diğer Kamu Görevlilerinin Bazı Disiplin Cezalarının Affı Hakkında 5525 sayılı Kanun'un 1.maddesi ile; 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 istihlak kaçakçılığı dışında kalan kaçakçılık, resmi ihale ve alım satımlarına fesat karıştırma, Devlet sırlarını açığa vurma suçları sebebiyle görevleriyle sürekli olarak ilişik kesilmesi sonucunu doğuran disiplin cezaları ile 2802 sayılı Hakimler ve Savcılar Kanununun 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 hükme bağlanmış; aynı Yasanın 2.maddesinde ise, bu yasa kapsamına giren disiplin cezalarına karşı bu Yasanın yürürlüğe girdiği tarihten önce yargı merciilerine başvurmuş olanlardan yürürlük tarihinden itibaren 30 gün içinde davaya devam etmek istemeyenlerin davaları hakkında, görülmekte olan davalarda ilgili mahkemece, karar temyiz edilmiş ise Danıştayca, "karar verilmesine yer olmadığına" ve tarafların yaptıkları masrafların üzerlerinde bırakılmasına karar verileceği, vekalet ücretine hükmedilmeyeceği belirtilmiştir.

Dosyanın incelenmesinden, davacı hakkında rüşvet almak suçundan dolayı Şanlıurfa 1.Ağır Ceza Mahkemesi'nin 25.12.2003 günlü, E:2002/239, K.2003/230 sayılı kararının Yargıtayca bozulduğu ve anılan Mahkemenin bozma kararına uyarak 23.10.2008 günlü, K:2008/241 sayılı kararıyla davacının görevi kötüye kullanmak suçundan cezalandırılmasına ve hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verildiği ve bu kararın temyiz edilmeksizin kesinleştiği anlaşılmıştır.

Bu durumda davacıya verilen disiplin cezası, (işlenen fiil tarihi itibariyle de) yukarıda anılan Yasa uyarınca af kapsamında olduğundan ve davacı tarafından anılan Yasada öngörülen sürede davaya devam talebinde de bulunulmadığından karar verilmesine yer olmadığına, yargılama giderlerinin taraflar üzerinde bırakılmasına ve avukatlık ücreti verilmesinin mümkün bulunmadığına, 27.3.2009 tarihinde oyçokluğu ile karar verildi.

KARŞI OY

X- Karar düzeltme isteminin reddi gerektiği oyuyla karara karşıyım.

T.C.
D A N I Ş T A Y
Onikinci Daire
Esas No : 2007/2310
Karar No : 2009/2257

Özeti : Polis memuru olan davacının, 15.6.2002-25.6.2002 tarihleri arasında meşru ve kabul edilebilir mazereti olmaksızın göreve gelmediği anlaşıldığından, görevden çekilmiş sayılmasına ilişkin işlemde hukuka aykırılık bulunmadığı hakkında.

Kararın Düzeltilmesini İsteyen(Davalı): İçişleri Bakanlığı
Karşı Taraf : ...
Vekili : Av. ...
İsteğin Özeti : Polis memuru olarak görev yapan davacının, 15.6.2002-25.6.2002 tarihleri arasında izinsiz ve mazeretsiz olarak göreve gelmediğinden bahisle görevden çekilmiş sayılmasına ilişkin işlemin iptali ile bu işlem nedeniyle açıkta kaldığı döneme ait maaş ve özlük haklarının davacıya verilmesi, işlemin tesis edildiği 25.6.2002 tarihinden itibaren yoksun kalınan parasal haklara yasal faiz uygulanması yolunda Diyarbakır İdare Mahkemesince verilen 09.07.2004 günlü, E:2002/2333, K:2004/1888 sayılı kararın onanmasına dair Danıştay Onikinci Dairesi'nin 13.11.2006 günlü, E:2005/1299, K:2006/4699 sayılı kararının düzeltilmesi ve mahkeme kararının bozulması istenilmektedir.
Savunmanın Özeti :Savunma verilmemiştir.
Danıştay Tetkik Hakimi : Yusuf Altıntaş
Düşüncesi :Karar düzeltme isteminin reddi gerektiği düşünülmektedir.
Danıştay Savcısı : Sevil Bozkurt
Düşüncesi : Kararın düzeltilmesi dilekçesinde ileri sürülen nedenler, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 54.maddesinde yazılı nedenlerden hiçbirisine uymadığından, istemin reddi gerekeceği düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Onikinci Dairesi'nce işin gereği düşünüldü:

Dava, polis memuru olarak görev yapan davacının, 15.6.2002-25.6.2002 tarihleri arasında izinsiz ve mazeretsiz olarak göreve gelmediğinden bahisle görevden çekilmiş sayılmasına ilişkin 27.07.2002 tarihli işlemin iptali ile dava konusu işlem nedeniyle açıkta kaldığı döneme ait maaş ve özlük haklarının işlem tarihinden itibaren yasal faiziyle birlikte tazminine karar verilmesi istemiyle açılmıştır.

Diyarbakır İdare Mahkemesinin 9.7.2004 günlü, E:2002/2333, K:2004/1888 sayılı kararıyla; 15.6.2002-25.6.2002 tarihleri arasında izinsiz ve mazeretsiz olarak göreve

gelmediğinden bahisle tesis edilen görevden çekilmiş sayılma işleminin, davacının eşinin rahatsızlığı nedeniyle refakatçi kalmasının gerekliliği ve bu sırada kendisinin de rahatsızlanmasının davalı idarece kabul edilmesi gereken ciddi nitelikte bir mazaret olduğu ve bu arada davacının izin talebinde de bulunduğu dikkate alındığında 657 sayılı Kanunun 94. maddesi hükmüne göre tesis edilen dava konusu işlemde hukuka uyarlık bulunmadığı gerekçesiyle iptali ile bu işlem nedeniyle açıkta kaldığı döneme ait maaş ve özlük haklarının işlemin tesis edildiği 25.6.2002 tarihinden itibaren yasal faiziyle birlikte davacıya verilmesine hükmedilmiş bu karar Dairemizin 13.11.2006 günlü, E:2005/1299, K:2006/4699 sayılı kararıyla onanmıştır.

Davalı idare, davacı tarafından mahkemeye ibraz edilen istirahat raporunun sonradan alındığı, usule aykırı olduğu, gerçeği yansıtıp yansıtmadığının kontrolüne imkan bulunmadığı, davacının eşinin rahatsızlığının refakatçi gerektirmediği dolayısıyla kabul edilebilir bir mazereti olmadan göreve devam etmemenin sabit olduğunu ileri sürmekte ve karar düzeltme isteminin kabul edilerek, İdare Mahkemesi kararının bozulmasını istemektedir.

Kararın düzeltilmesi dilekçesinde öne sürülen nedenler, 2577 sayılı İdari Yargılama Kanununun 54.maddesinin (c) bendine uygun görüldüğünden Danıştay Onikinci Dairesinin 13.11.2006 günlü, E:2005/1299, K:2006/4699 sayılı kararının kaldırılmasına karar verilerek uyuşmazlığın esası yeniden incelendi;

657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 94. maddesinde ; "Devlet memuru bağlı olduğu kuruma yazılı olarak müracaat etmek suretiyle memurluktan çekilme isteğinde bulunabilir. Mezuniyetsiz veya kurumlarınca kabul edilen mazereti olmaksızın görevin terk edilmesi ve bu terkin kesintisiz 10 gün devam etmesi halinde, yazılı müracaat şartı aranmaksızın, çekilme isteğinde bulunulmuş sayılır.'' hükmü yer almaktadır.

11/08/1973 tarih ve 14622 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren, Devlet Memurlarının Tedavi Yardımı ve Cenaze Giderleri Yönetmeliğinin 8.maddesinde; hasta memurun bulunduğu yerde hükümet tabibi, sağlık ocağı veya belediye tabibi bulunmadığı ve ulaşım mümkün olmadığı takdirde, hastanın ilk muayene ve tedavisinin, serbest tabip varsa onun, bu da yoksa ilk yardımın sağlık memuru, hemşire veya ebe tarafından sağlanması yoluna gidileceği, 15. maddesinde; acil vakalarda, yukarıdaki maddelerde söz konusu edilen işlemlere başvurulmaksızın, hastanın gerekli tedavisi hastanın bizzat kendisi veya hasta ile ilgili biri tarafından derhal yaptırılacağı, bu muayene ve tedavinin mümkün olduğu takdirde, memurun bağlı olduğu kurum tabibine, olmadığı takdirde hükümet tabibine veya belediye tabibine veya sağlık ocağına bunun da mümkün olamadığı takdirde, bu Yönetmeliğin 8 inci maddesinde belirtilen hastanelerden birine veya bir sağlık merkezine; bunun da mümkün olmadığı takdirde, serbest tabibe veya özel sağlık kuruluşuna başvurulmak suretiyle yaptırılacağı ve gerekli işlemlerin sonradan tamamlanacağı, aynı Yönetmeliğin 27. maddesinin 2. fıkrasında da; hastanın (memur veya bakmakla yükümlü olduğu kişi) tedavi edilmek üzere başka bir yere gönderilmesi sırasında yanında bir kimsenin bulundurulmasının zorunlu olduğu hastayı gönderen sağlık kurumu veya kuruluşunun raporunda belirtildiği takdirde, hastaya birinin eşlik ettirileceği düzenlenmiştir.

11.8.1973 tarih ve 14622 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren Memurların Hastalık Raporlarını Verecek Hekim ve Sağlık Kurulları Hakkında Yönetmeliğinin 2. maddesinde; tek hekimin 20 güne kadar hastalık izni verebileceği, 7. maddede; acil vakalarda düzenlenen hastalık raporları uyarınca hastalık izni verilebilmesi için raporda vakanın acil olduğunun belirtilmiş olmasının şart olduğu ve en kısa zamanda Devlet Memurlarının Tedavi Yardımı ve Cenaze Giderleri Yönetmeliğinin ilgili maddelerine göre muayeneye sevk edilerek hakkında bu muayene sonucuna göre işlem yapılacağı, aynı Yönetmeliğin 9. maddesinde ise alınan raporların hastalık iznine dönüştürülmesinde izlenecek usul düzenlenmiş ve memurlara, merkezde kurum amirinin, illerde kurum amirinin teklifi üzerine mülki amirin, yurt dışında misyon şefinin onayı ile hastalık raporlarında

gösterilen istirahat süreleri kadar hastalık izni verileceği, bu Yönetmelik ile Devlet Memurları Tedavi Yardımı ve Cenaze Giderleri Yönetmeliğinde tespit edilen usul ve esaslara uyulmaksızın alınan hastalık raporlarına dayanılarak hastalık izni verilemeyeceği, usule uyulmadığından bahisle hastalık izni verilmediği halde görevlerine başlamayan memurların izinsiz ve özürsüz olarak görevlerini terk etmiş sayılarak haklarında 657 sayılı Kanun ve değişiklikleriyle, özel kanunların bu konularla ilgili hükümlerinin uygulanacağı hüküm altına alınmıştır.

Dosyanın incelenmesinden; Mardin İl Emniyet Müdürlüğü emrinde görev yapan davacının 16.05.2002 tarihinde senelik izne ayrıldığı, izin bitiminde Mardin Emniyet Müdürlüğü hekimliğinden 10 gün istirahat raporu aldığı, rapor bitiminde 15.06.2002 tarihinde görevine başlaması gerekirken başlamadığı 2 gün sonra faks dilekçe ile eşinin rahatsızlığı nedeni ile refakatçi kalmak zorunda olduğunu Kurumuna bildirdiği, eşinin sevk kağıdı ve tedavi gördüğü Gaziantep Üniversitesi Şahinbey Tıp Merkezinin 29.07.2002 tarih ve 1919 sayılı yazısında; 14.06.2002 tarihinde davacının eşi adına sevk kağıdı alındığı ve aynı gün hastane kaydına giriş yapıldığı ancak 18.6.2002 tarihinde muayene ve tetkiklerin yapıldığı, sevk kağıdının üzerine 14-19.06.2002 tarihleri arasında tetkik yapıldığının yazıldığı ve ilgili doktor tarafından sevkin kapatıldığı ve sevk kağıdında hastanın refakatçi nezaretinde tedavi edilmesinin gerekli olduğunun belirtilmediği, davacının göreve başlaması gereken tarihten yaklaşık 30 gün sonra 18.07.2002 tarihinde göreve başlamak için müracaatta bulunduğu, 22.07.2002 tarihinde davacının yapmış olduğu devamsızlıkla ilgili bilgisine başvurulduğu bu ifadede davacının; eşinin rahatsızlığı nedeniyle eşine refakat etmek zorunda kaldığını, refakatçi gerektiğini doktorların kendisine söylediğini başkaca diyecek bir şeyinin olmadığını ifade ettiği ve bunun üzerine 27.07.2002 günlü dava konusu işlemle, davacının 657 sayılı Yasanın 94. maddesi uyarınca memuriyetten çekilmiş sayılmasına karar verildiği, 30.09.2002 tarihinde bakılmakta olan davanın açıldığı ve bu davada; 20.06.2002 tarihinde Şanlıurfa'da serbest olarak çalışan bir doktorun muayenehanesinden alınan ve bu doktorun tek başına imzalamış olduğu 30 günlük istirahat raporunun mazeret olarak kabul edilmesi gerektiğinin ileri sürüldüğü ancak bu raporun idareye bildirilmediği, Sağlık Bakanlığı tarafından bu konu ile ilgili olarak yapılan incelemede; dosyaya ibraz edilen raporu düzenleyen doktorun kayıt tutmadığının veya tuttuğu kayıtların Sağlık Bakanlığınca belirlenen usullere uygun olmadığı gibi raporunda usule uygun olmadığının tespit edildiği anlaşılmıştır.

Yukarıda yer alan Yönetmelik hükümlerinin birlikte değerlendirilmesinden ; hangi hastalara refakat edileceğine ancak sağlık kuruluşunca karar verilebileceği, hasta memurun kamu sağlık kuruluşları tarafından tedavisinin mümkün olmadığı hallerde (aciliyet-yetersiz tıbbi imkan) serbest tabibe veya özel sağlık kuruluşuna müracaat edilebileceği, bu durumda dahi sevk usulünün sonradan tamamlanacağı, tek hekimin 20 günden fazla istirahat raporu düzenleyemeceği, alınan hastalık raporlarının kurumca uygun görülmesi ile hastalık iznine dönüşeceği sonucuna ulaşılmaktadır.

Olayda; davacının eşine refakat edilmesine sağlık kuruluşunca gerek görülmemesi ve davacının refakat ettiğini belirttiği eşinin tedavisinin 19.06.2002 tarihinde tamamlanmış olması karşısında davacı tarafından ileri sürülen eşinin rahatsızlığı nedeniyle devamsızlık yapmak zorunda kaldığı yönündeki mazeret beyanının hukuken kabulüne olanak bulunmadığı gibi idareye ibraz edilmeyen ve sonradan mahkemeye ibraz olunan hastalık raporunun tek hekimin vereceği istirahat sınırını aşmış olması, resmi sağlık kuruluşlarına müracaat mümkün iken serbest doktora müracaat edilmesi, serbest doktor tarafından usulsüz olarak verilen istirahat raporu ile ilgili sonradan sevk zinciri oluşturularak alınan raporun usule uygun hale getirilmeye çalışılmaması, kurumdan hastalık izni talep etme gibi yükümlülüklerin davacı tarafından yerine getirilmemesi bir diğer ifade ile ortaya çıkan usulsüzlüklerin ağırlığı ve bu usulsüzlüklerin alınan raporun geçerliliğini tamamen ortadan kaldırması karşısında davacı tarafından ileri sürülen istirahat raporu nedeniyle devamsızlık yapmak zorunda kaldığı yönündeki mazeret beyanının da hukuken kabulüne olanak bulunmamaktadır.

Bu durumda; İdare Mahkemesince, olaydaki usulsüzlüklerin ağırlığı dikkate alınmadan davacı tarafından ileri sürülen mazeretlerin meşru ve kabul edilebilir mazeretler olduğu gerekçesi ile dava konusu işlemin iptali ile yoksun kalınan parasal ve özlük hakların yasal faiziyle birlikte tazmini yolunda karar verilmesinde hukuki isabet görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle, davalı idarenin temyiz isteminin kabulü ile Diyarbakır İdare Mahkemesince verilen 09.07.2004 günlü, E:2002/2333, K:2004/1888 sayılı kararın 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 49. maddesinin 1/b fıkrası uyarınca bozulmasına, aynı maddenin 3622 sayılı Yasa ile değişik 3. fıkrası gereğince ve yukarıda belirtilen nedenler gözetilmek suretiyle yeniden bir karar verilmek üzere dosyanın adı geçen Mahkemeye gönderilmesine, 15.04.2009 tarihinde oyçokluğu ile karar verildi.

KARŞI OY

X- Karar düzeltme isteminin reddi gerektiği kanaati ile aksi yöndeki çoğunluk kararına katılmıyoruz.

T.C.
D A N I Ş T A Y
Onikinci Daire
Esas No : 2007/4705
Karar No : 2009/2492

Özeti : Davacının atama onayının iptaline ilişkin işlemde adaylık dönemini başarıyla bitirip asaletinin onanmış olması nedeniyle, hukuka uyarlık görülmediği hakkında.

Kararın Düzeltilmesini İsteyen (Davalı): Tarım ve Köyişleri Bakanlığı
Karşı Taraf **:** …
Vekili **:** Av. …
İsteğin Özeti **:** 21.6.2001 tarihinde Mera Fonunda sözleşmeli personel olarak çalışmaya başlayan ve 4684 sayılı Kanun gereğince memur olarak atanan davacının atama onayının iptaline ilişkin 13.6.2003 günlü işlemin iptali istemiyle açılan davada; adaylık dönemini başarıyla tamamlayıp memurluğa ehliyeti saptanmak suretiyle asaleti onanan davacının, bu aşamadan sonra sınav koşulu nedeniyle görevine son verilmesinde 657 sayılı Yasanın amacına ve kamu yararı ile hizmet gerekleri yönünden hukuka uygunluktan sözedilemiyeceği gerekçesiyle dava konusu işlemin iptali yolunda Ankara 5. İdare Mahkemesince verilen 30.6.2004 günlü, E:2003/1185, K:2004/1228 sayılı kararın onanmasına dair Danıştay Onikinci Dairesinin 9.3.2007 günlü, E:2004/3838, K:2007/1051 sayılı kararının davalı tarafından 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 54.maddesi uyarınca düzeltilmesi istenilmektedir.
Savunmanın Özeti **:** Savunma verilmemiştir.
Danıştay Tetkik Hakimi **:** Songül Babayiğit
Düşüncesi **:** Karar düzeltme isteminin reddi gerekeceği düşünülmektedir.
Danıştay Savcısı **:** Esma Nur Necef
Düşüncesi **:** Kararın düzeltilmesi dilekçesinde ileri sürülen nedenler, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 54.maddesinde yazılı nedenlerden hiçbirisine uymadığından, istemin reddi gerekeceği düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Onikinci Dairesince işin gereği düşünüldü:

Danıştay Dava Daireleri ile İdari veya Vergi Dava Daireleri Kurulları tarafından verilen kararların düzeltme yolu ile yeniden incelenebilmeleri 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 54. maddesinde yazılı sebeplerden birinin varlığı ile mümkündür. Düzeltilmesi istenen karar kanun ve usule uygun olup, düzeltmeyi gerektiren bir sebep de bulunmadığından düzeltme isteminin reddine, 28.4.2009 tarihinde oybirliği ile karar verildi.

YARGILAMA USULÜ

T.C.
D A N I Ş T A Y
Onikinci Daire
Esas No : 2007/5609
Karar No : 2009/1932

Özeti : Anadolu lisesinde kimya öğretmeni olarak görev yapan davacının, 1702 sayılı Yasa'nın 22/6. maddesi uyarınca, bir günlük maaş kesimi cezası ile cezalandırılmasına ilişkin işlemin iptaline hükmedildiği halde, mahkemece davacı lehine avukatlık ücretine hükmedilmemesinde, hukuki isabet bulunmadığı hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan (Taraflar): 1-Tekirdağ Valiliği 2- …

Vekili :Av. …

İsteğin Özeti : Tekirdağ İdare Mahkemesince verilen 25.7.2007 günlü, E:2007/338, K:2007/838 sayılı kararın dilekçede yazılı nedenlerle temyizen incelenerek bozulması isteminden ibarettir.

Davalı İdarenin Savunmasının Özeti : Savunma verilmemiştir.

Davacının Savunmasının Özeti : Savunma verilmemiştir.

Danıştay Tetkik Hakimi : Şengül Güler

Düşüncesi : İdare Mahkemesi kararının dava konusu işlemin iptaline yönelik kısmı hukuk ve usule uygun olup, bozulmasını gerektirecek bir neden de bulunmadığından kararın anılan kısmının onanması, davacı lehine vekalet ücretine hükmedilmemesine ilişkin kısmı yönünden ise bozulması 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; Tekirdağ Anadolu Lisesi'nde Kimya Öğretmeni olarak görev yapan davacının 1702 sayılı Yasanın 22/6. maddesi uyarınca bir günlük maaş kesim cezasıyla cezalandırılmasına ilişkin 25.4.2002 günlü işlemin iptali istemiyle açılmıştır.

Tekirdağ İdare Mahkemesinin 25.7.2007 günlü, E:2007/338, K:2007/838 sayılı kararıyla; Danıştay Onikinci Dairesinin 16.1.2007 günlü, E:2004/1705, K:2007/61 sayılı bozma kararına uyularak, Milli Eğitim Bakanlığı İlköğretim Müfettişleri Başkanlıkları Yönetmeliğinin işlem tarihinde yürürlükte bulunan 42.maddesi uyarınca İlköğretim Müfettişlerinin teftiş, değerlendirme , inceleme ve soruşturma yapma yetkilerinin Yönetmelikte sayılan okul ve kurumlarla sınırlı olduğu, bu kapsamda yer almayan liselerin denetimi ve idareci ve öğretmenleri hakkında soruşturma yetkisinin Bakanlığa ait bulunduğu, bu nedenle, Anadolu Lisesi öğretmeni olarak görev yapan davacı hakkında yetkili olmayan ilköğretim müfettişleri tarafından düzenlenen soruşturma raporuna dayanılarak tesis edilen işlemde mevzuata uyarlık görülmediği gerekçesiyle dava konusu işlemin iptaline karar verilmiştir.

Davalı idare, Yönetmelikte sonradan yapılan değişiklikle soruşturmanın İlköğretim müfettişlerine verilmesinde yasal bir engel kalmadığını, davacı ise, davada vekili olduğu halde avukatlık ücretine hükmedilmediğini ileri sürmekte ve İdare Mahkemesi kararının temyizen incelenerek bozulmasını istemektedirler.

İdare ve Vergi Mahkemeleri tarafından verilen kararların temyiz yolu ile bozulabilmeleri 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 49. maddesinde belirtilen nedenlerden birinin bulunması halinde mümkün olup, davalı idare tarafından ileri sürülen hususlar bunlardan hiçbirine uymamaktadır.

Davacının temyiz istemine gelince; İdare Mahkemesince dava konusu işlem iptal edildiğine göre isteğe rağmen davacı lehine avukatlık ücretine hükmedilmemesinde 2577 sayılı Yasanın 31. maddesiyle yollama yapılan 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 417. maddesine uyarlık bulunmadığından, kararın bu hususa ilişkin kısmında hukuki isabet görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle, Tekirdağ İdare Mahkemesince verilen 25.7.2007 günlü, E:2007/338, K:2007/838 sayılı kararın, dava konusu işlemin iptaline yönelik kısmı yönünden davalı idarenin temyiz isteminin reddi ile kararın bu kısmının onanmasına, kararın davacı lehine vekalet ücretine hükmedilmemesine ilişkin kısmı yönünden ise, davacının temyiz isteminin kabulü ile kararın bu kısmının 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 49. maddesinin 1/b fıkrası uyarınca bozulmasına, aynı maddenin 3622 sayılı Yasa ile değişik 3. fıkrası gereğince ve yukarıda belirtilen nedenler gözetilmek suretiyle yeniden bir karar verilmek üzere dosyanın adı geçen Mahkemeye gönderilmesine, 7.4.2009 tarihinde oybirliği ile karar verildi.

BELEDİYE İŞLERİ

T.C.
D A N I Ş T A Y
Onüçüncü Daire
Esas No : 2008/10609
Karar No : 2009/2685

Özeti : **1-** 5393 sayılı Belediye Kanunu'nun hemşehri hukukunu düzenleyen 13. maddesi karşısında, belediye hizmetlerinden yararlanan kişilerin, hizmetin hukuka uygun yürütülüp, yürütülmediğini yargı önüne getirme haklarının bulunduğu, buna göre, arsa payı kat karşılığı ticaret merkezi yapımı işi ile ilgili idarî işlemlerle davacının belde sakini olarak meşru, kişisel ve güncel menfaatinin etkileneceğinin ve dava açabileceğinin kabulü gerektiği,
2- Belediyeye ait gayrimenkullerin ihaleye çıkarılması konusundaki yetkinin belediye meclislerinde olduğu, belediye meclislerince bu hususta karar alınıp, belediye encümeninin görevlendirilmesinden sonra ihalenin belediye encümeni tarafından yapılabileceği, ancak belediye meclisince tüm taşınmazlara ilişkin olarak soyut yetki devrinde bulunulamayacağı hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan (Davacılar) : 1- ...
2- ...
3- ...
Karşı Taraf (Davalı) **:** Etimesgut Belediye Başkanlığı
Vekili **:** Av. …
İstemin Özeti **:** Ankara 15.İdare Mahkemesi'nin 16.04.2008 tarih ve E:2007/1873, K:2008/560 sayılı kararının; davacılardan … tarafından, vatandaş olarak bu davanın açılmasına yönelik menfaatinin bulunduğu,5393 sayılı Belediye Kanunu'nun 13. maddesinde düzenlenen Hemşeri Hukuku ve statüsü dikkate alınmadan hatalı karar oluşturulduğu,diğer davacılar tarafından ise; Belediyeye ait tüm taşınmazlar üzerindeki,kat karşılığı veya ihaleli inşaat yapılması şeklindeki Belediye Meclisi yetkilerinin tamamının Belediye Başkanına devrinde işlem tarihinde yürürlükte olan 1580 sayılı Belediye Kanununa uyarlık bulunmadığından,bu işlem uyarınca tesis edilen işlemlerin de yoklukla malul oldukları,ihaleye esas alınan avan projenin imar planına aykırı olduğu,ihalede açıklık ve rekabet sağlanmadığı,ihale sonucu Belediye ve kamu zararı oluştuğu ileri sürülerek bozulması istenilmektedir.

Savunmanın Özeti: Temyiz isteminin reddi gerektiği savunulmaktadır.

Danıştay Tetkik Hâkimi Erkan DEMİRTAŞ'ın Düşüncesi: Belediyeye ait tüm taşınmazlar üzerindeki Belediye Meclisi yetkilerinin tamamının herhangi bir sınırlama olmaksızın Belediye Başkanına devrinde mevzuata aykırılık olduğu ve ihaleye esas alınan avan projenin imar planına aykırı olduğu, ihalede açıklık ve rekabet sağlanmadığı,ihale

sonucu Belediye ve kamu zararı oluştuğu iddiasında bulunan davacıların,söz konusu işlemle belde halkı olarak dahi meşru, kişisel ve güncel menfaatlerinin etkileneceği tabii olduğundan, menfaat ilişkisi bulunmadığı gerekçesiyle,davanın ... açısından ehliyet yönünden reddi yolunda verilen İdare Mahkemesi kararında hukuka uyarlık bulunmamaktadır.

Diğer davacıların temyiz istemi açısından ise;

Dava konusu olayda ... ada üzerine arsa payı kat karşılığı ticaret merkezi yapımına ilişkin Etimesgut Belediye Encümeninin 1.5.2007 tarih ve 776 sayılı kararının dayanağı olan Etimesgut Belediye Meclisinin 8.7.2004 gün ve 171 sayılı kararın ile ; "Belediyeye ait taşınmazların değerlendirilebilmesi amacı ile hisseli veya tam parsellere arsa payı kat karşılığı inşaat sözleşmesi yapılması veya ihale yoluyla inşaat yaptırılmasına " karar verildiği, ada ,parsel numarası belirtilmeksizin,belediyeye ait tüm taşınmazlara arsa payı kat karşılığı inşaat sözleşmesi yapılması veya ihale yoluyla inşaat yaptırılması konusunda yetki verildiğinden,anılan Belediye Meclisi kararında 1580 sayılı Belediye Kanununa uyarlık bulunmamaktadır.Bu işlem uyarınca tesis edilen,arsa payı kat karşılığı ticaret merkezi yapımına ilişkin Etimesgut Belediye Encümeni işleminin de hukuki dayanağı bulunmadığından,dava konusu işlemlerin iptali gerekirken,davayı reddeden İdare Mahkemesi kararında hukuki isabet bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle, temyiz isteminin kabulü ile İdare Mahkemesi kararının bozulması gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı Ünal DEMİRCİ' nin Düşüncesi: 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 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 tanımlanmış olup; iptal davası açabilmek için, idari işlem ile dava açan kişi arasında meşru, güncel ve ciddi bir ilişkinin varlığı yeterli görülmektedir.

5393 sayılı Belediye Kanununun 13. maddesinde, herkesin ikamet ettiği beldenin hemşehrisi olduğu, hemşehrilerin, belediye karar ve hizmetlerine katılma, belediye faaliyetleri hakkında bilgilenme ve belediye idaresinin yardımlarından yararlanma hakları olduğu hükme bağlanmıştır.

Anılan düzenlemede yer alan hakların, belediye hizmetlerinden yararlanan kişiler açısından, hizmetin hukuka uygun yürütülüp yürütülmediği hususunu yargı önüne getirme hakkını da içerdiği kuşkusuzdur. Buna göre, arsa payı kat karşılığı ticaret merkezi yapımı işi ile ilgili olarak tesis edilen idari işlemlerle, davacıların belde sakini olarak meşru, kişisel ve güncel menfaatlerinin etkileneceği sonucuna varıldığından, davacılardan ...'in dava konusu işlemle menfaat ilişkisi bulunmadığı yolundaki hüküm fıkrasında hukuki isabet görülmemiştir.

Diğer davacıların temyiz istemlerine gelince;

Dava konusu kararın tesis edildiği tarihte yürürlükte bulunan 1580 sayılı Belediye Kanununun 70. maddesinin 10. fıkrasında; üç seneden fazla müddetle veya onbin liradan fazla bedeli senevi ile akdedilecek icar ve isticar mukaveleleri hakkında karar vermek Belediye Meclislerinin görevleri arasında sayılmış; anılan Kanunun 83. maddesinin 2. fıkrasında da, aylık icmallerin tetkik ve murakabesi, müzayede, münakasa şartnamelerinin ve ihalelerin ve pazarlık kararlarının tetkik ve tasdiki kati hesap hakkında meclise mütelâa beyanı ve muhasebe hesaplarını tetkik ve zimmet ve beraet hakkında mazbata tanzimi Belediye Encümeninin görevleri arasında yer almıştır.

Yukarıda yer alan hükümlere göre, belediyeye ait gayrimenkullerin ihaleye çıkarılması konusundaki yetkinin belediye meclislerine ait olduğu, belediye meclislerince bu hususta bir karar alınıp, belediye encümeninin görevlendirilmesinden sonra ancak ihalenin belediye encümeni tarafından yapılabileceği açıktır.

Dava konusu olayda ise, ... ada üzerine arsa payı kat karşılığı ticaret merkezi yapımına ilişkin Etimesgut Belediye Encümeninin 1.5.2007 tarih ve 776 sayılı kararının dayanağı olan Etimesgut Belediye Meclisinin 8.7.2004 gün ve 171 sayılı kararıyla "Belediyeye

ait taşınmazların değerlendirilebilmesi amacı ile hisseli veya tam parsellere arsa payı kat karşılığı inşaat sözleşmesi yapılması veya ihale yoluyla inşaat yaptırılmasına" karar verildiği, ada, parsel numarası belirtilmeksizin, belediyeye ait tüm taşınmazlara arsa payı kat karşılığı inşaat sözleşmesi yapılması veya ihale yoluyla inşaat yaptırılması konusunda yetki verildiğinden, anılan Belediye Meclisi kararında 1580 sayılı Belediye Kanununa uyarlık bulunmamaktadır. Bu işlem uyarınca tesis edilen, arsa payı kat karşılığı ticaret merkezi yapımına ilişkin Etimesgut Belediye Encümeni işleminin de hukuki dayanağı bulunmadığından, dava konusu işlemlerin iptaline karar verilmesi gerekirken, davanın reddine ilişkin idare mahkemesi kararında hukuki isabet bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle temyize konu kararın bozulmasına karar verilmesinin uygun olacağı düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Karar veren Danıştay Onüçüncü Dairesi'nce, Tetkik Hâkimi'nin açıklamaları dinlendikten ve dosyadaki belgeler incelendikten sonra işin gereği görüşüldü:

Dava, Etimesgut Belediyesine ait ... ada üzerine arsa payı kat karşılığı ticaret merkezi yapımına ilişkin Etimesgut Belediye Encümeninin 1.5.2007 tarih ve 776 sayılı kararının ve bu kararın dayanağı olan Etimesgut Belediye Meclisinin 8.7.2004 tarih ve 171 sayılı kararının iptali istemiyle açılmış; İdare Mahkemesi'nce, davacının dava konusu işlemle ciddi,makul, maddi, manevi ilişkisinin varlığının ortaya konulması olarak da tanımlanan "menfaat ilişkisi" koşulunun varlığının davanın esasının incelenebilmesi için aranan ön şartlardan biri olduğu, sınırlarının hukuki duruma göre değiştiği ve davanın durumuna göre taraf ilişkisinin kurulmasının idari yargı yerince belirlendiği,olayda, davacılardan ...'in dava konusu işlemlerle ciddi ve geçerli bir menfaat ilişkisi bulunmadığı sonucuna varıldığından, davanın anılan davacı açısından ehliyet yönünden reddi gerektiği,davalı idarenin diğer davacılara yönelik ehliyet ve süre aşımı iddiaları yerinde görülmeyerek işin esasının incelendiği, dava konusu Meclis kararının alındığı 08.07.2004 tarihinde yürürlükte bulunan 1580 sayılı Yasanın 70/11 maddesi uyarınca,belediye gayrimenkul mallarının tahsis ve satış yetkisinin belediye meclisine verildiği,belediye meclisinin toplanma usul,esas ve süreleri gözönüne alındığında, Yasa ile kendine verilen bu görev ve yetkiyi devrederek belediye encümenine kullandırmasında hukuka aykırılık görülmediği,uyuşmazlığın Etimesgut Belediye Encümeninin 1.5.2007 tarih ve 776 sayılı kararının iptali istemine ilişkin kısmı açısından ise; davalı idarenin mülkiyetinde bulunan toplam ... m² alanlı ... ada ... ve ... sayılı parsel üzerinde Etimesgut Belediye Meclisince kabul edilip Ankara Büyükşehir Belediye Meclisinin 14.3.2006 tarih ve 654 sayılı kararı ile 1/5000 ölçekli nazım imar planı değişikliği ile birlikte uygun görülen plan tadilatı ile; E:1,20 olan inşaat emsalinin E:3,50'ye çıkarılarak toplam inşaat alanının ... m² den ... m² ye (kreş, sinema, tiyatro eğlence merkezi ... m²+iş ve ticaret merkezi ... m²+Belediye sosyal tesisleri: ... m² olmak üzere) çıkarılarak inşaat alanının ... m² arttırıldığı, plan notları ile ifraz ve inşaat alanının kullanımlara göre dağıtımının belirlendiği, ticaret merkezi yapımına ilişkin avan proje, zemin etüdü ve keşiflerin hazırlanması işinin ihale ile başka bir şirkete yaptırıldığı, Kıymet Takdir Komisyonunca arsa bedelinin 5.082.000,00 YTL, inşaat maliyetinin 2007 yılı fiyatlarıyla 38.514.279,99 YTL, arsa bedelinin inşaat maliyetine oranının ise % 13 olarak hesaplandığı, işin anılan maliyet bedeli üzerinden kat karşılığı olarak kapalı teklif usulü ile ihaleye çıkarıldığı, ihaleye katılmak üzere müracaat eden 5 istekliden 3'ünün yeterlik alamadığı, ihaleye katılan iki firmadan birinin teklif sunmaması, diğer firmanın % 34,16 oranında teklif sunması üzerine, ihalenin % 34,16 oranında teklif veren .... Ltd. Şti.'ne verildiği, buna göre davaya konu encümen kararının, 2886 Yasa'da belirtilen usul hükümleri yerine getirilerek ve tespit edilen muammen bedel esas alınarak, bu bedelin üzerinde teklif veren firma ile sonuçlandırıldığı anlaşıldığından, davaya konu encümen kararında da hukuka aykırılık görülmediği gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiş, bu karar davacılar tarafından temyiz edilmiştir.

Dosyanın incelenmesinden; Etimesgut Belediye Başkanlığı'nın 2.7.2004 tarih ve 023-550-R sayılı yazısı ile belediyeye ait taşınmazların değerlendirilmesi amacı ile belediyelerince uygun bulunan hisseli veya tam parsellere arsa payı kat karşılığı inşaat sözleşmesi yapılması veya ihale yolu ile inşaat yaptırılması için, belediye meclisince bu yönde bir karar alınması gerektiği belirtilerek konunun belediye meclisine havale edildiği, Etimesgut Belediye Meclisinin 8.7.2004 tarih ve 171 sayılı kararı ile belirtilen başkanlık yazısı ile getirilen teklifin kabulüne karar verildiği, sözkonusu karara dayanılarak mülkiyeti belediyeye ait Ankara ili, Etimesgut ilçesi, 47439 ada üzerinde bir alışveriş ve ticaret merkezinin yapılabilmesi için 2886 sayılı Yasa'nın 35 (a) maddesi uyarınca kapalı teklif usulü ile arsa payı kat karşılığı inşaat işinin ihale edilebilmesi için konunun belediye encümenine havale edildiği, Etimesgut Belediye Encümeninin 27.3.2007 tarih ve 651/900 sayılı kararı ile arsa payı kat karşılığı ticaret merkezi inşaat yapımı işinin 38.514.274,99 YTL tahmini bedelle ihale ile verilmesine karar verildiği, yapılan ihalede verilen tekliflerin değerlendirilmesi sonucu,Etimesgut Belediye Encümeninin 1.5.2007 gün ve 776 sayılı kararı ile …. Ltd. Şti.'nin vermiş olduğu % 34,16'lık değer uygun görülerek ihalenin anılan şirket üzerinde bırakılmasına karar verildiği, davacılar tarafından Etimesgut Belediye Encümeninin 1.5.2007 tarih ve 776 sayılı ihale kararının ve bu kararın dayanağı olan Etimesgut Belediye Meclisinin 8.7.2004 gün ve 171 sayılı kararının iptalleri istemiyle bakılan davanın açıldığı anlaşılmaktadır.

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 ciddî 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 bilgilenme ve belediye idaresinin yardımlarından yararlanma hakları olduğu hükme bağlanmıştır.

Anılan düzenlemede yer alan hakların belediye hizmetlerinden yararlanan kişiler açısından, hizmetin hukuka uygun yürütülüp, yürütülmediği hususunu yargı önüne getirme hakkını da içerdiğinde kuşku bulunmamaktadır.Buna göre de,arsa payı kat karşılığı ticaret merkezi yapımı işi ile ilgili olarak tesis edilen idari işlemlerle, davacı …'in belde sakini olarak meşru, kişisel ve güncel menfaatlerinin etkileneceği sonucuna varıldığından, davacılardan …'in dava konusu işlemle menfaat ilişkisi bulunmadığı gerekçesiyle davanın ehliyet yönünden reddi yolunda verilen İdare Mahkemesi kararının bu kısmında hukuki isabet görülmemiştir.

Diğer davacıların temyiz istemi açısından ise;

Dava konusu Belediye Meclisi kararının tesis edildiği tarihte yürürlükte bulunan 1580 sayılı Belediye Kanununun 70.maddesinin 10.fıkrasında; üç seneden fazla müddetle veya onbin liradan fazla bedeli senevi ile akdedilecek icar ve isticar mukaveleleri hakkında karar vermek Belediye Meclislerinin görevleri arasında sayılmış; anılan Kanunun 83.maddesinin 2.fıkrasında da, aylık icmallerin tetkik ve murakabesi, müzayede, münakasa şartnamelerinin ve ihalelerin ve pazarlık kararlarının tetkik ve tasdiki kati hesap hakkında meclise mütelâa beyanı ve muhasebe hesaplarını tetkik ve zimmet ve beraat hakkında mazbata tanzimi Belediye Encümeninin görevleri arasında yer almıştır.

Yukarıdaki hükümlerin değerlendirilmesinden, belediyeye ait gayrimenkullerin ihaleye çıkarılması konusundaki yetkinin Belediye Meclislerinde olduğu; Belediye

Meclislerince bu hususta karar alınıp, Belediye Encümeninin görevlendirilmesinden sonra ihalenin Belediye Encümeni tarafından yapılacağı anlaşılmaktadır.

Dava konusu olayda, ... ada üzerine arsa payı kat karşılığı ticaret merkezi yapımına ilişkin Etimesgut Belediye Encümeninin 1.5.2007 tarih ve 776 sayılı kararının dayanağı olan Etimesgut Belediye Meclisinin 8.7.2004 gün ve 171 sayılı kararı ile ; "Belediyeye ait taşınmazların değerlendirilebilmesi amacı ile hisseli veya tam parsellere arsa payı kat karşılığı inşaat sözleşmesi yapılması veya ihale yoluyla inşaat yaptırılmasına " karar verildiği görüldüğünden ve bu haliyle de,ada , parsel numarası belirtilmeksizin, belediyeye ait tüm taşınmazlara arsa payı kat karşılığı inşaat sözleşmesi yapılması veya ihale yoluyla inşaat yaptırılması konusunda yetki verilmiş olduğundan, anılan Belediye Meclisi kararında 1580 sayılı Belediye Kanununa uyarlık bulunmamaktadır.Bu işlem uyarınca tesis edilen,arsa payı kat karşılığı ticaret merkezi yapımına ilişkin Etimesgut Belediye Encümeni işleminin de hukuki dayanağı bulunmadığından,dava konusu işlemlerin iptali gerekirken,davayı reddeden İdare Mahkemesi kararında hukuki isabet bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 49. maddesi gereğince davacıların temyiz istemlerinin kabulüne, Ankara 15.İdare Mahkemesi'nin 16.04.2008 tarih ve E:2007/1873, K:2008/560 sayılı kararının bozulmasına, yeniden bir karar verilmek üzere dosyanın adı geçen Mahkeme'ye gönderilmesine, 06.03.2009 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

ELEKTRONİK HABER ARAÇLARI

T.C.
D A N I Ş T A Y
Onüçüncü Daire
Esas No : 2007/13686
Karar No : 2008/7969

Özeti : **1-** 3984 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayınları Hakkında Kanun'un 25. maddesinin birinci fıkrasında, yargı kararları saklı kalmak kaydıyla yayınların önceden denetlenemeyeceğinin ve durdurulamayacağının kurala bağlandığı, bu kuralın istisnası olarak maddenin devamında, milli güvenliğin açıkça gerekli kıldığı hallerde yahut kamu düzeninin ciddi şekilde bozulması kuvvetle ihtimal dahilinde ise Başbakan veya görevlendireceği bakanın yayını durdurabileceği hükmüne yer verildiği, bu düzenlemenin "yayının önceden durdurulması" niteliğinde olması nedeniyle "yasaklama" niteliği taşıması karşısında, durdurma kararlarında kapsam ve sınırların açık ve somut bir biçimde belirlenmesinin zorunlu olduğu,

2- 21.10.2007 tarihinde Hakkari'nin Dağlıca Bölgesinde meydana gelen terörist saldırılarla ilgili radyo ve televizyon yayınlarının durdurulmasına ilişkin Başbakan Yardımcısı ve Devlet Bakanı tarafından imzalanan dava konusu işlemin, durdurmanın kapsam ve sınırlarının açık ve somut olarak ortaya konulmaması nedeniyle hukuka aykırı olduğu, iptali hakkında.

Davacı : …Televizyon Yayın Hizmetleri A.Ş.
Vekili : Av. …
Davalı : Başbakanlık

Davanın Özeti : 21.10.2007 tarihinde Hakkari'nin Dağlıca Bölgesinde meydana gelen terörist saldırılarla ilgili olarak; kamu düzenini ve halkın moral değerlerini olumsuz etkileyen, güvenlik güçlerine dönük zaaf imajı yayan, toplumsal psikolojiyi olumsuz etkileyen radyo ve televizyon yayınlarının, toplumsal sorumluluğa ve duyarlılığa uygun yayın anlayışı temelinde, güvenlik güçlerinin moral değerlerinin yüksek tutulması, toplumsal psikolojinin olumsuz etkilenmemesi ve çocukların ruh sağlığının korunması amacıyla 3984 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayınları Hakkında Kanun'un 25 inci maddesi gereğince durdurulmasına ilişkin Başbakan Yardımcısı ve Devlet Bakanı tarafından imzalanan 23.10.2007 tarih ve B.02.0.001/116 sayılı kararın; işlemin kamu yararı unsuru taşımadığı, idarenin takdir hakkının keyfi ve sınırsız kullanıldığı, kamuyu ilgilendiren önemli bir olay hakkında toplumun haber alma ve bilgi edinme hakkının engellendiği, yasağın sınırlarının belli olmadığı ileri sürülerek iptali istenilmektedir.

Savunmanın Özeti : Anayasa'nın 13., 26. ve 28. madde hükümleri çerçevesinde basın hürriyetinin kanunla sınırlanabilmesine olanak tanındığı, 3984 sayılı Yasa'nın 25. maddesi uyarınca milli güvenliğin gerektirdiği ve kamu düzeninin bozulması ihtimalinin bulunduğu hallerde başbakana veya görevlendireceği bakana yayın durdurma yetkisi verildiği, kamu düzeninin güvenlik , dirlik esenlik ve sağlık olmak üzere üç unsurdan oluştuğu, yasağın sınırlarını da anılan unsurların belirlediği, yürütme organının milli güvenliğin gerekli kıldığı hallerde ve kamu düzeninin ciddi şekilde bozulması muhtemel olduğu hallerde kanun tarafından verilen yetkiyle yayını durdurabileceği, kanunda yayının içerik ve sınırları ve yayın saatiyle ilgili bir ayrıntının yer almadığı, 21.10.2007 tarihli Hakkari'nin Dağlıca Bölgesinde meydana gelen saldırılar demek suretiyle yayının sınırlarının da belirlendiği, anılan yayınların kamu düzenini ve halkın moral değerlerini olumsuz etkileyen, güvenlik güçlerine dönük zaaf imajı yayan, toplumsal psikolojiyi olumsuz etkileyen yayınlar olarak tanımlandığı, hangi yayının durdurulacağına ilişkin sınır ve kapsamın açık ve net biçimde ortaya konulduğu, terörün her toplumda kamu düzenini bozucu nitelikte olduğundan yayın durdurmaya yönelik müdahalenin meşru bir amaca dayandığı, işlemin hukuka ve hizmetin gereklerine, ulusal ve uluslararası mevzuata uygun olduğu, uluslararası alanda örnek teşkil eden büyük toplumsal olaylardaki uygulama emsallerine rastlandığı ileri sürülerek davanın reddi gerektiği savunulmaktadır.

Danıştay Tetkik Hâkimi Zühal Aysun SUNAY'ın Düşüncesi : 3984 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayınları Hakkında Kanun'un 25. maddesinin birinci fıkrasında; yargı kararları saklı kalmak kaydıyla yayınların önceden denetlenemeyeceği ve durdurulamayacağı kurala bağlanmış, bu kuralın istisnasına ilişkin olarak maddenin devamında, millî güvenliğin açıkça gerekli kıldığı hallerde yahut kamu düzeninin ciddi şekilde bozulması kuvvetle ihtimal dahilinde ise Başbakan veya görevlendireceği bakanın yayını durdurabileceği hükmüne yer verilmiştir.

Yayınların önceden denetlenemeyeceği ve durdurulamayacağı ilkesinin istisnasını oluşturan bu düzenlemenin, "yayının önceden durdurulması" niteliğinde olması ve yayın özgürlüğünü kısıtlaması nedeniyle, kapsam ve sınırlarının açık ve somut bir biçimde durdurma kararında belirlenmesi zorunlu olup, bu husus, yayın özgürlüğü ilkesinin gereğidir.

Yayın durdurma kapsamına alınan "kamu düzenini ve halkın moral değerlerini olumsuz etkileyen, güvenlik güçlerine dönük zaaf imajı yayan, toplumsal psikolojiyi olumsuz etkileyen radyo ve televizyon yayınlarının" hangi tür yayınlar olduğunun tereddüte yer verilmeyecek şekilde açık ve somut şekilde ortaya konulmaması nedeniyle, durdurmanın kapsam ve sınırlarının kararda belli edilmediği ve kararın bu yönüyle 3984 sayılı Yasa'nın 25. maddesinin birinci fıkrasına aykırılık oluşturduğu açık olduğundan, dava konusu işlemin iptali gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı Ünal DEMİRCİ'nin Düşüncesi : Dava; 21.10.2007 tarihinde Hakkari'nin Dağlıca Bölgesinde meydana gelen terörist saldırılarla ilgili olarak; kamu düzenini ve halkın moral değerlerini olumsuz etkileyen, güvenlik güçlerine dönük zaaf imajı yayan, toplumsal psikolojiyi olumsuz etkileyen radyo ve televizyon yayınlarının, toplumsal sorumluluğa ve duyarlılığa uygun yayın anlayışı temelinde, güvenlik güçlerinin moral değerlerinin yüksek tutulması, toplumsal psikolojinin olumsuz etkilenmemesi ve çocukların ruh sağlığının korunması amacıyla 3984 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayınları Hakkında Kanun'un 25 inci maddesi gereğince durdurulmasına ilişkin Başbakan Yardımcısı ve Devlet Bakanı tarafından imzalanan 23.10.2007 tarih ve B.02.0.001/116 sayılı kararın iptali istemiyle açılmıştır.

3984 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayınları Hakkında Kanunun 4. maddesinde "Yayın İlkeleri" belirlenmiş; bu ilkelere aykırı yayınlara Radyo ve Televizyon Üst Kurulu'nca uygulanacak yaptırımlar Kanunun 33. maddesinde düzenlenmiş; dava konusu işlemin dayanağı olan "Yayınların Men Edilmesi" başlıklı 25. maddesinde de: "Yargı kararları saklı kalmak kaydıyla yayınlar önceden denetlenemez ve durdurulamaz. Ancak, milli güvenliğin açıkça gerekli kıldığı hallerde yahut kamu düzeninin ciddi şekilde bozulması kuvvetle ihtimal dahilinde ise Başbakan veya görevlendireceği bakan yayını durdurabilir.

Radyo ve televizyon kuruluşları, Cumhurbaşkanının veya Hükümetin; milli güvenliğin, kamu düzeninin, genel sağlığın ve genel ahlakın gerekleriyle ilgili bildirilerini yayınlamakla yükümlüdür.

Yukarıdaki fıkralar uyarınca alınacak icrai, idari kararlar aleyhine açılacak iptal davaları doğrudan doğruya Danıştay'da açılır. Danıştay bu davalara öncelikle bakar ve öncelikle karara bağlar. Yürütmeyi durdurma talepleri hakkında 48 saat içerisinde karar verir." hükmü ile maddede öngörülen nedenlere dayanmak şartıyla Başbakana yayın durdurma konusunda istisnai bir yetki verilmiştir.

Bu bakımdan, dava konusu işlemle getirilen yayın yasağının Anayasa ile güvenceye bağlanan düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğü ve basın özgürlüğü ile bağlantısı nedeniyle öncelikle konunun bu yönüyle değerlendirilmesi gerekmektedir.

Herkesin, düşünce ve kanaatlerini söz, yazı, resim ve başka yollarla tek başına veya toplu olarak açıklama ve yayma hakkına sahip olduğu; bu hürriyetin resmi makamların müdahalesi olmaksızın haber veya fikir almak ya da vermek serbestliğini de kapsadığı ve bu fıkra hükmünün, radyo, televizyon, sinema veya benzeri yollarla yapılan yayımların izin sistemine bağlanmasına engel olmadığı hükmünü taşıyan Anayasanın 26. maddesinin birinci fıkrasında düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğünün kullanılmasının kapsamı belirlendikten sonra, ikinci fıkrasında, bu özgürlüğün kullanılmasının milli güvenlik, kamu düzeni, kamu güvenliği, Cumhuriyetin temel nitelikleri ve Devletin ülkesi ve milleti ile bölünmez bütünlüğünün korunması, suçların önlenmesi, suçluların cezalandırılması, Devlet sırrı olarak usulünce belirtilmiş bilgilerin açıklanmaması, başkalarının şöhret veya haklarının, özel ve aile hayatlarının yahut kanunun öngördüğü meslek sırlarının korunması veya yargılama görevinin gereğine uygun olarak yerine getirilmesi amaçlarıyla sınırlanabileceği öngörülmüş; basın özgürlüğüne ilişkin 28. maddenin birinci fıkrasında: "Basın hürdür, sansür edilemez..." denildikten sonra, ikinci fıkrasında: "Devlet, basın ve haber alma hürriyetlerini sağlayacak tedbirleri alır." düzenlemesine, üçüncü fıkrasında da, basın özgürlüğünün sınırlanmasında Anayasanın 26. ve 27. maddeleri hükümlerinin uygulanacağı hükmüne yer verilmiştir.

Anayasanın 13. maddesinde de: "Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve laik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz." denilmiştir.

Öte yandan, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 10. maddesinde de ifade özgürlüğünün kapsamı ve sınırları hususunda Anayasanın 26. maddesindeki hükümlere paralel ifadelere yer verilmiştir.

T.C. Anayasasının ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin belirtilen hükümleri birlikte değerlendirildiğinde, düşünceyi açıklama özgürlüğüne getirilecek sınırlamanın; yasa tarafından öngörülmesi, meşru bir amaç taşıması, demokratik toplum için zorunlu olması ve ölçülü kullanılması gerektiği sonucuna varılmaktadır.

Buna göre, yayın yasağına ilişkin işlemin hukuka uygun olduğunun kabul edilebilmesi için yürütme organının bu konuda yasayla yetkilendirilmesi ve olayda yasada öngörülen nedenlerin gerçekleşmiş olması yeterli olmamakta, getirilen yasağın aynı zamanda demokratik toplumun gereklerine ve ölçülülük ilkelerine de uygun kullanılması önem arz etmektedir.

Bilindiği üzere radyo ve televizyon yayıncılığında "yayın" kavramı; radyo ve televizyondan yayınlanan "haber, yorum, bilgilendirme, drama, reklam, karikatür, fotoğraf, ses v.b." ürünleri kapsamaktadır.

Hal böyle olunca, yayın kavramının kapsamının genişliği dikkate alındığında yayın yasağına ilişkin işlemlerde yasaklamanın hangi tür yayınları kapsadığının ve sınırlarının açıkça belirtilmesi ve buna bağlı olarak da radyo ve televizyon kuruluşlarının yasağın kapsamını öngörebilmelerinin sağlanması gerekir. Oysa dava konusu işlemde durdurulan yayınların hangi tür yayınlar olduğu hususu açıkça ortaya konulmamakta, işlem, yasağın kapsamı ve sınırları konusunda bir belirsizlik taşımaktadır.

Bu itibarla, Anayasa ve yasaya göre yürütme organına istisnai olarak kullanılmak üzere tanınan "yayınların yasaklanması" konusundaki yetkinin sınırlarının aşıldığı, böylece halkın bir olay hakkında bilgi edinme hakkının tüm yollarının kapatıldığı ve "ölçülülük" ilkesinin ihlal edildiği sonucuna varılmıştır.

Açıklanan nedenlerle dava konusu kararın 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 görüşüldü:

Dava, 21.10.2007 tarihinde Hakkari'nin Dağlıca Bölgesinde meydana gelen terörist saldırılarla ilgili olarak; kamu düzenini ve halkın moral değerlerini olumsuz etkileyen, güvenlik güçlerine dönük zaaf imajı yayan, toplumsal psikolojiyi olumsuz etkileyen radyo ve televizyon yayınlarının, toplumsal sorumluluğa ve duyarlılığa uygun yayın anlayışı temelinde, güvenlik güçlerinin moral değerlerinin yüksek tutulması, toplumsal psikolojinin olumsuz etkilenmemesi ve çocukların ruh sağlığının korunması amacıyla 3984 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayınları Hakkında Kanun'un 25 inci maddesi gereğince durdurulmasına ilişkin Başbakan Yardımcısı ve Devlet Bakanı tarafından imzalanan 23.10.2007 tarih ve B.02.0.001/116 sayılı kararın iptali istemiyle açılmıştır.

3984 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayınları Hakkında Kanun'un 25. maddesinin birinci fıkrasında; yargı kararları saklı kalmak kaydıyla yayınların önceden denetlenemeyeceği ve durdurulamayacağı kurala bağlanmış, bu kuralın istisnasına ilişkin olarak maddenin devamında, millî güvenliğin açıkça gerekli kıldığı hallerde yahut kamu düzeninin ciddi şekilde bozulması kuvvetle ihtimal dahilinde ise Başbakan veya görevlendireceği bakanın yayını durdurabileceği hükmüne yer verilmiştir.

Yayınların önceden denetlenemeyeceği ve durdurulamayacağı ilkesinin istisnasını oluşturan bu düzenlemenin, "yayının önceden durdurulması" niteliğinde olması nedeniyle, yayın özgürlüğünü kısıtlaması, bu haliyle "yasaklama" niteliği taşıması karşısında, kapsam ve sınırlarının açık ve somut bir biçimde durdurma kararında belirlenmesi zorunlu olup, bu

husus, demokratik rejimlerin önemli unsurlarından birini oluşturan yayın özgürlüğü ilkesinin gereğidir.

Aksine bir uygulama, Yasa'nın anılan maddesindeki istisna hükmünün getiriliş amacının ortadan kaldırılması sonucunu doğuracağı gibi, sınırları belli olmayan bu tür yayın durdurmanın, yayıncı kuruluşları yapılacak yayınlarla ilgili olarak bu yasağa uyma konusunda tereddüde düşüreceği de kuşkusuzdur.

Dava konusu işlemle, kamu düzeninin ciddi şekilde bozulmasının kuvvetle ihtimal dahilinde olduğu sebebine bağlı olarak ve "güvenlik güçlerinin moral değerlerinin yüksek tutulması, toplumsal psikolojinin olumsuz etkilenmemesi ve çocukların ruh sağlığının korunması amacıyla" durdurma kararı verilmiş ise de; radyo ve televizyon yayınlarının çeşitliliği de gözönüne alındığında, yayın durdurma kapsamına alınan "kamu düzenini ve halkın moral değerlerini olumsuz etkileyen, güvenlik güçlerine dönük zaaf imajı yayan, toplumsal psikolojiyi olumsuz etkileyen radyo ve televizyon yayınlarının" hangi tür yayınlar olduğunun açık ve somut şekilde ortaya konulmaması nedeniyle, durdurmanın kapsam ve sınırlarının kararda belli edilmediği ve kararın bu yönüyle 3984 sayılı Yasa'nın 25. maddesinin birinci fıkrasına aykırılık oluşturduğu açıktır.

Açıklanan nedenlerle, 21.10.2007 tarihinde Hakkari'nin Dağlıca bölgesinde meydana gelen terörist saldırılarla ilgili radyo ve televizyon yayınlarının 3984 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayınları Hakkında Kanun'un 25 inci maddesi gereğince durdurulmasına ilişkin Başbakan Yardımcısı ve Devlet Bakanı tarafından imzalanan 23.10.2007 tarih ve B.02.0.001/116 sayılı kararın iptaline, aşağıda dökümü yapılan toplam 93,40 YTL yargılama giderinin davalı idarelerden alınarak davacıya ve yürürlükte bulunan Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi uyarınca 575,00 YTL vekâlet ücretinin de davalı idareden alınarak davacı vekiline verilmesine, artan posta giderinin istemi halinde davacıya iadesine, 19.12.2008 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

İHALE İŞLERİ

T.C.
D A N I Ş T A Y
Onüçüncü Daire
Esas No : 2007/10127
Karar No : 2009/944

Özeti : Şirketin değerinin gerçeğe uygun belirlenmediği, ihalenin açıklık ve rekabet ilkelerine göre yapılmadığı anlaşıldığından, Başbakanlık makamının Olur'una istinaden Sümer Holding A.Ş.'ye ait Manisa Pamuklu Mensucat A.Ş.'de bulunan %99,99 oranındaki kamu hissesinin özelleştirilmesine ilişkin Özelleştirme Yüksek Kurulu'nun 13.06.2005 tarih ve 2005/67 sayılı kararının iptaline, söz konusu kamu hisselerinin geri alınması için gerekli işlemlerin idare tarafından yerine getirilmesine ilişkin 01.05.2007 tarih ve 2007/27 sayılı Özelleştirme Yüksek Kurulu kararında, hukuka ve kamu yararına aykırılık görülmediği, iptali istemiyle açılan davanın reddi hakkında.

Davacı : … A.Ş.
Vekili : Av. …
Davalı : Başbakanlık Özelleştirme İdaresi Başkanlığı
Vekili : Av. ...
Davalı İdare Yanında Müdahil : …
Vekili : Av. ...

Davanın Özeti : Sümer Holding A.Ş.'ne ait Manisa Pamuklu Mensucat A.Ş.'de bulunan %99,99 oranındaki kamu hissesinin "satış" suretiyle özelleştirilmek amacıyla 20.4.2005 tarihinde yapılan ihale sonucu İhale Şartları Belgesi çerçevesinde satılmasına ilişkin 13.6.2005 tarih ve 2005/67 sayılı Özelleştirme Yüksek Kurulu kararının iptaline ilişkin Özelleştirme Yüksek Kurulu'nun 01.05.2007 tarih ve 2007/27 sayılı kararının; .... A.Ş.'nin kurucuları arasında kamu tüzel kişilerinin ve Manisa'da sınai ve ticarî faaliyette bulunan 47 tüccarın yer aldığı ve Manisa'ya yatırım sağlamak amacıyla kurulan bir şirket olup Manisa Valiliği ile Manisa Belediyesi'nin eşgüdümünde Manisa'ya yatırımlar yapmak, yatırım yapılmasını ve istihdam açılmasını sağlamak, kentsel gelişime katkıda bulunmak amacıyla bir araya gelindiği, 1998 ve 2004 yıllarında iki kez ihaleye çıkan ve teklif alınmayan sözü edilen şirketin hisselerinin üçüncü kez yapılan ihalede en iyi teklifi vermeleri nedeniyle lehlerine ihale edildiği, ihale sürecinin kanun ve usule uygun yapıldığı, 13.06.2005 tarihli Özelleştirme Yüksek Kurulu kararı ile satışın onaylanması sonrası 12.07.2005 tarihinde hisse satış sözleşmesi imzalandığı, davalı idare ile aralarında imzalanan anılan hisse satış sözleşmesi özel hukuk sözleşmesi olup, devredilen hisseler üzerinde davalı idarenin herhangi bir yetkisi bulunmadığı gibi kamu hisselerinin tek yanlı idarî işlem ile geri alınmasının da hukuken mümkün olmadığı, Özelleştirme Yüksek Kurulunun, Başbakanlık Teftiş Kurulu kararı ve davalı idarenin yazısını dayanak göstererek devredilen kamu hisselerini tek yanlı bir idarî işlem ile geri almasının açıkça yok hükmünde olduğu, Başbakanlık Teftiş Kurulu'nun raporunda sözü edilen hisselerin özelleştirilmesi Nisan 2005'de yapılmasına rağmen, 2006 yılındaki verilerden hareket edilerek değerlendirme yapılmasının ve sözleşme imzalandıktan sonra alıcı ortak girişim grubunun işlemlerinden kaynaklanan değer artışının gerekçe olarak kullanılıp geçmişe yönelik bir değerlendirme yapılmasının idarî işlemlerin geriye yürümezliği ilkesine aykırı olduğu, sözü edilen hisselerin satışına ilişkin 13.06.2005 tarih ve 2005/67 sayılı Özelleştirme Yüksek Kurulu kararına karşı açılan davanın feragat ile sonuçlanması nedeniyle anılan davada Danıştay Onüçüncü Dairesinin yürütmenin reddine ilişkin karar sonrası Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu'nun itiraz kabul kararının satışa ilişkin Kurul kararının geri alınmasına dayanak olarak gösterilmesinin hukuken mümkün olamayacağı ileri sürülerek iptali istenilmektedir.

Davalı İdarenin Savunmasının Özeti : Sözü edilen kamu hissesinin özelleştirilmek amacıyla 20.04.2005 tarihinde yapılan ihale sonucu ihale şartları belgesi çerçevesinde satılmasına ilişkin 13.06.2005 tarih ve 2005/67 sayılı Özelleştirme Yüksek Kurulu kararının iptali istemiyle açılan davada Danıştay Onüçüncü Dairesinin 28.02.2006 tarih ve E:2005/8376 sayılı yürütmenin durdurulması isteminin reddine ilişkin kararına itiraz üzerine Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu'nun 04.05.2006 tarih ve YD. İtiraz No:2006/321 sayılı kararı ile, şirket değerinin gerçeğe uygun tespit edilmediği, ihalenin açıklık ve rekabet ilkelerine uygun yapılmadığı anlaşıldığından dava konusu işlemde hukuka ve kamu yararına uygunluk bulunmadığı gerekçesiyle itirazın kabulüne, dava konusu 13.06.2005 tarih ve 2005/67 sayılı Özelleştirme Yüksek Kurulu kararının yürütülmesinin durdurulmasına karar verildiği, bilahare davadan feragat edilmesi nedeniyle Danıştay Onüçüncü Dairesinin 25.09.2006 tarih ve E:2005/8376, K:2006/3559 sayılı kararıyla feragat nedeniyle karar verilmesine yer olmadığına karar verildiği, anılan kamu hisselerinin değerinin çok altında satılması ve bu nedenle kamu zararına sebebiyet verilmesi yönündeki iddialar üzerine Başbakanlık makamının 12.12.2006 tarih ve TEFTİŞ M:153 sayılı Olur'una istinaden Başbakanlık Teftiş Kurulu Başkanlığınca inceleme başlatıldığı, sözü edilen inceleme sonrası

Başbakanlık makamının 05.04.2007 tarihli oluruyla Özelleştirme Yüksek Kurulunun 13.06.2005 tarihli ve 2005/67 sayılı kararının iptal edilmesi yönünde bir müzekkere hazırlanması ve davacının feragat etmesi nedeniyle uygulanamayan Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulunun 04.05.2006 tarihli ve YD. İtiraz No:2006/321 sayılı kararında belirtilen hukukî gerekçeler ile işlem raporundaki tespitlerin de dikkate alınarak hisselerin doğrudan geri alınması yönünde hukukî işlemlerin derhal başlatılması, davacı şirket ile borç ve alacak mahsuplaşmasına ilişkin tespitin mahkeme yoluyla yaptırılması talimatının 06.04.2007 tarihli işlemle bildirilmesi üzerine hisselerin özelleştirilmesine ilişkin Kurulun 13.06.2005 tarih ve 2005/67 sayılı kararının iptal edildiği, dava konusu Özelleştirme Yüksek Kurulu kararının Başbakanlık Teftiş Kurulu raporuna ve Başbakanlık Olur'una istinaden usul ve yasalara uygun olarak tesis edildiği, davacının iddialarının aksine, kamu hisselerinin tek yanlı bir idarî işlem ile geri alınmasının söz konusu olmayıp, bu satış sözleşmesinin dayanağı olan Özelleştirme Yüksek Kurulu kararının yine bir başka Özelleştirme Yüksek Kurulu kararı ile iptali sonrası, satış sözleşmesinin iptali ve hisselerin geri alınması için Ankara 3. Asliye Ticaret Mahkemesine dava açıldığı, söz konusu özelleştirme uygulamasına ilişkin olarak hazırlanan Başbakanlık Teftiş Kurulu raporu ve bu rapordaki değerlendirmeleri uygun bulan Başbakanlık Oluru üzerine satış sözleşmesinin dayanağını teşkil eden Özelleştirme Yüksek Kurulunun nihai devir kararının iptali için dava konusu Özelleştirme Yüksek Kurulu kararının tesis edilmesinin usulde ve yetkide paralellik ilkesine uygun olduğu, davacının diğer iddialarının yasal dayanağı bulunmadığı ileri sürülerek davanın reddi gerektiği savunulmaktadır.

Davalı Yanında Müdahilin Savunmasının Özeti : Sümer Holding A.Ş.'ne ait Manisa Pamuklu Mensucat A.Ş.'de bulunan %99,99 oranındaki kamu hissesinin özelleştirilmek amacıyla 20.04.2005 tarihinde yapılan ihale sonucu ihale şartları belgesi çerçevesinde satılmasına ilişkin 13.06.2005 tarih ve 2005/67 sayılı Özelleştirme Yüksek Kurulu kararının iptali istemiyle açılan davada Danıştay Onüçüncü Dairesinin 28.02.2006 tarih ve E:2005/8376 sayılı yürütmenin durdurulması isteminin reddine ilişkin kararına itiraz üzerine Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu'nun 04.05.2006 tarih ve YD. İtiraz No:2006/321 sayılı kararı ile, şirket değerinin gerçeğe uygun tespit edilmediği, ihalenin açıklık ve rekabet ilkelerine uygun yapılmadığı anlaşıldığından dava konusu işlemde hukuka ve kamu yararına uygunluk bulunmadığı gerekçesiyle itirazın kabulüne karar verildiği, davadan feragat edilmesi nedeniyle Danıştay Onüçüncü Dairesinin 25.09.2006 tarih ve E:2005/8376, K:2006/3559 sayılı kararıyla feragat nedeniyle karar verilmesine yer olmadığına karar verilmesi sonrası kamu zararına sebebiyet verilmesi yönündeki iddialar üzerine Başbakanlık makamının 12.12.2006 tarih ve TEFTİŞ M:153 sayılı Olur'una istinaden Başbakanlık Teftiş Kurulu Başkanlığınca inceleme başlatıldığı, sözü edilen inceleme sonrası Başbakanlık makamının 05.04.2007 tarihli ve TEFTİŞ M:034 sayılı Olur'u ile; Özelleştirme Yüksek Kurulunun 13.06.2005 tarihli ve 2005/67 sayılı kararının iptal edilmesi yönünde bir müzekkere hazırlanması, davacının feragat etmesi nedeniyle uygulanamayan Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulunun 04.05.2006 tarihli ve YD.İtiraz No:2006/321 sayılı kararında belirtilen hukukî gerekçeler ile işlem raporundaki tespitler de dikkate alınarak hisselerin doğrudan geri alınması yönünde hukukî işlemlerin derhal başlatılması, davacı şirket ile borç ve alacak mahsuplaşmasına ilişkin tespitin mahkeme yoluyla yaptırılması talimatı üzerine hisselerin özelleştirilmesine ilişkin Özelleştirme Yüksek Kurulu'nun 13.06.2005 tarih ve 2005/67 sayılı kararının iptal edildiği, bu itibarla anılan işlemin iptaline yönelik davacı iddialarının hukuki dayanağının bulunmadığı gibi anılan işlemin idarî davaya konu olabilecek kesin ve yürütülmesi gereken bir işlem olmadığı ileri sürülerek davanın reddi gerektiği savunulmaktadır.

Danıştay Tetkik Hâkimi Fikret ERKAN'ın Düşüncesi : Dosyadaki belgeler ile Başbakanlık Teftiş Kurulunun 16.03.2007 tarihli konuya ilişkin inceleme raporunda yapılan tespit ve açıklamalar birlikte değerlendirildiğinde, 20.04.2005 tarihinde özelleştirilmek üzere ihale edilen Sümer Holding A.Ş.'ne ait Manisa Pamuklu Mensucat A.Ş.'de bulunan %99,99

oranındaki kamu hissesinin değerinin gerçeğe uygun belirlenmediği, ihalenin açıklık ve rekabet ilkelerine göre yapılmadığı anlaşıldığından satış kararının geri alınması amacıyla tesis edilen uyuşmazlığa konu Özelleştirme Yüksek Kurulunun 01.05.2007 tarih ve 2007/27 sayılı kararında 4046 sayılı Kanunla belirlenen ilkelere, kamu yararına ve hukuka aykırı bir yön görülmediğinden davanın reddine karar verilmesi gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı Mürteza GÜLER'in Düşüncesi : Dava; Sümer Holding A.Ş.'ne ait Manisa Pamuklu Mensucat A.Ş.'de bulunan %99,99 oranındaki kamu hissesinin "satış" suretiyle özelleştirilmek amacıyla 20.4.2005 tarihinde yapılan ihale sonucu İhale Şartları Belgesi çerçevesinde satılmasına ilişkin 13.6.2005 tarih ve 2005/67 sayılı Özelleştirme Yüksek Kurulu kararının iptaline ilişkin Özelleştirme Yüksek Kurulunun 01.05.2007 tarih ve 2007/27 sayılı kararının iptali istemiyle açılmıştır.

4046 sayılı Özelleştirme Uygulamaları Hakkında Kanunun "Amaç ve Kapsam" başlıklı 1. maddesinin (A) fıkrasında, bu Kanunun amacının maddede sayılan kuruluşların ekonomide verimlilik artışı ve kamu giderlerinde azalma sağlamak için özelleştirilmesine ilişkin esasları düzenlemek olduğu belirtildikten sonra, özelleştirme uygulamalarında esas alınacak ilkeler anılan Kanunun 2. maddesinde düzenlenmiş ve kuruluşun özelliklerine ve içinde bulunduğu koşullara göre özelleştirme yöntemlerinin belirlenmesi, özelleştirme işlemlerinin değer saptaması da dahil aleniyet içinde yürütülmesi gerektiğine yer verilmiştir. Kanunun 3. maddesinin (c) bendinde, kuruluşların; satış, kiralama, işletme hakkı devri, mülkiyetin gayri ayni hakların tesisi ve işin gereğine uygun sair hukuki tasarruflar ile devredilmelerine ilişkin özelleştirme yöntemlerinden hangisi ile özelleştirileceğini belirlemek, (d) bendinde ise anılan yöntemlerle yapılan ihaleler sonucunda ihale komisyonlarınca verilen nihai kararları onaylamak Özelleştirme Yüksek Kurulunun görevleri arasında sayılmıştır.

Özelleştirme yöntemleri, değer tespiti ve ihale yöntemleri ise, Kanunun 18. maddesinde düzenlenmiş olup; (A) bendinde; özelleştirme yöntemleri belirlenerek işin gereğine göre bu belirlenen özelleştirme yöntemlerinden hangilerinin uygulanacağına Kurulca karar verileceği düzenlenmiş, (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 komisyonunun görevleri "komisyon değer tespit çalışmalarını, özelleştirilecek kuruluşun niteliği, gördüğü hizmetin özelliği, gelecekteki nakit akımı potansiyeli, faaliyette bulunduğu sektör ve pazarın özellikleri, sahip olduğu sınaî ve sosyal tesisler, makine araç ve gereçler, techizat, malzeme ve hammadde ile yarı mamul ve malul 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 metodlarından en az üçünü, (olay tarihinde yürürlükte olan düzenlemeye göre) uygulamak suretiyle yürütür." şeklinde belirlenmiştir.

Kanunun 18. maddesinin gerekçesinde; Yasalarla getirilen ekonomik ve sosyal zorunlulukların dikkate alınması ve özelleştirme uygulamalarına açıklık kazandırılması amacıyla; bu madde ile uygulamalarda izlenecek özelleştirme yöntemlerinin ayrı ayrı belirlendiği, ayrıca özelleştirme programına alınan kuruluşların satış değerlerinin belirlenmesi sırasında takip edilecek yollar ile ihale yöntemleri de saptanarak, satış konusu kuruluşların değerlemelerinin daha etkin ve sağlıklı bir şekilde belirlenmesinin ve kamu mallarının gerçek değerleri üzerinden özelleştirilmelerinin sağlanmasının amaçlandığı vurgulanmıştır.

4046 sayılı Kanunun yukarıda anılan maddeleri ve değer tespitini de düzenleyen 18. maddesinin gerekçesi birlikte değerlendirildiğinde, Kanunun özelleştirme işlemlerinin açıklık içinde yürütülmesini, özelleştirilecek kuruluşların değerinin gerçeğe uygun tespit edilmesini

ve sonuç olarak özelleştirmenin rekabet koşulları sağlanarak gerçek değeri üzerinden yapılmasını amaçladığı görülmektedir.

Olayda, Sümer Holding A.Ş.'ye ait olan Manisa Pamuklu Mensucat A.Ş.'de bulunan %99,99 oranındaki kamu hissesinin satışı için 1998 ve 2004 yıllarında iki kez ihale yapıldığı, ancak yeterli teklif olmaması nedeniyle ihalelerin iptal edildiği, daha sonra Özelleştirme Yüksek Kurulunun 26.8.2004 tarih ve 2004/68 sayılı kararı ile Şirketin üretim birimleri kapatılarak kapsam içi personelin iş akitleri feshedilip, tazminat ve diğer hakların Şirket tarafından ödendiği; ihale öncesinde 31.1.2005 tarih ve 2005/06 sayılı Özelleştirme Yüksek Kurulu kararı ile sanayi alanında bulunan 144.198 m² Şirket arsasının imar planı değiştirilerek 92.228 m²'lik "özel koşullu ticaret alanı" ve 48.110 m²'lik "park-yeşil alan" oluşturulduğu; Şirketin değerinin tespiti amacıyla oluşturulan değer tespit komisyonunca görevlendirilen ... A.Ş.'ne yaptırılan değerleme raporunda, Şirketin değerinin 5 ayrı yöntem kullanılarak belirlendiği, değer tespit komisyonunca Şirket değerinin İndirgenmiş Nakit Akımları Yöntemi, Net Aktif Değeri Yöntemi ve Tasfiye Değeri Yöntemine göre hesaplanan değerlerle tespit edilmesine karar verildiği, buna göre, Şirketin İndirgenmiş Nakit Akımları Değeri 5.320.090 ABD Doları, Net Aktif Değeri 4.429.660 ABD Doları ve Tasfiye Değeri 3.687.690 ABD Doları olduğunun belirlendiği ve tasfiye yöntemine göre değeri belirlenirken "özel koşullu ticaret alanı" haline getirilen Şirket arsası üzerinde ticaret merkezi inşaa edilebileceği ve çevredeki dükkan ve büroların gayrimenkul satış değeri dikkate alınarak arsanın m²'sinin 30 ABD Doları olarak tespit edildiği; Şirketin satış yöntemi ile özelleştirilmesi için 28.2.2005-31.3.2005 tarihleri arasında ihale ilanının yayımlandığı ve İhale Şartları Belgesinin hazırlandığı; ihaleye ... adlı bir kişi, ... Ortak Girişim Grubu (..., ..., ..., ..., ..., ..., ...) ve ... Ltd. Şti. adlı şirket tarafından teklif verildiği, teklif verenlerden ...'nin aynı zamanda ... Ortak Girişim Grubu üyesi olması nedeniyle ihale dışı bırakıldığı, ... Ltd. Şti.'nin teklifini arttırmadığı, ... Ortak Girişim Grubunun ise 1.680.000 ABD Doları olan teklifini 3.750.000 ABD Doları olarak yenilediği ve 20.4.2005 tarihinde nihai teklifini 3.751.000 ABD Doları olarak bildirdiği, İhale Komisyonunca Şirketin bu bedelle ... Ortak Girişim Grubuna satılmasına, adı geçen Grubun üyelerinin kuracağı ve sermayesinin en az %51'ine sahip olacağı şirkete devrin yapılmasına karar verilerek ihalenin Özelleştirme Yüksek Kurulunun onayına sunulduğu ve Özelleştirme Yüksek Kurulunun 13.6.2005 günlü, 2005/67 sayılı kararı ile ihalenin onaylandığı, Aralık 2005'te Şirketi devralan ... Ortak Girişim Grubu tarafından 92.228 m²'lik Şirket arsasının 55.000 m²'lik kısmının 13.750.000 ABD Doları bedelle Manisa 1. Noterliğinin 20.12.2005 tarih ve 33820 yevmiye No.lu Düzenleme Şeklindeki Gayrimenkul Satış Vaadi Anlaşması ile ... A.Ş.'ne satıldığı, keyfiyetin Manisa 2. Bölge Tapu Sicil Müdürlüğündeki tapu kaydına tescil edildiği, öte yandan, ... isimli kişinin 13.6.2005 tarih ve 2005/67 sayılı Özelleştirme Yüksek Kurulu kararının iptali istemiyle açtığı davada; Danıştay Onüçüncü Dairesinin 28.2.2006 tarih ve E:2005/8376 sayılı kararıyla yürütmenin durdurulması talebinin reddedildiği, söz konusu karara yönelik itiraz üzerine Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulunun 4.5.2006 tarih ve YD. İtiraz No:2006/321 sayılı kararıyla yürütmenin durdurulmasına karar verildiği, daha sonra adı geçen kişinin davadan feragat etmesi nedeniyle Danıştay Onüçüncü Dairesinin 25.9.2006 tarih ve E:2005/8376, K:2006/3559 sayılı kararıyla iptal istemi hakkında karar verilmesine yer olmadığına hükmedildiği, Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulunun 4.5.2006 tarih ve YD.İtiraz No:2006/321 sayılı kararı sonrasında ... A.Ş.'nin arsa alımından vazgeçtiği, 13.4.2007 tarihinde taşınmazın 25.000.000.-Avroya (46.250.000.-YTL) Redevco Beş Emlak Geliştirme İnşaat Yatırım ve Ticaret A.Ş.'ye satıldığı, Özelleştirme Yüksek Kurulunun dava konusu yapılan 01.05.2007 tarih ve 2007/27 sayılı kararıyla; Başbakanlık Makamının 05.04.2007 tarih ve TEFTİŞ M:034 sayılı Oluruna istinaden Sümer Holding A.Ş.'nin Manisa Pamuklu Mensucat A.Ş.'de bulunan %99,99 oranındaki kamu hissesinin özelleştirilmesine ilişkin Özelleştirme Yüksek Kurulunun 13.06.2005 tarih ve 2005/67 sayılı kararının iptaline karar verildiği açıldığı anlaşılmaktadır.

Dosyadaki belgeler ile Başbakanlık Teftiş Kurulunun 16.03.2007 tarih ve (21)07/16 sayılı inceleme raporu birlikte değerlendirildiğinde, Şirketin asıl değerini arsasının oluşturduğu, Değerleme Raporunda da bu husus belirtildiği halde arsanın m²'si için 30 ABD Doları değerin tespitine ilişkin somut bilgi ve belgelerin ortaya konulmadığı; ihale öncesinde 31.1.2005 günlü, 2005/06 sayılı Özelleştirme Yüksek Kurulu kararı ile Şirket arsasında yapılan imar planı değişikliğinin gerek ihale ilanında gerekse İhale Şartları Belgesinde belirtilmediği, diğer yandan, Şirketin devri gerçekleştikten sonra Şirket arsasının 55.000 m²'lik kısmının 13.750.000 ABD Doları bedelle satıldığı, Teftiş Kurulunca teşkil olunan bilirkişi heyetince söz konusu arazinin değerinin 46.250.000.-YTL olarak hesaplandığı görülmektedir.

Bu tespit ve açıklamalar karşısında, Şirketin değerinin gerçeğe uygun belirlenmediği, ihalenin açıklık ve rekabet ilkelerine göre yapılmadığı anlaşılmakla, ihale sürecinde yaşanan hukuki sakatlıklar dikkate alınmak suretiyle satış kararının geri alınması amacıyla tesis edilen Özelleştirme Yüksek Kurulunun dava konusu 01.05.2007 tarih ve 2007/27 sayılı kararında 4046 sayılı Kanunla belirlenen ilkelere ve hukuka 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, Sümer Holding A.Ş.'ne ait Manisa Pamuklu Mensucat A.Ş.'de bulunan %99,99 oranındaki kamu hissesinin "satış" suretiyle özelleştirilmek amacıyla 20.4.2005 tarihinde yapılan ihale sonucu İhale Şartları Belgesi çerçevesinde satılmasına ilişkin 13.6.2005 tarih ve 2005/67 sayılı Özelleştirme Yüksek Kurulu kararının iptaline ilişkin Özelleştirme Yüksek Kurulunun 01.05.2007 tarih ve 2007/27 sayılı kararının iptali istemiyle açılmıştır.

4046 sayılı Özelleştirme Uygulamaları Hakkında Kanun'un Amaç ve Kapsam başlıklı 1/A maddesinde; bu Kanunun amacının bu maddede belirtilen ve Kanun'un uygulanmasında "kuruluş " adı ile anılacak olan maddede sayılanların ekonomide verimlilik artışı ve kamu giderlerinde azalma sağlamak için özelleştirilmesine ilişkin esasları düzenlemek olduğu belirtildikten sonra, özelleştirme uygulamalarında esas alınacak ilkeler anılan Kanun'un 2. maddesinde düzenlenerek, bu ilkeler arasında özelleştirme uygulamalarında; kuruluşun özelliklerine ve içinde bulundukları şartlara göre özelleştirme yöntemlerinin belirlenmesi, özelleştirme işlemlerinin değer saptaması da dahil aleniyet içinde yürütülmesi de sayılıp, belirtilen amaç ve ilkeler doğrultusunda alınacak kararlarda öncelikler ile bunların tabi olacağı özelleştirme uygulamalarına ilişkin esas ve usullerin, kuruluşların nitelikleri ve ülke ekonomisinin gerektirdiği şartlar da dikkate alınarak Özelleştirme Yüksek Kurulu'nca belirleneceği hükme bağlanmıştır. Kanun'un 3/c maddesinde kuruluşların; satış, kiralama, işletme hakkı devri, mülkiyetin gayri ayni hakların tesisi ve işin gereğine uygun sair hukuki tasarruflar ile devredilmelerine ilişkin özelleştirme yöntemlerinden hangisi ile özelleştirileceğini belirlemek, (d) bendinde ise anılan yöntemlerle yapılan ihaleler sonucunda ihale komisyonlarınca verilen nihai kararları onaylamak Kurul'un görevleri arasında sayılmıştır.

Kanun'un "Özelleştirme Yöntemleri, Değer Tespiti, İhale Yöntemleri" başlıklı 18. maddesinin (B) bendinde ise; 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 belirlenirken, Komisyon'un "...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 metodlarından en az ikisini uygulamak suretiyle yürütür." şeklinde kural öngörülmüş, 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 belirtilmiş, komisyonun oluşumu, çalışması ve görevleri düzenlenmiş, ihale usulleri arasında sayılan pazarlık usulü: "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 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." şeklinde tanımlanmıştır. Maddenin son fıkrasında ise, ihale işlemleri sonucunda ihale komisyonunca verilen kararların idare tarafından Kurulun onayına sunulacağı, ihale sonuçlarının Kurul tarafından onaylanacağı öngörülmüştür.

Öte yandan, söz konusu Kanunun 18. maddesinin gerekçesinde; Yasalarla getirilen ekonomik ve sosyal zorunlulukların dikkate alınması ve özelleştirme uygulamalarına açıklık kazandırılması amacıyla; bu madde ile uygulamalarda izlenecek özelleştirme yöntemlerinin ayrı ayrı belirlendiği, ayrıca özelleştirme programına alınan kuruluşların satış değerlerinin belirlenmesi sırasında takip edilecek yollar ile ihale yöntemleri de saptanarak, satış konusu kuruluşların değerlemelerinin daha etkin ve sağlıklı bir şekilde belirlenmesinin ve kamu mallarının gerçek değerleri üzerinde özelleştirilmelerinin sağlanmasının amaçlandığı belirtilmiştir.

Dosyanın incelenmesinden, Bakanlar Kurulu'nun 11.09.1987 tarih ve 87/12184 sayılı kararıyla özelleştirme kapsamına alınan ve 4046 sayılı Kanun'un geçici 11. maddesi gereğince özelleştirme programına alınmış sayılan Sümer Holding A.Ş.'ye ait olan Manisa Pamuklu Mensucat A.Ş.'de bulunan %99,99 oranındaki kamu hissesinin satışı için 1998 ve 2004 yıllarında iki kez ihale yapıldığı, ancak yeterli teklif olmaması nedeniyle ihalelerin iptal edildiği, daha sonra Özelleştirme Yüksek Kurulunun 26.8.2004 tarih ve 2004/68 sayılı kararı ile Şirketin üretim birimleri kapatılarak kapsam içi personelin iş akitleri feshedilip, tazminat ve diğer hakların Şirket tarafından ödendiği; ihale öncesinde 31.1.2005 tarih ve 2005/06 sayılı Özelleştirme Yüksek Kurulu kararı ile sanayi alanında bulunan 144.198 m² Şirket arsasının imar planı değiştirilerek 92.228 m²'lik "özel koşullu ticaret alanı" ve 48.110 m²'lik "park-yeşil alan" oluşturulduğu; Şirketin değerinin tespiti amacıyla oluşturulan değer tespit komisyonunca görevlendirilen ... A.Ş.'ne yaptırılan değerleme raporunda, Şirketin değerinin 5 ayrı yöntem kullanılarak belirlendiği, değer tespit komisyonunca Şirket değerinin İndirgenmiş Nakit Akımları Yöntemi, Net Aktif Değeri Yöntemi ve Tasfiye Değeri Yöntemine göre hesaplanan değerlerle tespit edilmesine karar verildiği, buna göre, Şirketin İndirgenmiş Nakit Akımları Değerinin 5.320.090 ABD Doları, Net Aktif Değerinin 4.429.660 ABD Doları ve Tasfiye Değerinin 3.687.690 ABD Doları olduğunun belirlendiği ve tasfiye yöntemine göre

değeri belirlenirken "özel koşullu ticaret alanı" haline getirilen Şirket arsası üzerinde ticaret merkezi inşaa edilebileceği ve çevredeki dükkan ve büroların gayrimenkul satış değeri dikkate alınarak arsanın m²'sinin 30 ABD Doları olarak tespit edildiği; Şirketin satış yöntemi ile özelleştirilmesi için 28.2.2005-31.3.2005 tarihleri arasında ihale ilanının yayımlandığı ve İhale Şartları Belgesinin hazırlandığı; ihaleye ... adlı bir kişi, ... Ortak Girişim Grubu (..., ..., ..., ..., ..., ...,) ve ... İnşaat Ltd. Şti. adlı şirket tarafından teklif verildiği, teklif verenlerden ...'nin aynı zamanda ...Ortak Girişim Grubu üyesi olması nedeniyle ihale dışı bırakıldığı, ... Ltd. Şti.'nin teklifini arttırmadığı, ... Ortak Girişim Grubunun ise 1.680.000 ABD Doları olan teklifini 3.750.000 ABD Doları olarak yenilediği ve 20.4.2005 tarihinde nihai teklifini 3.751.000 ABD Doları olarak bildirdiği, İhale Komisyonunca Şirketin bu bedelle ... Ortak Girişim Grubuna satılmasına, adı geçen Grubun üyelerinin kuracağı ve sermayesinin en az %51'ine sahip olacağı şirkete devrin yapılmasına karar verilerek ihalenin Özelleştirme Yüksek Kurulunun onayına sunulduğu ve Özelleştirme Yüksek Kurulunun 13.6.2005 günlü, 2005/67 sayılı kararı ile ihalenin onaylandığı, Aralık 2005'te Şirketi devralan ... Ortak Girişim Grubu tarafından 92.228 m²'lik Şirket arsasının 55.000 m²'lik kısmının 13.750.000 ABD Doları bedelle Manisa 1. Noterliğinin 20.12.2005 tarih ve 33820 yevmiye No.lu Düzenleme Şeklindeki Gayrimenkul Satış Vaadi Anlaşması ile ... A.Ş.'ne satıldığı, keyfiyetin Manisa 2. Bölge Tapu Sicil Müdürlüğündeki tapu kaydına tescil edildiği, öte yandan, ... isimli kişinin 13.6.2005 tarih ve 2005/67 sayılı Özelleştirme Yüksek Kurulu kararının iptali istemiyle açtığı davada; Danıştay Onüçüncü Dairesinin 28.2.2006 tarih ve E:2005/8376 sayılı kararıyla yürütmenin durdurulması talebinin reddine yönelik itiraz üzerine Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu'nun 4.5.2006 tarih ve YD. İtiraz No:2006/321 sayılı kararıyla yürütmenin durdurulmasına karar verildiği, daha sonra adı geçen kişinin davadan feragat etmesi nedeniyle Danıştay Onüçüncü Dairesinin 25.9.2006 tarih ve E:2005/8376, K:2006/3559 sayılı kararıyla iptal istemi hakkında karar verilmesine yer olmadığına hükmedildiği, Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulunun 4.5.2006 tarih ve YD.İtiraz No:2006/321 sayılı kararı sonrasında ... A.Ş.'nin arsa alımından vazgeçtiği, 13.4.2007 tarihinde taşınmazın 25.000.000.-Avroya (46.250.000.-YTL) ... A.Ş.'ye satıldığı anlaşılmaktadır.

Diğer yandan anılan kamu hisselerinin değerinin çok altında satılması ve bu nedenle kamu zararına sebebiyet verilmesi yönündeki iddialar üzerine Başbakanlık makamının 12.12.2006 tarih ve TEFTİŞ M:153 sayılı Olur'una istinaden Başbakanlık Teftiş Kurulu Başkanlığınca inceleme başlatıldığı, sözü edilen inceleme sonrası Başbakanlık makamının 05.04.2007 tarihli ve TEFTİŞ M:034 sayılı Olur'u ile Özelleştirme Yüksek Kurulunun 13.06.2005 tarihli ve 2005/67 sayılı kararının iptal edilmesi yönünde bir müzekkere hazırlanması, davacının feragat etmesi nedeniyle uygulanamayan Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulunun 04.05.2006 tarihli ve YD. İtiraz No:2006/321 sayılı kararında belirtilen hukukî gerekçeler ile işlem raporundaki tespitler de dikkate alınarak hisselerin doğrudan geri alınması yönünde hukukî işlemlerin derhal başlatılmasına, davacı şirket ile borç ve alacak mahsuplaşmasına ilişkin tespitin mahkeme yoluyla yaptırılmasına ilişkin Başbakanlık Teftiş Kurulu Başkanlığı'nın 06.04.2007 tarihli yazısı gereği Özelleştirme Yüksek Kurulu'nun uyuşmazlığa konu 01.05.2007 tarih ve 2007/27 sayılı kararıyla; Başbakanlık Makamının 05.04.2007 tarih ve TEFTİŞ M:034 sayılı Olur'una istinaden Sümer Holding A.Ş.'nin Manisa Pamuklu Mensucat A.Ş.'de bulunan %99,99 oranındaki kamu hissesinin özelleştirilmesine ilişkin Özelleştirme Yüksek Kurulu'nun 13.06.2005 tarih ve 2005/67 sayılı kararının iptaline karar verildiği anlaşılmaktadır.

Dosyadaki belgeler ile Başbakanlık Teftiş Kurulunun 16.03.2007 tarih ve (21)07/16 sayılı inceleme raporu birlikte değerlendirildiğinde, Şirketin asıl değerini arsasının oluşturduğu, Değerleme Raporunda da bu husus belirtildiği halde arsanın m²'si için 30 ABD Doları değerin tespitine ilişkin somut bilgi ve belgelerin ortaya konulmadığı; ihale öncesinde 31.1.2005 günlü, 2005/06 sayılı Özelleştirme Yüksek Kurulu kararı ile Şirket arasında yapılan imar planı değişikliğinin gerek ihale ilanında gerekse İhale Şartları Belgesinde belirtilmediği,

Başbakanlık Teftiş Kurulunca teşkil olunan bilirkişi heyetince söz konusu arazinin değerinin 46.250.000.-YTL olarak hesaplandığı, nitekim Şirketin devri gerçekleştikten sonra 92.228 m²'lik Şirket arsasının 55.000 m²'lik kısmının 13.750.000 ABD Doları bedelle Manisa 1. Noterliğinin 20.12.2005 tarih ve 33820 yevmiye No.lu Düzenleme Şeklindeki Gayrimenkul Satış Vaadi Anlaşması ile ... A.Ş.'ne satıldığı, keyfiyetin Manisa 2. Bölge Tapu Sicil Müdürlüğündeki tapu kaydına tescil edildiği, ... A.Ş.'nin arsa alımından vazgeçmesi sonrası ise13.4.2007 tarihinde taşınmazın 25.000.000.-Avroya (46.250.000.-YTL) .... A.Ş.'ye satıldığı görülmektedir.

Bu itibarla, yapılan bu tespit ve değerlendirmeler karşısında Şirketin değerinin gerçeğe uygun belirlenmediği, ihalenin açıklık ve rekabet ilkelerine göre yapılmadığı anlaşıldığından Başbakanlık makamının 05.04.2007 tarih ve TEFTİŞ M:034 sayılı Olur'una istinaden Sümer Holding A.Ş.'ye ait Manisa Pamuklu Mensucat A.Ş.'de bulunan %99,99 oranındaki kamu hissesinin özelleştirilmesine ilişkin Özelleştirme Yüksek Kurulu'nun 13.06.2005 tarih ve 2005/67 sayılı kararının iptaline, söz konusu kamu hisselerinin geri alınması için gerekli işlemlerin idare tarafından yerine getirilmesine ilişkin 01.05.2007 tarih ve 2007/27 sayılı Özelleştirme Yüksek Kurulu kararında hukuka ve kamu yararına aykırılık görülmemiştir.

Davacı devredilen hisseler üzerinde davalı idarenin herhangi bir yetkisinin bulunmadığı gibi kamu hisselerinin tek yanlı idarî işlem ile geri alınmasının da hukuken mümkün olmadığını iddia etmekte ise de, uyuşmazlığa konu işlem devredilen sözü edilen kamu hisselerinin geri alınmasına yönelik olmayıp,kamu hissesinin özelleştirilmesine ilişkin Özelleştirme Yüksek Kurulu'nun 13.06.2005 tarih ve 2005/67 sayılı kararının iptaline ve söz konusu kamu hisselerinin geri alınması için gerekli işlemlerin idare tarafından yerine getirilmesine yönelik olduğundan ve davalı idarece Ankara Asliye 3. Ticaret Mahkemesinde E:2007/240 esasına kayıtlı dosyada Manisa Pamuklu Mensucat A.Ş.'de bulunan %99,99 oranındaki kamu hissesinin özelleştirilmesine ilişkin 12.07.2005 tarihli Hisse Satış Sözleşmesinin feshi ile söz konusu hisselerin Sümer Holding A.Ş.'ye iadesi talebiyle dava açıldığı anlaşıldığından davacının anılan iddialarına itibar edilmemiştir

Davacının diğer iddialarında da hukuken itibar edilecek bir yön bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle, yasal dayanağı bulunmayan davanın reddine, yargılama giderlerinin davacı üzerinde bırakılmasına, yürürlükte bulunan Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi uyarınca belirlenen 575,00.-TL avukatlık ücretinin davacıdan alınarak davalı idareye verilmesine, artan posta giderinin istemi halinde davacıya iadesine 23.01.2009 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

T.C.
D A N I Ş T A Y
Onüçüncü Daire
Esas No : 2007/1505
Karar No : 2009/1319

Özeti : 2003/5703 sayılı Bakanlar Kurulu kararı ile yürürlüğe konulan "İdarelerin Yabancı Ülkelerdeki Kuruluşlarının Mal ve Hizmet Alımları ile Yapım İşlerine İlişkin Esaslar" kapsamında gizliliği olan ve güvenliği gerektiren ihalede, davacının ihaleye davet edildikten sonra düzenletmesi gereken ve düzenlendiği ihalede kullanılabilecek olan geçici teminat mektubunu, kendisinin davet edilmediği ve daha sonra ertelenen ihale sürecinde hazırlattığı ve davet edildiği sonraki

ihalede verdiği anlaşıldığından ve ihalenin erteleneceğini bilmeden teminat mektubu düzenletmesinin ve masraflarına katlanmasının makul bir açıklaması olamayacağından, anılan Esaslar'da yer alan ilkelerin ihlâl edilmesi nedeniyle davacının ihale dışı bırakılmasına ve ihalenin yapılan değerlendirme sonucu başka bir firmaya verilmesine ilişkin işlemde hukuka aykırılık bulunmadığı, işlemi iptal eden mahkeme kararının bozulması hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan (Davalı): Dışişleri Bakanlığı
Karşı Taraf (Davacı): … İnşaat ve Ticaret Ltd. Şti.
Vekili : Av. …

İstemin Özeti : Ankara 1. İdare Mahkemesi'nce verilen 29.04.2005 tarih ve E2004/3049, K:2005/368 sayılı kararın; usul yönünden, Ankara 1. İdare Mahkemesinin yürütmenin durdurulması kararı üzerine ihale iptal edilip,yeniden ihale yapılıp ihale sonucu bir şirket üzerinde iş bırakıldığından davanın konusunun kalmadığı,esas yönünden ise; şirketçe verilen teminat mektubu kendilerine yapılan davetten önceki bir tarihi taşıması nedeniyle,kendilerinin ihaleye davet edileceğini nasıl öğrendiklerini açıklayamadıkları,dava konusu işlemde hukuka aykırılık bulunmadığı ileri sürülerek bozulması istenilmektedir.

Savunmanın Özeti: Savunma verilmemiştir.

Danıştay Tetkik Hâkimi Erkan DEMİRTAŞ'ın Düşüncesi : 28.09.2004 tarihinde yapılacak ihaleye Dışişleri Bakanlığının 14.9.2004 tarih ve 379982 sayılı olurları ile davet edien 10 firmadan biri olan davacı firmanın,26.7.2004 tarihli onay ile 9.9.2004 tarihinde pazarlık usulü ile yapılması uygun görülen ihalenin henüz devam ettiği aşamada, ihalenin erteleme tarihi (8.9.2004 tarih) ile bu ihaleye davet edildiği tarihten (14.9.2004) önce,6.9.2004 tarihinde,sözkonusu ihaleye katılmak üzere sunduğu geçici teminat mektubunu aldığı ,Türkiye İş Bankasınca düzenlenen geçici teminat mektubunda " idarenizce ihaleye çıkarılan TC Bakü Büyükelçiliği Kançılarya ve Büyükelçi Binaları İnşaatı işine istekli sıfatıyla katılacak olan … İnşaat ve Ticaret Ltd. Şti.'nin bu ihaleyle ilgili kanun ve şartname hükümlerini yerine getirmek üzere vermek zorunda olduğı geçici teminat tutarı... " ibaresinin yer aldığı anlaşıldığından,ihaleye davet edildikten sonra düzenlenmesi gereken ve sadece düzenlendiği ihale için kullanılabilecek geçici teminat mektubunun,kendisinin davet edilmediği 9.9.2004 tarihinde pazarlık usulü ile yapılması uygun görülen ihaleyle ilgili sürecin devam ettiği aşamada; anılan ihalenin erteleneceğini bilmeden,aynı iş ile ilgili geçici teminat mektubu düzenletmesinin ve dolayısıyla masraflarına katlanmasının makul bir nedeni olamayacağından,2003/5703 sayılı Bakanlar Kurulu kararı ile yürürlüğe konulan "İdarelerin Yabancı Ülkelerdeki Kuruluşlarının Mal ve Hizmet Alımları ile Yapım İşlerine İlişkin Esaslar"ın 5. maddesinde yer alan ilkelerin ihlâl edilmesi nedeniyle,davacının ihale dışı bırakılmasına ve ihalenin yapılan değerlendirme sonucu başka bir firmaya verilmesine ilişkin dava konusu işlemde hukuka aykırılık bulunmadığından,davanın reddi gerekirken işlemi iptal eden İdare Mahkemesi kararında hukuki isabet bulunmadığından,temyiz isteminin kabulü ile İdare Mahkemesi kararının bozulması gerektiği düşünülmektedir.

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

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

TÜRK MİLLETİ ADINA

Karar veren Danıştay Onüçüncü Dairesi'nce, Tetkik Hâkimi'nin açıklamaları dinlendikten ve dosyadaki belgeler incelendikten sonra işin gereği görüşüldü:

Dava, davacı şirketin katıldığı, Türkiye Cumhuriyeti Bakü Büyükelçiliği tarafından 28.9.2004 tarihinde yapılan "TC Bakü Büyükelçiliği Kançılarya ve Büyükelçi Binaları İnşaatı" ihalesinde ihale dışı bırakılarak işin bir başka şirkete verilmesine ilişkin 4.10.2004 onay tarihli ihale komisyonu kararının iptali istemiyle açılmış; İdare Mahkemesince, uyuşmazlığın esasını, 8.9.2004 tarihinde 20 gün süreyle ertelenen ve bu erteleme sonucunda 14.9.2004 tarihli işlemle ihaleye davet edilen davacı şirketin, bu ihaleyle ilgili olarak 6.9.2004 tarihinde geçici teminat mektubu aldığının tespit edilmesi üzerine, 4734 sayılı İhale Kanunu ve "İdarelerin Yabancı Ülkelerdeki Kuruluşlarının Mal ve Hizmet Alımları ile Yapım İşlerine İlişkin Esaslar"ın 5. maddesinde belirtilen saydamlık, eşit muamele, güvenirlik ve gizlilik ilkelerine aykırı davrandığı nedeniyle ihale dışında bırakılması hususunun oluşturduğu, davacı şirketin sözkonusu ihaleye katılmak üzere sunduğu geçici teminat mektubunun,ihalenin erteleme tarihi ile bu ihaleye davet edildiği tarihten önce 6.9.2004 tarihinde alındığı, ancak gerek ihale esaslarında, gerekse idari şartnamede geçici teminat mektubunun hangi tarihte alınacağına ilişkin bir düzenlemeye yer verilmediği, öte yandan yukarıda belirtilen ilkelerin idare tarafından uyulması zorunlu ilkeler arasında sayıldığı açık olmakla birlikte, davacı şirketin henüz ertelenmemiş ihalenin erteleneceğini ve ertelenecek olan bu ihaleye davet edileceğini bilmesinin mümkün olmaması karşısında, bu durumu öğrenmesinin yukarıda belirtilen ilkelere aykırı davrandığının kabulünü gerektirmediği, başka bir anlatımla idarenin uymak zorunda olduğu, saydamlık, eşit muamele, güvenirlik ve gizlilik ilkelerinin ihlâl edilmesi halinin, davacı şirketin öğrenmesi ile değil davalı idarenin bu ilkelere uygun davranmamasından kaynaklandığını gösterdiği, bu durumda davacı şirket üzerine atılı bulunan ihale ilkelerine aykırı davranma fiilinin gerçekleşmediğinin açık olması karşısında, sözkonusu ihale dışında bırakılarak, işin başka bir firmaya verilmesine ilişkin dava konusu işlemde hukuka uyarlık bulunmadığı gerekçesiyle, iptaline karar verilmiş olup; bu karar davalı idare vekilince temyiz edilmiştir.

Dosyanın incelenmesinden; 26.7.2004 tarihli onay ile 9.9.2004 tarihinde pazarlık usulü ile yapılması uygun görülen T.C. Bakü Büyükelçiliği Kançılarya ve Büyükelçi evi binaları inşaatına ilişkin ihalenin, davet edilen firma sayıları dikkate alınarak daha geniş katılımlı ve rekabete açık bir şekilde gerçekleştirilebilmesini teminen 20 gün süreyle ertelenmesinin 8.9.2004 tarihli onayla uygun görülmesinden sonra, ilk aşamada davet edilen 8 adet firmanın yanında bu kez aralarında davacı şirketin de bulunduğu 10 adet firmanın daha 14.9.2004 tarihli işlemlerle ihaleye davet edildiği, 28.9.2004 tarihinde yapılan ihaleye teklif veren 11 adet firmanın teklif mektupları ve ihale belgelerinin incelenmesinden, bir firmanın teklif zarfının üzerine işin adını yanlış yazdığı nedeniyle zarfı açılmayarak teklifinin iade edildiği, geri kalan 10 adet teklif zarfının ise, bütün istekliler huzurunda açılarak mali tekliflerinin okunduğu, İhale Komisyonunun 29.9.2004-4.10.2004 tarihleri arasında sürdürdüğü çalışmaları sonucunda, davacı şirketin geçici teminat mektubunun davet tarihinden önce alındığı nedeniyle mali teklifi değerlendirme dışı bırakılarak, işin kalan 7 firmadan en uygun teklifi verdiği belirlenen … İnş. Tic. A.Ş.'ye ihale edilmesine ilişkin 4.10.2004 onay tarihli kararın alındığı, davanın da bu işlemin iptali istemiyle açıldığı anlaşılmaktadır.

2003/5703 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile yürürlüğe konulan "İdarelerin Yabancı Ülkelerdeki Kuruluşlarının Mal ve Hizmet Alımları ile Yapım İşlerine İlişkin Esaslar"ın 1. maddesinde; Bu esasların amacı, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu kapsamındaki idarelerin yabancı ülkelerdeki kuruluşlarının, yerel ihtiyaçlarının karşılanması için ihtiyaç duyulan mal ve hizmet alımları ile yapım işlerine uygulanacak esas ve usulleri belirlemek olduğu tanımına yer verilmiş, 5. maddesinde; idarelerin, saydamlığı rekabeti, eşit muameleyi, güvenirliği, gizliliği, kamuoyu denetimini, ihtiyaçların uygun şartlarla ve zamanında karşılanmasını ve kaynakların

verimli kullanılmasını sağlamakla sorumlu olduğu ilkelerine yer verilmiş, ancak, gizliliği olan güvenliği gerektiren hallerde ilgili bakanın onayı ile bu ilkelere uyulmayabileceği belirtilmiştir.

Olayda, 28.09.2004 tarihinde yapılacak ihaleye Dışişleri Bakanlığının 14.9.2004 tarih ve 379982 sayılı olurları ile davet edien 10 firmadan biri olan davacı firmanın,26.7.2004 tarihli onay ile 9.9.2004 tarihinde pazarlık usulü ile yapılması uygun görülen ihalenin henüz devam ettiği aşamada, ihalenin erteleme tarihi (8.9.2004 tarih) ile bu ihaleye davet edildiği tarihten (14.9.2004) önce,6.9.2004 tarihinde,sözkonusu ihaleye katılmak üzere sunduğu geçici teminat mektubunu aldığı ,Türkiye … Bankasınca düzenlenen geçici teminat mektubunda " idarenizce ihaleye çıkarılan TC Bakü Büyükelçiliği Kançılarya ve Büyükelçi Binaları İnşaatı işine istekli sıfatıyla katılacak olan … İnşaat ve Ticaret Ltd. Şti.'nin bu ihaleyle ilgili kanun ve şartname hükümlerini yerine getirmek üzere vermek zorunda olduğı geçici teminat tutarı ..." ibaresinin yer aldığı anlaşıldığından,ihaleye davet edildikten sonra düzenlenmesi gereken ve sadece düzenlendiği ihale için kullanılabilecek geçici teminat mektubunun,kendisinin davet edilmediği 9.9.2004 tarihinde pazarlık usulü ile yapılması uygun görülen ihaleyle ilgili sürecin devam ettiği aşamada; anılan ihalenin erteleneceğini bilmeden,aynı iş ile ilgili geçici teminat mektubu düzenletmesinin ve dolayısıyla masraflarına katlanmasının makul bir nedeni olamayacağından,2003/5703 sayılı Bakanlar kurulu kararı ile yürürlüğe konulan "İdarelerin Yabancı Ülkelerdeki Kuruluşlarının Mal ve Hizmet Alımları ile Yapım İşlerine İlişkin Esaslar"ın 5. maddesinde yer alan ilkelerin ihlâl edilmesi nedeniyle,davacının ihale dışı bırakılmasına ve ihalenin yapılan değerlendirme sonucu başka bir firmaya verilmesine ilişkin dava konusu işlemde hukuka aykırılık bulunmadığından,davanın reddi gerekirken işlemi iptal eden İdare Mahkemesi kararında hukuki isabet bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 49. maddesi gereğince temyiz isteminin kabulüne, Ankara 1. İdare Mahkemesi'nce verilen 29.04.2005 tarih ve E2004/3049, K:2005/368 sayılı kararın bozulmasına, yeniden bir karar verilmek üzere dosyanın adı geçen Mahkeme'ye gönderilmesine, 04.02.2009 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

T.C.
D A N I Ş T A Y
Onüçüncü Daire
Esas No : 2007/3295
Karar No : 2009/2843

Özeti : 1- Devlete ait ve Hazinenin özel mülkiyetinde bulunan taşınmaz malların yönetimi konusunda görevli bulunan Maliye Bakanlığını, TSK ve MSB'nı ilgilendiren konuların anılan kurumlar tarafından gerçekleştirilmesi kaydıyla ve söz konusu Kararname çerçevesinde, önce mayın temizleme faaliyetinin ihale işlemleri ile daha sonra ise, mayın temizleme faaliyeti ve ihale işlemleri ile görevlendiren … tarih ve … sayılı, … tarih ve … sayılı Kararnamelerde hukuka aykırılık görülmediği,

2- 2565 sayılı Yasa'nın anılan hükümleri uyarınca, Genelkurmay Başkanlığı'nın göstereceği lüzum üzerine Bakanlar Kurulu kararı ile askerî yasak bölgelerin kurulması veya kaldırılması mümkün bulunduğundan, Genelkurmay Başkanlığı'nın

yazısında belirttiği; Türkiye-Suriye hududunda, ... gün ve ... sayılı Bakanlar Kurulu kararı ile hudut hattından ... metre derinlikte tesis edilen birinci derece kara askerî yasak bölgeleri nedeniyle, hudut bölgesinde bulunan tarım arazilerinin kullanılamadığı gerekçesine dayanılarak, söz konusu kararname'nin Ek-3 ve Ek-4'ünde yer alan Türkiye-Suriye hududunda kurulan askerî yasak bölgelere ilişkin esasların kararname'den çıkarılarak, dava konusu ... tarih ve ... sayılı Kararnameyle, Türkiye-Suriye hududundaki askerî yasak bölgelerin daraltılmak suretiyle yeniden kurulmasında hukuka aykırılık bulunmadığı,

3- Mayınlı sahanın temizlenmesi ile temizlenen arazinin tarımsal faaliyetlerde kullandırılması işlerinin, aralarında doğal bir bağlantı bulunmadığı ve aynı istekli tarafından karşılanması mutat olmadığı için, söz konusu işlerin bir ihalede toplanması mevzuata uygun olmadığı gibi mayınlı arazinin temizlenmesi ve temizlenen arazinin tarımsal amaçlı kullanılması ihtiyaçlarının, en iyi şekilde ve uygun şartlarla karşılandığından da söz edilemeyeceğinden, anılan iki ihtiyacın bir ihale ile karşılanması hukuken ve işin niteliği icabı mümkün bulunmadığından, dava konusu kararnamelere bağlı olarak, davalı Maliye Bakanlığı tarafından düzenlenen ihale şartnamelerinde hukuka uyarlık bulunmadığı hakkında.

Davacılar **:** ..., ..., ...
Davalılar **:** 1-Başbakanlık 2-Maliye Bakanlığı-
Davanın Özeti **:** ... tarih ve ... sayılı, ... tarih ve ... sayılı, ... tarih ve ... sayılı Bakanlar Kurulu Kararları ile söz konusu Kararnamelere dayanılarak Maliye Bakanlığı tarafından tesis olunan ihale işlemlerinin; mayın temizlemenin mutlaka ihale mevzuatına tâbi olması zorunluluğunun söz konusu olmadığı, işin öncelikle GAP idaresi koordinatörlüğünde,TSK tarafından takip ve sonuçlandırılması gerektiği, mayın temizleme ve temizlenen arazilerin işletmeye açılmasının iki ayrı bağımsız süreçten oluştuğu,birarada ihale edilmelerinin mümkün olmadığı,temizlenen arazilerin bölge halkının kullanım ve yararlandırılmasına açılması gerektiği, yabancıların mülk edinmesini engelleyen mevzuatın aşıldığı, GAP idaresinin devre dışı bırakıldığı, Maliye Bakanlığının yetkisi bulunmadığı ileri sürülerek iptali istenilmektedir.

Başbakanlık Savunmasının Özeti : Usul açısından; CHP-TBMM grubunun dava açma ehliyetine sahip olmadığı, işin esası açısından ise; Genelkurmay Başkanlığının teklifi üzerine, 2565 sayılı Yasa'nın verdiği yetki uyarınca tesis edilen Bakanlar Kurulu kararları ile bu kararlar sonrası Maliye Bakanlığınca tesis edilen ihale işlemlerinin usul ve yasaya uygun olduğu, davanın reddi gerektiği savunulmaktadır.

Maliye Bakanlığı Savunmasının Özeti : Bakanlar Kurulunca, Bakanlıklarına verilen göreve istinaden yapılan çalışmalar çerçevesinde hazırlanan ihale şartnamesinde, söz konusu sahaların öncelikle mayından arındırılması, akabinde tarımsal faaliyetlerde kullanılmak üzere yükleniciye bırakılması esasının benimsendiği, ihalenin esasının hazineye ait mayınlı sahaların tarımsal faaliyetlerde kullanılarak bölge ekonomisine katkıda bulunmak olduğu, ihalenin 2886 sayılı Yasa'ya tâbi olduğu, sadece taşınmazların kullandırılması söz konusu olduğundan, yabancıların taşınmaz edinimiyle ilgili düzenlemelere aykırılık

oluşturmadığı, yüklenicinin ve mayınlı sahalardaki özel mülkiyete tâbi alanlarla bölge güvenliği hakkında şartnamelerde düzenlemeler yapıldığı, konuya ilişkin Bakanlar Kurulu kararı ile bu kararlar uyarınca Bakanlıklarca yapılan tüm işlemlerin usul ve yasaya uygun olduğu, davanın reddi gerektiği savunulmaktadır.

Danıştay Tetkik Hâkimi Erkan DEMİRTAŞ'ın Düşüncesi : Dava, … tarihli ve … sayılı Kararnamenin eki "Türkiye Cumhuriyeti Devleti ile Suriye Arap Cumhuriyeti Devleti Arasındaki Kara Sınırı Boyunca Sınır İşaretlerinin Belirlenmesi ve Yenilenmesi İle Fiziki Güvenlik Sistemi Kurulması Konusunda Uyulacak ve Uygulanacak Esaslar"ın 6. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan "Mayın temizleme işlemi ile Genelkurmay Başkanlığı görevlidir." hükmünü,"Mayın temizleme faaliyeti GAP Bölge Kalkınma İdaresi Başkanlığı koordinatörlüğünde yürütülür.Mayın temizleme faaliyetinin ihale işlemleri ise Maliye Bakanlığınca gerçekleştirilir." şeklinde değiştiren … tarih ve … sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile, … tarihli ve … sayılı Kararnamenin eki "Türkiye Cumhuriyeti Devleti ile Suriye Arap Cumhuriyeti Devleti Arasındaki Kara Sınırı Boyunca Sınır İşaretlerinin Belirlenmesi ve Yenilenmesi İle Fiziki Güvenlik Sistemi Kurulması Konusunda Uyulacak ve Uygulanacak Esaslar"ın 6. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan hükmü "Mayın temizleme faaliyeti ve ihale işlemleri Maliye Bakanlığınca yürütülür." şeklinde değiştiren … tarih ve … sayılı Bakanlar Kurulu Kararının ve … tarihli ve … sayılı Kararname ile Türkiye-Suriye hududunda kurulan birinci derece kara askerî yasak bölgelerin sınırlarının ekli haritalar ve koordinat listelerinde gösterildiği şekilde değiştirilmesini, Milli Savunma Bakanlığı'nın yazısı üzerine, 2565 sayılı Yasa'nın 2. maddesine göre kararlaştıran … tarih ve … sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile söz konusu Kararnamelere dayalı olarak Maliye Bakanlığı tarafından tesis olunan ihale işlemlerinin iptali istemiyle açılmıştır.

2565 sayılı Askerî Yasak Bölgeler ve Güvenlik Bölgeleri Kanunu'nun 2. maddesinin birinci fıkrasında, Genelkurmay Başkanlığının göstereceği lüzum üzerine Bakanlar Kurulu kararı ile askerî yasak bölgeler kurulabilir veya kaldırılabilir hükmü yer almış, 4. maddesinde, "Askeri yasak bölgeler ile özel güvenlik bölgelerinin kurulması hakkındaki Bakanlar Kurulu kararı ve askeri güvenlik bölgelerinin kurulması hakkındaki Genelkurmay Başkanlığı kararına ekli uygun ölçekli haritalar ve koordinat listelerinde bu bölgelerin sınırları da belirtilir.", 31. maddesinde ise, "Genelkurmay Başkanlığının teklifi üzerine Bakanlar Kurulunca kararlaştırılan sınır bölgelerinde fiziki güvenlik sistemi tesis edilir. Sistemin kurulmasından ve idame ettirilmesinden Milli Savunma ve İçişleri Bakanlığı sorumludur." hükümlerine yer verilmiştir.

2565 sayılı Yasa'nın 31. maddesi ile bu maddeye dayanılarak çıkarılan … sayılı Kararname'de, Türkiye Cumhuriyeti Devleti ile Suriye Arap Cumhuriyeti Devleti arasındaki kara sınırı boyunca sınır işaretlerinin belirlenmesi ve yenilenmesi ile fiziki güvenlik sisteminin kurulması konusunda uyulacak ve uygulanacak esaslar belirlenerek, sınır belirleme ve yenileme işlemi ile sınır fiziki güvenlik sisteminin kurulmasında görevli ve sorumlu kurumların tespit edildiği; mayın temizleme işleminin ise sınır fiziki güvenlik sisteminin kurulmasıyla ilişkilendirilerek, sistem inşaatı tamamlanan bölgelerden başlanarak, sistem inşa edildikçe, Genelkurmay Başkanlığınca belirlenecek kritik ve hassas bölgeler hariç olmak üzere, mayın sahalarının tümünün temizlenebileceği, temizleme işlemi ile Genelkurmay Başkanlığı'nın görevli olduğu; ancak mayın temizleme işleminin yöntemi konusunda bir düzenleme bulunmadığı anlaşılmaktadır.

178 sayılı Maliye Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin 2. maddesinin (g) bendi ve 13. maddesinin (a) bendi hükümlerine göre, Devlete ait ve Hazinenin özel mülkiyetinde bulunan taşınmaz malların yönetimi konusunda görevli bulunan Maliye Bakanlığı'nı, Genelkurmay Başkanlığı'nın … tarih ve … sayılı yazısında belirttiği, mayın temizleme faaliyetinin hizmet alımı yöntemi ile Maliye Bakanlığı tarafından gerçekleştirilmesi yönündeki görüşünün gerekçesi de dikkate alındığında, mayınlı arazilerin sınıra yakın olması nedeniyle, TSK ve MSB'nı ilgilendiren konuların anılan kurumlar tarafından gerçekleştirilmek kaydıyla ve söz konusu Kararname çerçevesinde, önce mayın temizleme

faaliyetinin ihale işlemleri ile daha sonra ise, mayın temizleme faaliyeti ve ihale işlemleri ile görevlendiren … tarih ve … sayılı, … tarih ve … sayılı Kararnamelerde hukuka aykırılık bulunmamaktadır.

Diğer taraftan, 2565 sayılı Yasa'nın anılan hükümleri uyarınca, Genelkurmay Başkanlığı'nın göstereceği lüzum üzerine Bakanlar Kurulu kararı ile askerî yasak bölgelerin kurulması veya kaldırılması mümkün bulunduğundan, Genelkurmay Başkanlığı'nın anılan yazısında belirttiği, Türkiye-Suriye hududunda, … gün ve … sayılı Bakanlar Kurulu kararı ile hudut hattından … metre derinlikte tesis edilen birinci derece kara askerî yasak bölgeleri nedeniyle, hudut bölgesinde bulunan tarım arazilerinin kullanılamadığı gerekçesine dayanılarak, söz konusu Kararname'nin Ek-3 ve Ek-4'ünde yer alan Türkiye-Suriye hududunda kurulan askerî yasak bölgelere ilişkin esasların Kararname'den çıkarılarak, dava konusu … tarih ve … sayılı Kararnameyle,Türkiye-Suriye hududundaki askerî yasak bölgelerin daraltılmak suretiyle yeniden kurulmasında da hukuka aykırılık bulunmamaktadır.

Dava konusu Kararnamelere bağlı olarak, davalı Maliye Bakanlığı tarafından düzenlenen ihale şartnamelerine gelince;

Mardin ve Şırnak illerinde yapılacak ihalelerin şartnamelerinin 6. maddesinde ; ihalelerin defterdarlıklarca, 2886 sayılı Yasa'nın 36. maddesi çerçevesinde mayınlı sahanın temizlenmesi ve tarımsal faaliyetlerde kullanılması için idarece belirlenmiş süreler esas alınarak önerilecek en uygun süreler üzerinden kapalı teklif usulü ile yapılacağı; 7. maddesinde ise, mayın temizleme işinin süresi ile taşınmazın tarımsal faaliyetlerde kullanılacağı azami süre belirtildikten sonra, sözleşmenin toplam süresinin, bu şartname ve eklerinde belirtilen mücbir sebepler dışında hiçbir gerekçe ile uzatılamayacağı, temizleme işinin öngörülen süreden önce tamamlanıp kabulünün yapılması halinde kalan sürenin tarımsal faaliyetler için öngörülen süreye ilave edileceği; temizleme işinin öngörülen sürede tamamlanamaması halinde ise, geçen sürenin tarımsal faaliyetler için öngörülen süreye ilave edilmeyeceği açıklanmıştır. Mardin ve Şırnak Defterdarlıkları tarafından verilen ihale ilânlarında ise, mayın temizleme işinin azami süresi belirtildikten sonra, tarımsal faaliyetlerde kullanma süresinin, mayın temizleme süresi dahil olmak üzere tespit edilerek, ihalenin, kullanma süresi açısından en uygun süreyi teklif eden istekliye yapılacağı anlaşılmıştır.

2886 sayılı Devlet İhale Kanunu'nun 2. maddesinde, "Bu Kanunun yürütülmesinde, ihtiyaçların en iyi şekilde, uygun şartlarla ve zamanında karşılanması ve ihalede açıklık ve rekabetin sağlanması esastır. Başka başka istekliler tarafından karşılanması mutat olan muhtelif işler bir eksiltmede toplanamaz. Ancak, ihalelerinin ayrı ayrı yapılacağı açıklanmak suretiyle ilanları birarada yapılabilir." hükmüne yer verilmiştir.

Olayda, mayınlı sahanın temizlenmesi ve tarımsal faaliyetlerde kullanılması için idarece belirlenmiş azami süreler esas alınarak, tarımsal alanların kullanımı için önerilecek en az süreler üzerinden ihaleye çıkıldığı anlaşılmış olup, 2886 sayılı Yasa'nın anılan 2. maddesi hükmünde belirtildiği gibi, mayınlı sahanın temizlenmesi ile temizlenen arazinin tarımsal faaliyetlerde kullandırılması işlerinin aralarında doğal bir bağlantı bulunmadığı ve aynı istekli tarafından karşılanması mutat olmadığı için, söz konusu işlerin bir ihalede toplanması anılan 2. maddeye uygun olmadığı gibi, mayınlı arazinin temizlenmesi ve temizlenen arazinin tarımsal amaçlı kullanılması ihtiyaçlarının, en iyi şekilde ve uygun şartlarla karşılandığından da söz edilemeyeceğinden, anılan iki ihtiyacın bir ihale ile karşılanması hukuken ve işin niteliği gereği mümkün bulunmamaktadır.

Nitekim dava konusu şartnamelere göre yapılan ihalelerden birinde rekabetin sağlanamaması, diğerinde ise katılımın olmaması nedeniyle ihalelerin yapılamaması da ihtiyaçların en iyi şekilde, uygun şartlarla ve zamanında karşılanması ve ihalede açıklık ve rekabetin sağlanması şartlarının gerçekleştirilmesinin mümkün olamayacağını göstermektedir.

Mardin ve Şırnak illeri defterdarlıklarınca ilân edilen ihaleler açısından ise; her ne kadar rekabetin sağlanamaması ve katılım olmaması nedeniyle ihalelerin yapılamadığı

anlaşılmakta ise; davacılar ihale süreci sonunda işin isteklilerden birisi üzerinde bırakıldığına ilişkin ihale kararının değil, davaya konu ihale şartnameleriyle belirtilen konu ve koşullarla ihale yapılmasına (ihaleye çıkma) ilişkin işlemlerin iptali istemiyle dava açtıklarından, ihalelerin yapılamaması, bu işlemlerin hukukiliğini denetlenmesine engel olmamaktadır.

Dava konusu olayda,idare tarafından hukuka aykırılığı kabul edilip,ihaleler iptal edilmemiş,birinde katılım olmaması nedeniyle, diğerinde ise rekabet oluşmadığı gerekçesiyle ihaleler iptal edildiğinden,ihale işlemlerinde de; dayanakları şartnameler hukuka aykırı bulunduğundan,hukuka uyarlık bulunmamaktadır. Bu nedenle iptalleri gerekmektedir.

Açıklanan nedenlerle, … tarih ve … sayılı, … tarih ve … sayılı, … tarih ve … sayılı Bakanlar Kurulu Kararlarına ilişkin davanın reddi gerektiği; söz konusu Kararnamelere dayalı olarak Maliye Bakanlığı tarafından düzenlenen ihale şartnameleri ile söz konusu şartnamelere göre ilân edilen ihale işlemlerinin iptaline karar verilmesi gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı Mürteza GÜLER'in Düşüncesi : Dava; … tarih ve … sayılı, … tarih ve … sayılı, … tarih ve … sayılı Bakanlar Kurulu Kararları ile söz konusu Kararnamelere dayalı olarak Maliye Bakanlığı tarafından tesis olunan ihale işlemlerinin iptali istemiyle açılmıştır.

12.03.2003 tarih ve 4824 sayılı Kanun'la Türkiye'nin katılması uygun bulunan "Anti-Personel Mayınların Kullanımının, Depolanmasının, Üretiminin ve Devredilmesinin Yasaklanması ve Bunların İmhası İle İlgili Sözleşme"nin 5. maddesinde; "Taraf Devletlerden her biri, yetkisi ya da denetimi altında olan mayınlı alanlardaki bütün anti-personel mayınları bu Sözleşmenin söz konusu Taraf Devlet için yürürlüğe girmesinden sonra on yıldan daha geç olmamak şartıyla mümkün olan en kısa zamanda imha etmek ya da imha edilmesini sağlamakla yükümlüdür." hükmüne yer verilmiştir.

2565 sayılı Askerî Yasak Bölgeler ve Güvenlik Bölgeleri Kanunu'nun 1. maddesinin (a) fıkrasında, "Bu Kanunun amacı; Yurt savunması bakımından hayati önemi haiz askeri tesisler ve bölgeler ile sınırların, güvenlik ve gizliliğini sağlamak için bunların çevrelerinde, kıyılarında ve havalarında; kara, deniz ve hava askerî yasak bölgelerinin kurulması, kaldırılması ve gerektiğinde genişletilmesine ilişkin esas ve yöntemlerin düzenlenmesidir." hükmüne; 2. maddesinin birinci fıkrasında, "Genelkurmay Başkanlığının göstereceği lüzum üzerine Bakanlar Kurulu kararı ile askerî yasak bölgeler kurulabilir veya kaldırılabilir. Askerî yasak bölgeler 1 inci ve 2 nci derece askerî yasak bölge olmak üzere ikiye ayrılır." hükmüne; 4. maddesinde, "Askeri yasak bölgeler ile özel güvenlik bölgelerinin kurulması hakkındaki Bakanlar Kurulu kararı ve askeri güvenlik bölgelerinin kurulması hakkındaki Genelkurmay Başkanlığı kararına ekli uygun ölçekli haritalar ve koordinat listelerinde bu bölgelerin sınırları da belirtilir." hükmüne; 5. maddesinin (b) fıkrasında, "Birinci derece kara askerî yasak bölgeleri, kara sınır hattı boyunca ve lüzum görülen kıyılarda otuz ila altıyüz metre derinlikteki sahalarda tesis edilir." hükmüne; 31. maddesinde, "Genelkurmay Başkanlığının teklifi üzerine Bakanlar Kurulunca kararlaştırılan sınır bölgelerinde fiziki güvenlik sistemi tesis edilir. Sistemin kurulmasından ve idame ettirilmesinden Milli Savunma ve İçişleri Bakanlığı sorumludur." hükmüne yer verilmiştir.

Genelkurmay Başkanlığının teklifi üzerine 2565 sayılı Kanunun 31. maddesine göre, Bakanlar Kurulunca yürürlüğe konulan … tarih ve … sayılı Kararnamenin eki "Türkiye Cumhuriyeti Devleti ile Suriye Arap Cumhuriyeti Devleti Arasındaki Kara Sınırı Boyunca Sınır İşaretlerinin Belirlenmesi ve Yenilenmesi İle Fiziki Güvenlik Sistemi Kurulması Konusunda Uyulacak ve Uygulanacak Esaslar"ın 6. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan "Mayın temizleme işlemi ile Genelkurmay Başkanlığı görevlidir." hükmü yine Genelkurmay Başkanlığının … tarihli teklifi üzerine Bakanlar Kurulunca … tarihli Kararname Eki Esaslar ile; "Mayın temizleme faaliyeti GAP Bölge Kalkınma İdaresi Başkanlığı koordinatörlüğünde yürütülür. Mayın temizleme faaliyetinin ihale işlemleri ise Maliye Bakanlığınca gerçekleştirilir." şeklinde değiştirilmiş; daha sonra GAP Bölge Kalkınma İdaresi'nin görev süresinin … tarihi itibarıyla sona erecek olması nedeniyle yine Genelkurmay Başkanlığının … tarihli teklifi

üzerine … tarihli Kararnamenin Eki Esaslar ile bu kez 6. maddenin ikinci fıkrası, "Mayın temizleme faaliyeti ve ihale işlemleri Maliye Bakanlığınca yürütülür." şeklinde değiştirilmiştir.

2565 sayılı Kanunun 31. maddesi ile bu maddeye dayanılarak çıkarılan … sayılı Kararname'de, Türkiye Cumhuriyeti Devleti ile Suriye Arap Cumhuriyeti Devleti arasındaki kara sınırı boyunca sınır işaretlerinin belirlenmesi ve yenilenmesi ile fiziki güvenlik sisteminin kurulması konusunda uyulacak ve uygulanacak esaslar belirlenerek, sınır belirleme ve yenileme işlemi ile sınır fiziki güvenlik sisteminin kurulmasında görevli ve sorumlu kurumların tespit edildiği; mayın temizleme işleminin ise sınır fiziki güvenlik sisteminin kurulmasıyla ilişkilendirilerek, sistem inşaatı tamamlanan bölgelerden başlanarak, sistem inşa edildikçe, Genelkurmay Başkanlığınca belirlenecek kritik ve hassas bölgeler hariç olmak üzere, mayın sahalarının tümünün temizlenebileceği, temizleme işlemi ile Genelkurmay Başkanlığı'nın görevli olduğu; ancak mayın temizleme işleminin yöntemi konusunda bir düzenleme bulunmadığı anlaşılmıştır.

178 sayılı Maliye Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnameye göre Devlete ait ve Hazinenin özel mülkiyetinde bulunan taşınmaz malların yönetimi konusunda görevli bulunan Maliye Bakanlığı'nın, Genelkurmay Başkanlığı'nın mayın temizleme faaliyetinin hizmet alımı yöntemi ile Maliye Bakanlığı tarafından gerçekleştirilmesi yönündeki görüşü ve bu görüşte belirtilen sebepler dikkate alınarak, mayınlı arazilerin sınıra yakın olması nedeniyle, Türk Silahlı Kuvvetlerini ve Mili Savunma Bakanlığını ilgilendiren konuların anılan kurumlar tarafından gerçekleştirilmek kaydıyla, mayın temizleme faaliyeti ve ihale işlemleri ile görevlendirilmesi amacıyla düzenlenen dava konusu … tarihli ve … tarihli Kararnamelerde hukuka aykırılık bulunmamaktadır.

Diğer taraftan, 2565 sayılı Kanunun anılan hükümleri uyarınca, Genelkurmay Başkanlığı'nın göstereceği lüzum üzerine Bakanlar Kurulu kararı ile askerî yasak bölgelerin kurulması veya kaldırılması mümkün bulunduğundan, Genelkurmay Başkanlığı'nın teklifi doğrultusunda, Türkiye-Suriye hududunda, … tarih ve … sayılı Bakanlar Kurulu kararı ile hudut hattından … metre derinlikte tesis edilen birinci derece kara askerî yasak bölgeleri nedeniyle, hudut bölgesinde bulunan tarım arazilerinin kullanılamadığı gerekçesine dayanılarak, söz konusu Kararname'nin Ek-3 ve Ek-4'ünde yer alan Türkiye-Suriye hududunda kurulan askerî yasak bölgelere ilişkin esasların Kararname'den çıkarılarak, dava konusu … tarih ve … sayılı Kararnameyle,Türkiye-Suriye hududundaki askerî yasak bölgelerin daraltılmak suretiyle yeniden kurulmasında da hukuka aykırılık görülmemiştir.

Dava konusu Kararnamelere bağlı olarak, davalı Maliye Bakanlığı tarafından düzenlenen ihale şartnamelerine gelince;

İhale şartnamelerinin ve ihale ilânlarının incelenmesinden; mayınlı sahanın temizlenmesi ve tarımsal faaliyetlerde kullanılması için idarece belirlenmiş azami süreler esas alınarak, tarımsal alanların kullanımı için önerilecek en az süreler üzerinden ihaleye çıkıldığı anlaşılmıştır.

Dava konusu Kararnamelerle, Maliye Bakanlığı'nın mayın temizleme faaliyeti ve ihale işlemleri ile görevlendirildiği dikkate alındığında, bu amaçla çıkılan ihalede mayının temizlenmesi hizmetinin satın alınması ile temizlenen arazinin tarımsal amaçlı kullandırılması işinin aynı ihalede birleştirilmesi mümkün değildir.

Ayrıca 2886 sayılı Kanunun 2. maddesinde belirtildiği üzere, mayınlı sahanın temizlenmesi ile temizlenen arazinin tarımsal faaliyetlerde kullandırılması işlerinin aynı istekli tarafından karşılanması mutat bir durum değildir. Söz konusu işlerin bir ihalede toplanması anılan 2. maddeye uygun olmadığı gibi mayınlı arazinin temizlenmesi ve temizlenen arazinin tarımsal amaçlı kullanılması ihtiyaçlarının, en iyi şekilde ve uygun şartlarla karşılandığından da söz edilemeyeceğinden, anılan iki ihtiyacın bir ihale ile karşılanması hukuken ve işin niteliği icabı mümkün bulunmamaktadır.

Öte yandan, Mardin ve Şırnak illeri defterdarlıklarınca ilân edilen ancak, rekabetin sağlanamaması ve katılım olmaması nedeniyle yapılamayan ihalelerin iptal edilmesi

nedeniyle ihale işlemlerinin iptali istemi hakkında karar verilmesine hukuken imkan bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle, dava konusu Bakanlar Kurulu Kararları'na yönelik olarak davanın reddine; söz konusu Kararnamelere dayalı olarak Maliye Bakanlığı tarafından düzenlenen ihale şartnamelerinin iptaline; söz konusu şartnamelere göre ilân edilen ihale işlemlerinin iptali istemi hakkında ise karar verilmesine yer olmadığına karar verilmesinin uygun olacağı gerektiği düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Karar veren, 2575 sayılı Danıştay Kanunu'nun Ek 1.Maddesi uyarınca birlikte toplanan Danıştay Onüçüncü ve Onuncu Dairelerince, Tetkik Hâkimi'nin açıklamaları dinlendikten ve dosyadaki belgeler incelendikten sonra işin gereği görüşüldü:

Dava, ... tarih ve ... sayılı, ... tarih ve ... sayılı, ... tarih ve ... sayılı Bakanlar Kurulu Kararları ile söz konusu Kararnamelere dayalı olarak Maliye Bakanlığı tarafından tesis olunan ihale işlemlerinin iptali istemiyle açılmıştır.

Başbakanlığın davacıların dava açma ehliyeti olmadığına ilişkin iddiası yerinde görülmeyerek işin esasına geçildi:

Dosyada bulunan ve Genelkurmay Başkanlığı tarafından Başbakanlığa yazılan ... tarih ve ... sayılı yazıda, TSK (Türk Silahlı Kuvvetleri) tarafından, Türkiye-Suriye sınırında 1956-1959 yılları arasında hudut geçişlerini engellemek maksadıyla döşenmiş olan ... adet mayının temizlenmesi çalışmaları ile ilgili olarak, mayın temizleme faaliyetinin süratle gerçekleştirilmesi maksadıyla hizmet alımı yöntemi ile mayınların temizlenmesi seçeneğinin de incelenmesi neticesinde, diğer seçenekler olan TSK'nin mevcut imkan ve kabiliyetleri ile temizleme ve TSK tarafından modern mekanik mayın temizleme teçhizatı temini ile temizleme yöntemleri yanında, anılan yöntemin, arazinin bölümlere ayrılarak temizliğinin birden fazla firma tarafından gerçekleştirilmesine imkan sağlaması ve temizleme faaliyetinin süresini kısaltması; birinci sınıf tarım arazisi olan mayınlı alanların temizleme faaliyetini süratle gerçekleştirmesi neticesinde bölgeyi ekonomiye daha kısa sürede kazandırması ve harcanan kaynağın geriye dönüşünü hızlandırması; bölgede yaşayan vatandaşlara iş imkanı yaratması ve bölgenin ekonomik açıdan kalkınmasına olumlu katkılar sağlaması nedenleriyle en uygun seçenek olarak değerlendirildiği; ayrıca bu çalışmalara paralel olarak, Türkiye'nin 12.03.2003 tarih ve 4824 sayılı Yasa ile Ottava Sözleşmesi'ne taraf olduğu ve döşenmiş olan anti personel kara mayınlarının (APKM) 2014 yılına kadar temizlenmesi, depolarda mevcut olan APKM'nin ise 2008 yılına kadar tahribi ve hukuki alanda yapılması gereken düzenlemeler gibi konularda anılan sözleşme gereği sorumluluklar üstlendiği; bu hususlar çerçevesinde, maliyet ve etkinlik açısından Suriye sınırlarındaki mayınların süratle temizlenmesi, atıl durumda bulunan arazilerin ekonomiye kazandırılması, Ottawa Sözleşmesi gereği yapılması gereken faaliyetlerin belirlenen süre içerisinde tamamlanması maksadıyla;

a-1 inci ve 2 nci derece kara askeri yasak bölge ve karakol emniyet sınırı ile hudut emniyet yollarının tespitini müteakip arazilerin ilgili Bakanlığa (Maliye Bakanlığı veya Tarım ve Köy İşleri Bakanlığı) devredilmesi,

b-Faaliyetin icrası süresince, Başbakanlık bünyesinde, TSK ve MSB (Milli Savunma Bakanlığı)'nca danışmanlık hizmetini verecek personelin de bulunduğu (GAP Bölge Kalkınma İdaresi Başkanlığı bünyesinde teşkil edilen Suriye Sınırındaki Mayınlı Alanların Temizlenerek Tarıma Açılması ve Ekonomiye Kazandırılması Çalışma ve Koordinasyon Kurulu) bir Üst Kurul teşkil edilmesi,

c-İlgili Bakanlıkça, mayınların temizletilmesi ve temizletme faaliyetinin tamamlanmasını müteakip arazinin kontrolünün hizmet alımı ile yaptırılmasının uygun olacağının mütalaa edildiği;

Mayın temizleme faaliyetinin, öncelikle Sınır Fiziki Güvenlik Sistemi (SFGS)'nin tam olarak tesis edildiği ... arasında kalan arazi bölümünde başlatılması, SFGS'nin eksik olarak

tesis edildiği, ... arasında kalan bölümünde ise SFGS'nin tesisini müteakip gerçekleştirilmesi, mayın temizleme faaliyetinde, temizlenecek arazi önceliklerinin ilgi (b) Konsepte uygun olarak belirlenmesi ve bu çalışmalar kapsamında TSK tarafından;

a-Söz konusu organizasyona TSK ve MSB tarafından personel, bilgi, belge, tecrübe ve teknik desteğin sağlanması,

b-İlgi (c) ve (ç) mevzuat kapsamında, 1 nci ve 2 nci derece kara askeri yasak bölge sınırlarının belirlenmesi, hudut emniyet yollarının tespit edilmesi, 1 nci derece askeri yasak bölge sınır ve karakolların emniyeti için karakol emniyet sınırının asgari yeterli seviyeye indirilmesi ile ilgili çalışmaların yapılması, devredilecek arazilerin tespit edilmesi ve tespit edilen bu arazilerin ilgili Bakanlığa devredilmesi,

c-Faaliyetler süresince hudut emniyet hizmetlerinin aksamaması ve TSK'nin planlı faaliyetlerinin etkilenmemesi için ihtiyaç duyulan hususların belirlenmesi,

ç-Bilgisayar ortamına aktarılması çalışmaları devam eden mayın tarlası krokilerinin ilgili Bakanlığa verilmesi,

d-Mayınların temizlenmesi maksadıyla TSK'ne tahsis edilen ... trilyon TL'nın, ... trilyon TL (... Milyon ABD Doları) ile ... arasında eksik olarak inşa edilen SFGS'nın tamamlanması için kullanılması ve geriye kalan kısmının Maliye Bakanlığı'na iade edilmesi,

e-Bölgenin hassasiyeti de dikkate alınarak temizleme, kontrol ve tarım için faaliyet gösterecek firmaların güvenilirliğinin Genelkurmay Başkanlığı, İçişleri Bakanlığı ve MİT Müsteşarlığı ile koordineli olarak belirlenmesinin uygun mütalaa edildiği ifade edilmektedir.

Dosyanın incelenmesinden, Suriye sınırındaki mayınlı arazilerin temizlenmesi projesi ile ilgili olarak, yukarıda açıklanan hususlar çerçevesinde, TSK ve MSB'nı ilgilendiren hususların TSK ve MSB tarafından gerçekleştirilmesinin, mayın temizleme faaliyetinin Başbakanlık bünyesinde teşkil edilecek bir Üst Kurul ve ilgili Bakanlık vasıtasıyla yürütülmesinin uygun olacağının değerlendirildiği; ilgili Devlet Bakanı'nın başkanlığında, Genelkurmay Başkanlığı, Maliye Bakanlığı, Tarım ve Köyişleri Bakanlığı ve GAP Bölge İdaresi Başkanlığı'nın temsilcileriyle kurulan komisyon toplantısında, çalışma ve koordinasyon kurulu çalışmalarına devam edilmesi, mayın temizleme ihalesinin Maliye Bakanlığı'nca yapılması ve Maliye Bakanlığı'nın mayın temizleme ihalesini yapabilmesi amacıyla Başbakanlık'ca görevlendirilmesi konularında karar alındığı; Devlet Bakanlığı tarafından Başbakanlığa hitaben yazılan ... tarih ve ... sayılı yazıda; mayın temizleme ihalesinin Maliye Bakanlığı'nca yapılması konusunda Bakanlar Kurulu kararı alınması ve Genelkurmay Başkanlığı uhdesindeki projenin bütçesi ile birlikte Maliye Bakanlığı'na aktarılması, Milli Savunma Bakanlığı tarafından Başbakanlığa hitaben yazılan ... tarih ve ... sayılı yazıda da, Suriye sınırında döşeli bulunan mayınlı arazilerin temizlenerek tarıma açılması çalışmaları ile ilgili olarak Genelkurmay Başkanlığı, Maliye Bakanlığı ve GAP Bölge İdaresi Başkanlığı'nın, 2565 sayılı Askeri Yasak Bölgeler ve Güvenlik Bölgeleri Kanunu'nun 31. maddesi gereği olarak, ... gün ve ... sayılı Kararname ekinin 6. maddesinin değiştirilmesinde mutabakata varıldığından, anılan Kararname ekinin 6. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan "Mayın temizleme işlemi ile Genelkurmay Başkanlığı görevlidir." ifadesinin, "Mayın temizleme faaliyeti GAP Bölge Kalkınma İdaresi Başkanlığı koordinatörlüğünde yürütülür. Mayın temizleme faaliyetinin ihale işlemleri ise Maliye Bakanlığınca gerçekleştirilir." şeklinde değiştirilmesi için gerekli Bakanlar Kurulu Kararının çıkartılması hususunda bilgi verilmesinden sonra, Bakanlar Kurulunca, dava konusu ... tarihli ve ... sayılı Kararnamenin Eki Esaslar'ın yürürlüğe konulmasına karar verilmek suretiyle, ... tarihli ve ... sayılı Kararnamenin eki "Türkiye Cumhuriyeti Devleti ile Suriye Arap Cumhuriyeti Devleti Arasındaki Kara Sınırı Boyunca Sınır İşaretlerinin Belirlenmesi ve Yenilenmesi İle Fiziki Güvenlik Sistemi Kurulması Konusunda Uyulacak ve Uygulanacak Esaslar"ın 6. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan hükmün, "Mayın temizleme faaliyeti GAP Bölge Kalkınma İdaresi Başkanlığı koordinatörlüğünde yürütülür. Mayın temizleme faaliyetinin ihale işlemleri ise Maliye Bakanlığınca gerçekleştirilir." şeklinde değiştirildiği;Devlet Bakanlığı tarafından Başbakanlığa hitaben yazılan ... tarih ve ... sayılı

yazıda, ... tarihli ve ... sayılı kararname ekinin birinci maddesinde yer alan ifadenin,"Mayın temizleme faaliyeti ve ihale işlemleri Maliye Bakanlığı koordinatörlüğünde yürütülür." şeklinde değiştirilmesi için gerekli Bakanlar Kurulu kararının çıkarılması hususunda; Genelkurmay Başkanlığı'nın ... tarih ve ... sayılı teklifine dayanan ve Milli Savunma Bakanlığı tarafından Başbakanlığa hitaben yazılan ... tarih ve ... sayılı yazıda da, GAP Bölge Kalkınma İdaresi'nin görev süresinin ... tarihi itibarıyla sona ereceğinden bahisle, ... tarihli ve ... sayılı Kararname'nin eki Esasların, ... tarih ve ... sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile değişik 6. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan hükümde,Devlet Bakanlığınca yapılan öneri ile aynı doğrultuda değişiklik yapılması için Bakanlar Kurulu Kararının çıkartılması hususunda bilgi verilmesinden sonra, Bakanlar Kurulunca, dava konusu ... tarihli ve ... sayılı Kararnamenin Eki Esaslar'ın yürürlüğe konulmasına karar verilmek suretiyle, ... tarihli ve ... sayılı Kararnamenin eki "Türkiye Cumhuriyeti Devleti ile Suriye Arap Cumhuriyeti Devleti Arasındaki Kara Sınırı Boyunca Sınır İşaretlerinin Belirlenmesi ve Yenilenmesi İle Fiziki Güvenlik Sistemi Kurulması Konusunda Uyulacak ve Uygulanacak Esaslar"ın 6. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan hükmün "Mayın temizleme faaliyeti ve ihale işlemleri Maliye Bakanlığınca yürütülür." şeklinde değiştirildiği; Genelkurmay Başkanlığı'nın ... tarih ve ... sayılı teklifine dayanan ve Milli Savunma Bakanlığı tarafından Başbakanlığa hitaben yazılan ... tarih ve ... sayılı yazıda ise; Türkiye-Suriye hududunda ... gün ve ... sayılı Bakanlar Kurulu kararı ile birinci ve ikinci derece askerî yasak bölgeler kurulduğu, söz konusu Bakanlar Kurulu Kararı ile hudut hattından ... metre derinlikte tesis edilen birinci derece kara askerî yasak bölgeleri nedeniyle, hudut bölgesinde bulunan tarım arazilerinin kullanılamadığı; bu durumun ülke ekonomisini olumsuz etkilediği; söz konusu arazilerin tarıma kazandırılması maksadıyla söz konusu Bakanlar Kurulu Kararının Ek-3 ve Ek-4 Esaslarındaki birinci derece askerî yasak bölgelerin,ekte koordinatları belirtildiği şekilde daraltılmak suretiyle güncelleştirilmesine ihtiyaç duyulduğu bildirildiğinden, Genelkurmay Başkanlığınca teklif edilen, anılan hududa ilişkin harita, koordinat listesi, gerekçe ve Bakanlar Kurulu Kararı taslaklarının ilişikte sunulduğu belirtilerek, 2565 sayılı Kanun uyarınca söz konusu hududa ilişkin değişiklik içeren gerekli Bakanlar Kurulu Kararının alınması ve ... gün ve ... sayılı Bakanlar Kurulu Kararı'nın Ek-3 ve Ek-4'ünde yer alan 1 inci derece askerî yasak bölgelere ilişkin harita paftası ve koordinat listelerinin kararname kapsamından çıkarılması hususunda bilgi verilmesi üzerine, Bakanlar Kurulu'nun dava konusu ... tarih ve ... sayılı Kararı ile; ... tarihli ve ... sayılı Kararname ile Türkiye-Suriye hududunda kurulan birinci derece kara askerî yasak bölgelerin sınırlarının ekli haritalar ve koordinat listelerinde gösterildiği şekilde değiştirilmesinin, Milli Savunma Bakanlığı'nın anılan yazısı üzerine, 2565 sayılı Yasa'nın 2 nci maddesine göre kararlaştırıldığı; söz konusu üç Bakanlar Kurulu Kararının yürürlüğe girmesinden sonra, Türkiye Cumhuriyeti Devleti Mardin ve Şırnak illeri ile Suriye Arap Cumhuriyeti Devleti arasındaki kara sınırında bulunan ve şartname çerçevesinde ihalesi yapılacak alanlardaki, mayın ile patlamamış mühimmatın temizlenmesi, imha edilmesi ve bu suretle elde edilecek arazilerin tarımsal amaçlı kullanılması işlemlerinin yürütülmesinde uygulanacak genel esas ve usulleri belirlemek üzere ihale işlemlerinin parçası olan dava konusu şartnamelerin hazırlandığı; anılan şartnamelerde, "Kapsam"ın Türkiye Cumhuriyeti Devleti Mardin ve Şırnak illeri ile Suriye Arap Cumhuriyeti Devleti arasındaki kara sınırında bulunan alanlardaki mayın ile patlamamış mühimmatın temizlenerek, mayınlı arazilerin Hazinenin özel mülkiyetinde bulunan taşınmazlarda olması halinde bu taşınmazların tamamının, Devletin hüküm ve tasarrufu altında olması halinde ise sadece temizlenen alanların tarımsal amaçlı kullanılması olduğu; şartnamelerin uygulanmasında, 2886 sayılı Yasa ile bu Yasa'nın 74. maddesine dayanılarak yürürlüğe konulan Devlete Ait Taşınmaz Mal Satış, Trampa, Kiraya Verme, Mülkiyetin Gayri Ayni Hak Tesis, Ecrimisil ve Tahliye Yönetmeliğinde yer alan tanımların aynen geçerli olduğu; şartnamede nitelikleri belirtilen alanların mayın ile patlamamış mühimmattan temizlenerek elde edilecek arazilerin tarımsal amaçlı kullanılması amacıyla, Mardin Defterdarlığınca ... tarihinde ve Şırnak Defterdarlığınca ... tarihinde ihale yapılacağı;

mayın temizleme işi tamamlandıktan sonra, … tarihli ve … sayılı Bakanlar Kurulu Kararı gereğince belirlenen askerî yasak bölge ile sınır hattı boyunca tesis edilecek sınır fiziki güvenlik sistemi için ihtiyaç duyulacak alanlar dışında kalan temizlenmiş alandan mülkiyeti Hazineye veya Suriye uyruklulara ait olmakla birlikte, Hazinece idaresi yapılan taşınmazlarla birlikte müstakil kullanımı mümkün olmayan ve bu taşınmazlarla bütünlük arzeden Hazineye ait diğer taşınmazların, sınırları ve yüzölçümü belirtilmek suretiyle bir tutanakla yükleniciye idare ve kadastro müdürlüğü teknik elemanları tarafından teslim edileceği; söz konusu alanda yapılacak tarımsal faaliyetin, ilgili olduğu yerlerde 2565 sayılı Kanun ile Askeri Yasak Bölgeler ve Güvenlik Bölgeleri Yönetmeliği hükümlerine göre yürütüleceği, ayrıca organik tarım yapılması mümkün olan alanlarda yapılacak organik tarım faaliyetlerinin bahsedilen Kanun ve Yönetmelik ile 5262 sayılı Organik Tarım Kanunu ve Organik Tarımın Esasları ve Uygulanmasına ilişkin Yönetmelik hükümlerine göre yürütüleceği konusunda ortak hükümlerin bulunduğu; söz konusu şartnamelere dayanılarak Türkiye Cumhuriyeti Devleti ile Suriye Arap Cumhuriyeti Devleti arasındaki kara sınırında bulunan, Mardin İli sınırları içerisinde kalan ve Mardin İli, Merkez, Nusaybin ve Kızıltepe İlçelerinde bulunan … adette toplam … m² yüzölçümlü taşınmazların … m² ölçümlü kısmında bulunan mayınların temizlenerek kullanılmak üzere, 2886 sayılı Yasa'nın 36. maddesi uyarınca Mardin Valiliği'nce (Defterdarlık) ihaleye çıkarılmasının Bakanlık Makamının … tarihli ve … sayılı Olur'u ile uygun görülmesinden sonra, söz konusu taşınmazlarda bulunan mayınlar (anti personel-anti tank mayınları) ile patlamamış mühimmatın temizlenmesi, imha edilmesi ve bu suretle elde edilecek arazilerin tarımsal amaçlı kullandırılması işi için Mardin Valiliğince (Defterdarlık) … tarihinde ihale yapılacağının ilân edildiği, son teklif verme tarihi olan … tarihi mesai bitimine kadar üç şirket tarafından, mayın temizleme işi ihalesi ile ilgili olarak oluşturulan komisyona müracaat edildiği, anılan şirketlerden iki tanesine ait geçici teminat mektuplarının süreli olduğu, bu durumun ihale şartnamesinin 10. maddesinde öngörülen şartları taşımadığından, ihale dışı bırakıldıkları, dolayısıyla teklifi değerlendirilebilecek bir şirket kaldığından ve bu sebeple de gerekli rekabet ortamı sağlanamadığından, daha geniş bir katılımın olacağı yeni bir ihale yapılabilmesi için, 2886 sayılı Kanunun 29. maddesi ile ihale şartnamesinin 15. maddesine göre, söz konusu ihalenin yapılmamasına karar verildiği, bunun üzerine, konunun Bakanlık tarafından incelenmesi ve değerlendirilmesi sonucunda, Bakanlık Makamının … tarihli ve … sayılı Olur'u ile söz konusu ihalenin yapılmaması yönündeki kararın onaylanmasının uygun görüldüğü; Türkiye Cumhuriyeti Devleti ile Suriye Arap Cumhuriyeti Devleti arasındaki kara sınırında bulunan, Şırnak İli sınırları içerisinde kalan ve Şırnak İli, Cizre ve İdil ilçelerinde bulunan … adette toplam … m² yüzölçümlü taşınmazların mayınlardan temizlenerek kullanılmak üzere, 2886 sayılı Kanunun 36. maddesi uyarınca Şırnak Valiliğince (Defterdarlık) ihaleye çıkarılmasının, Bakanlık Makamının … tarihli ve … sayılı Olur'u ile uygun görülmesinden sonra, söz konusu taşınmazlarda bulunan mayınların (anti personel-anti tank mayınları) ile patlamamış mühimmatın temizlenmesi, imha edilmesi ve bu suretle elde edilecek arazilerin tarımsal amaçlı kullanılması işinin ihaleye çıkarıldığı, ancak son başvuru tarihi olan … tarihi mesai bitimine kadar teklif veren olmadığı; bu suretle yapılamayan iki ihaleden sonra mayın temizleme işi ile ilgili olarak yeni bir ihale yapılmadığı da,Maliye Bakanlığının … tarih ve … sayılı ara karar cevabından anlaşılmaktadır.

12.03.2003 tarih ve 4824 sayılı Kanun'la Türkiye'nin katılması uygun bulunan "Anti-Personel Mayınların Kullanımının, Depolanmasının, Üretiminin ve Devredilmesinin Yasaklanması ve Bunların İmhası İle İlgili Sözleşme"nin 5. maddesinde; "Taraf Devletlerden her biri, yetkisi ya da denetimi altında olan mayınlı alanlardaki bütün anti-personel mayınları bu Sözleşmenin söz konusu Taraf Devlet için yürürlüğe girmesinden sonra on yıldan daha geç olmamak şartıyla mümkün olan en kısa zamanda imha etmek ya da imha edilmesini sağlamakla yükümlüdür." hükmüne yer verilmiştir.

2565 sayılı Askerî Yasak Bölgeler ve Güvenlik Bölgeleri Kanunu'nun 1. maddesinin (a) fıkrasında, "Bu Kanunun amacı; Yurt savunması bakımından hayati önemi haiz askeri

tesisler ve bölgeler ile sınırların, güvenlik ve gizliliğini sağlamak için bunların çevrelerinde, kıyılarında ve havalarında; kara, deniz ve hava askerî yasak bölgelerinin kurulması, kaldırılması ve gerektiğinde genişletilmesine ilişkin esas ve yöntemlerin düzenlenmesidir." hükmüne; 2. maddesinin birinci fıkrasında, "Genelkurmay Başkanlığının göstereceği lüzum üzerine Bakanlar Kurulu kararı ile askerî yasak bölgeler kurulabilir veya kaldırılabilir. Askerî yasak bölgeler 1 inci ve 2 nci derece askerî yasak bölge olmak üzere ikiye ayrılır." hükmüne; 4. maddesinde, "Askeri yasak bölgeler ile özel güvenlik bölgelerinin kurulması hakkındaki Bakanlar Kurulu kararı ve askeri güvenlik bölgelerinin kurulması hakkındaki Genelkurmay Başkanlığı kararına ekli uygun ölçekli haritalar ve koordinat listelerinde bu bölgelerin sınırları da belirtilir." hükmüne; 5. maddesinin (b) fıkrasında, "Birinci derece kara askerî yasak bölgeleri, kara sınır hattı boyunca ve lüzum görülen kıyılarda otuz ila altıyüz metre derinlikteki sahalarda tesis edilir." hükmüne; 31. maddesinde, "Genelkurmay Başkanlığının teklifi üzerine Bakanlar Kurulunca kararlaştırılan sınır bölgelerinde fiziki güvenlik sistemi tesis edilir. Sistemin kurulmasından ve idame ettirilmesinden Milli Savunma ve İçişleri Bakanlığı sorumludur." hükmüne yer verilmiştir.

Dava konusu … tarih ve … sayılı, … tarih ve … sayılı Bakanlar Kurulu Kararlarıyla değişiklik yapılan … tarih ve … sayılı Bakanlar Kurulu Kararında;

"1-Türkiye Cumhuriyeti Devleti ile Suriye Arap Cumhuriyeti Devleti, Irak Cumhuriyeti Devleti ve İran İslam Cumhuriyeti Devleti arasında andlaşmalarla tespit edilmiş kara sınır hattında sınır işaretlerinin müştereken, bu mümkün olmadığı taktirde Türkiye tarafından belirlenerek yenilenmesi ve Türkiye tarafından sınır hattı boyunca fiziki güvenlik sistemi kurulması,

2-Birinci maddede yazılı konuların uygulanmasıyla ilgili olarak düzenlenen ekli Esasların yürürlüğe konulması

3-…, … tarihli ve …, … sayılı Kararnamelerin yürürlükten kaldırılması, Genelkurmay Başkanlığının teklifine dayanan Milli Savunma Bakanlığının yazısı üzerine 2565 sayılı Askerî Yasak Bölgeler ve Güvenlik Bölgeleri Kanununun 31. maddesine göre Bakanlar Kurulu'nca … tarihinde kararlaştırılmıştır." denildikten sonra, Kararname'nin Eki, Türkiye Cumhuriyeti Devleti ile Suriye Arap Cumhuriyeti Devleti Arasındaki Kara Sınırı Boyunca Sınır İşaretlerinin Belirlenmesi ve Yenilenmesi ile Fiziki Güvenlik Sistemi Kurulması Konusunda Uyulacak ve Uygulanacak Esaslar'da; Türkiye Cumhuriyeti Devleti ile Suriye Arap Cumhuriyeti Devleti arasındaki kara sınır işaretlerinin yerlerinin Türkiye tarafından belirleneceği ve yenileneceği; sınır işaretlerini yerini belirleme ve yenileme işlerinin, sınırın Akdeniz'deki başlama noktasından Irak sınırına kadar Genelkurmay Başkanlığının Milli Savunma Bakanlığı ile yapacağı koordine sonucunda belirleyeceği öncelik bölgelerine göre yapılacağı, sınırın belirleme işleminin Genelkurmay Başkanlığı, Milli Savunma, İçişleri ve Dışişleri Bakanlıkları tarafından teşkil edilecek komisyonlarca, yenileme işleminin ise, İçişleri Bakanlığı ile koordine edilerek Milli Savunma Bakanlığınca yapılacağı; sınır işaretlerinin yerini belirleme ve yenileme işlemi ile birlikte sınır hattından başlamak üzere birinci derece kara askerî yasak bölge içinde 2565 sayılı Yasa'nın 31. maddesine göre fizikî güvenlik sisteminin tesis edileceği; fiziki güvenlik sisteminin, Askerî Yasak Bölgeler ve Güvenlik Bölgeleri Yönetmeliği'nin öngördüğü şekilde işaretleri yenilenmiş sınır hattından itibaren tesis edileceği, ayrıca mayınlı sahaların gerisinde halen mevcut fiziki engel sisteminin geliştirilip, ıslah edilerek kullanılacağı, sınırlardaki arazi topoğrafik yapısının fiziki güvenlik sisteminin sınır hattı üzerinde tesisine imkan vermediği veya fiziki sistemin korunmasını mümkün kılmadığı yerlerde fiziki güvenlik sisteminin, Genelkurmay Başkanlığının teklifi üzerine İçişleri Bakanlığı ve Milli Güvenlik Kurulu Genel Sekreterliğinin olumlu görüşleri alındıktan sonra Milli Savunma Bakanlığınca mayınlı sahaların gerisinde tesis edilebileceği; dava konusu iki Kararname ile değişikliğin yapıldığı 6. maddesinde, sınır işaretlerinin yerlerinin belirlenmesi ve yenilenmesi ile fiziki güvenlik sisteminin tesisi sırasında gerek engellerin konulması ve gerekse emniyet kuşağı oluşturulması bakımından mayınlı sahadan istifade gerektiğinde, ayrıca sınır hattındaki

karakolların geri ile irtibatlarının sağlanmasında yol kenarı emniyet mesafesi de dikkate alınarak … metre genişliğinde irtibat yollarının açılması için mayın temizleme işleminin yapılacağı, Genelkurmay Başkanlığınca belirlenecek kritik ve hassas bölgeler hariç olmak üzere, mayın sahalarının tümünün, sınır fiziki güvenlik sistemi inşaatı tamamlanan bölgelerden başlanması kaydıyla, sistem inşa edildikçe temizlenebileceği, mayın temizleme işlemi ile Genelkurmay Başkanlığı'nın görevli olduğu; Kararname'nin devamı maddelerinde ise, sınır işaretlerinin yerlerinin belirlenmesi ve yenilenmesi ile fiziki güvenlik sisteminin tesisi sırasında her türlü can ve mal emniyetinin, Kara Kuvvetleri Komutanlığı tarafından sağlanacağı; rodemarkasyon çalışmalarındaki Dışişleri Bakanlığı'na ait görev ve sorumluluklar saklı kalmak şartıyla, sınır işaretlerinin yerlerinin belirlenmesi ve yenilenmesi, fiziki güvenlik sisteminin kurulması çalışmalarının Milli Savunma Bakanlığı'nın görev, sorumluluk ve koordinesinde bulunduğu, çalışmaların gerektirdiği hallerde görevli bakanlık ve kuruluşların temsilcilerinden oluşan teknik çalışma, planlama, uygulama koordinasyon vb. komisyonların Milli Savunma Bakanlığı'nın isteği üzerine kurulacağı; anılan Bakanlığın, bu Kararnameyle üstlendiği görevleri kısmen veya tamamen ilgili bakanlık ve kuruluşlar eliyle gerçekleştirebileceği gibi, 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu'nun 44 ve 89 uncu maddelerine göre ihaleye çıkarabileceği, gereken hallerde malzeme ithali yoluna gidebileceği; ihtiyaç ve hizmetlerin diğer bakanlık veya kuruluşlar eliyle karşılanması durumunda da kontrol ve onay makamının Milli Savunma Bakanlığı olacağı, ilgili bakanlıkların, bu kararname ile üstlerine düşen görevleri yerine getireceği gibi, Milli Savunma Bakanlığınca istenen işlerin yerine getirilmesinde de gerekli duyarlığı gösterecekleri belirtilmiştir.

2565 sayılı Yasa'nın 31. maddesi ile bu maddeye dayanılarak çıkarılan … sayılı Kararname'de, Türkiye Cumhuriyeti Devleti ile Suriye Arap Cumhuriyeti Devleti arasındaki kara sınırı boyunca sınır işaretlerinin belirlenmesi ve yenilenmesi ile fiziki güvenlik sisteminin kurulması konusunda uyulacak ve uygulanacak esaslar belirlenerek, sınır belirleme ve yenileme işlemi ile sınır fiziki güvenlik sisteminin kurulmasında görevli ve sorumlu kurumların tespit edildiği; mayın temizleme işleminin ise sınır fiziki güvenlik sisteminin kurulmasıyla ilişkilendirilerek, sistem inşaatı tamamlanan bölgelerden başlanarak, sistem inşa edildikçe, Genelkurmay Başkanlığınca belirlenecek kritik ve hassas bölgeler hariç olmak üzere, mayın sahalarının tümünün temizlenebileceği, temizleme işlemi ile Genelkurmay Başkanlığı'nın görevli olduğu; ancak mayın temizleme işleminin yöntemi konusunda bir düzenleme bulunmadığı anlaşılmıştır.

178 sayılı Maliye Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin 2. maddesinin (g) bendinde, "Devlete ait malları yönetmek, kamu malları ile kamu kurum ve kuruluşlarının taşınmaz malları konusundaki yönetim esaslarını belirlemek ve bunlara ilişkin diğer işlemleri yapmak" Maliye Bakanlığı'nın; 13. maddesinin (a) bendinde ise, "Hazinenin özel mülkiyetinde ve Devletin hüküm ve tasarrufu altındaki taşınmaz malların yönetimine ilişkin hizmetleri, gerektiğinde diğer kamu kurum ve kuruluşları ile işbirliği yaparak yürütmek" Milli Emlak Genel Müdürlüğü'nün görevleri arasında sayılmıştır.

Söz konusu hükümlere göre, Devlete ait ve Hazinenin özel mülkiyetinde bulunan taşınmaz malların yönetimi konusunda görevli bulunan Maliye Bakanlığını; Genelkurmay Başkanlığının … tarih ve … sayılı yazısında belirttiği,mayın temizleme faaliyetinin hizmet alımı yöntemi ile Maliye Bakanlığı tarafından gerçekleştirilmesi yönündeki görüşünün gerekçesi de dikkate alındığında, mayınlı arazilerin sınıra yakın olması nedeniyle, TSK ve MSB'nı ilgilendiren konuların anılan kurumlar tarafından gerçekleştirilmek kaydıyla ve söz konusu Kararname çerçevesinde, önce mayın temizleme faaliyetinin ihale işlemleri ile daha sonra ise, mayın temizleme faaliyeti ve ihale işlemleri ile görevlendiren … tarih ve … sayılı, … tarih ve … sayılı Kararnamelerde hukuka aykırılık görülmemiştir.

Diğer taraftan, 2565 sayılı Yasa'nın anılan hükümleri uyarınca, Genelkurmay Başkanlığı'nın göstereceği lüzum üzerine Bakanlar Kurulu kararı ile askerî yasak bölgelerin kurulması veya kaldırılması mümkün bulunduğundan, Genelkurmay Başkanlığı'nın anılan

yazısında belirttiği, Türkiye-Suriye hududunda, … gün ve … sayılı Bakanlar Kurulu kararı ile hudut hattından … metre derinlikte tesis edilen birinci derece kara askerî yasak bölgeleri nedeniyle, hudut bölgesinde bulunan tarım arazilerinin kullanılamadığı gerekçesine dayanılarak, söz konusu Kararname'nin Ek-3 ve Ek-4'ünde yer alan Türkiye-Suriye hududunda kurulan askerî yasak bölgelere ilişkin esasların Kararname'den çıkarılarak, dava konusu … tarih ve … sayılı Kararnameyle,Türkiye-Suriye hududundaki askerî yasak bölgelerin daraltılmak suretiyle yeniden kurulmasında hukuka aykırılık bulunmamaktadır.

Dava konusu Kararnamelere bağlı olarak, davalı Maliye Bakanlığı tarafından düzenlenen ihale şartnamelerine gelince;

İhale şartnamelerinin 6. maddesinde, ihalelerin defterdarlıklarca, 2886 sayılı Yasa'nın 36. maddesi çerçevesinde mayınlı sahanın temizlenmesi ve tarımsal faaliyetlerde kullanılması için idarece belirlenmiş süreler esas alınarak önerilecek en uygun süreler üzerinden kapalı teklif usulü ile yapılacağı; 7. maddesinde ise, mayın temizleme işinin süresi ile taşınmazın tarımsal faaliyetlerde kullanılacağı azami süre belirtildikten sonra, sözleşmenin toplam süresinin, bu şartname ve eklerinde belirtilen mücbir sebepler dışında hiçbir gerekçe ile uzatılamayacağı, temizleme işinin öngörülen süreden önce tamamlanıp kabulünün yapılması halinde kalan sürenin tarımsal faaliyetler için öngörülen süreye ilave edileceği; temizleme işinin öngörülen sürede tamamlanamaması halinde ise, geçen sürenin tarımsal faaliyetler için öngörülen süreye ilave edilmeyeceği açıklanmıştır. Mardin ve Şırnak Defterdarlıkları tarafından verilen ihale ilânlarında ise, mayın temizleme işinin azami süresi belirtildikten sonra, tarımsal faaliyetlerde kullanma süresinin, mayın temizleme süresi dahil olmak üzere tespit edilerek, ihalenin, kullanma süresi açısından en uygun süreyi teklif eden istekliye yapılacağı anlaşılmıştır.

2886 sayılı Devlet İhale Kanunu'nun 1. maddesinin birinci fıkrasında, idarelerin satım, kira, trampa, mülkiyetin gayri ayni hak tesisinin bu Kanunda yazılı hükümlere göre yürütüleceği öngörülmüş; 2. maddesinde ise, "Bu Kanunun yürütülmesinde, ihtiyaçların en iyi şekilde, uygun şartlarla ve zamanında karşılanması ve ihalede açıklık ve rekabetin sağlanması esastır. Başka başka istekliler tarafından karşılanması mutat olan muhtelif işler bir eksiltmede toplanamaz. Ancak, ihalelerinin ayrı ayrı yapılacağı açıklanmak suretiyle ilanları birarada yapılabilir." hükmüne yer verilmiştir.

Olayda, mayınlı sahanın temizlenmesi ve tarımsal faaliyetlerde kullanılması için idarece belirlenmiş azami süreler esas alınarak, tarımsal alanların kullanımı için önerilecek en az süreler üzerinden ihaleye çıkıldığı anlaşılmış olup, dava konusu Kararnamelerle, mayın temizleme faaliyeti ve ihale işlemleri ile görevlendiren Maliye Bakanlığı'nca, mayının temizlenmesi hizmetinin satın alınması ile temizlenen arazinin tarımsal amaçlı kullandırılması işinin aynı ihalede birleştirilmesi durumunda, söz konusu ihtiyaçların en iyi şekilde ve uygun şartlarla karşılandığından söz edilemeyeceğinden, dava konusu ihale şartnamelerinde hukuka uyarlık bulunmamaktadır. Nitekim dava konusu şartnamelere göre yapılan ihalelerden birinde rekabetin sağlanamaması, diğerinde ise katılımın olmaması nedeniyle ihalelerin yapılamaması da ihtiyaçların en iyi şekilde, uygun şartlarla ve zamanında karşılanması ve ihalede açıklık ve rekabetin sağlanması şartlarının gerçekleştirilmesinin mümkün olamayacağını göstermektedir. 2886 sayılı Yasa'nın anılan 2. maddesi hükmünde belirtildiği gibi, mayınlı sahanın temizlenmesi ile temizlenen arazinin tarımsal faaliyetlerde kullandırılması işlerinin,aralarında doğal bir bağlantı bulunmadığı ve aynı istekli tarafından karşılanması mutat olmadığı için,söz konusu işlerin bir ihalede toplanması anılan 2. maddeye uygun olmadığı gibi mayınlı arazinin temizlenmesi ve temizlenen arazinin tarımsal amaçlı kullanılması ihtiyaçlarının, en iyi şekilde ve uygun şartlarla karşılandığından da söz edilemeyeceğinden, anılan iki ihtiyacın bir ihale ile karşılanması hukuken ve işin niteliği icabı mümkün bulunmamaktadır.

Öte yandan, Mardin ve Şırnak illeri defterdarlıklarınca ilân edilen ancak, rekabetin sağlanamaması ve katılım olmaması nedeniyle yapılamayan ihalelerin davalı Bakanlıkça iptal

edilmesi nedeniyle, davanın ihale işlemlerine yönelik kısmı hakkında karar verilmesine ise hukuken olanak bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle, … tarih ve … sayılı, … tarih ve … sayılı, … tarih ve … sayılı Bakanlar Kurulu Kararları'na ilişkin davanın reddine oybirliğiyle; söz konusu Kararnamelere dayalı olarak Maliye Bakanlığı tarafından düzenlenen ihale şartnamelerinin iptaline oyçokluğuyla; davanın söz konusu şartnamelere göre ilân edilen ihale işlemlerine yönelik kısmı hakkında karar verilmesine yer olmadığına oybirliğiyle, aşağıda dökümü yapılan 120,60 TL yargılama giderinin, dava; kısmen ret, kısmen iptal ve kısmen karar verilmesine yer olmadığına ile sonuçlandığından 60,30 TL'sının davacılar üzerinde bırakılmasına, 60,30 TL.'sının davalı idarelerden alınarak davacılara verilmesine,11.03.2009 tarihinde karar verildi.

KARŞI OY

X- 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu'nun 4. maddesinde, "şartname" yapılacak işlerin genel, özel, teknik ve idari esas ve usullerini gösteren belge veya belgeler olarak tanımlanmış; 7. maddesinde ise, şartnamelerde gösterilmesi zorunlu genel koşullar sayılıp, ihale konusu işin niteliğine göre konulacak özel ve teknik şartların ihaleyi yapan idare tarafından belirleneceği belirtilmiştir.

Bu itibarla; yapılması düşünülen ihaleye göre ilgili idare tarafından özel ve teknik koşullar belirlenerek hazırlanan ihale şartnamelerinin, ihale öncesindeki hazırlık işlemlerinden olduğu kuşkusuz olup, ihale şartnamelerinin hukuka aykırılığının bu şartnamelere göre yapılan ihalenin iptali istemiyle açılan davalarda irdelenmesi gerekmektedir. Diğer bir deyişle, özel ihale şartnameleri tek başına idarî davaya konu olabilecek nitelik taşımamaktadır.

Bu durumda; dava konusu edilen birisi Mardin ilindeki, diğeri ise Şırnak ilindeki kara sınırlarında bulunan mayınların temizlenmesi ve temizlenen arazinin tarımsal faaliyetlerde kullandırılması işlerine ilişkin ihale şartnamelerinin, idarî davaya konu edilebilecek kesin ve yürütülmesi zorunlu idarî işlemler olmaması nedeniyle, davanın ihale şartnamelerine ilişkin kısmının 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 14/3-d ve 15/1-b maddeleri uyarınca incelenmeksizin reddi gerektiği düşüncesiyle, kararın ihale şartnamelerinin iptaline ilişkin kısmına katılmıyorum.

ÖZELLEŞTİRME

T.C.
D A N I Ş T A Y
Onüçüncü Daire
Esas No : 2007/2747
Karar No : 2008/8187

Özeti : Yeniden yapılandırma işlemleri tamamlanan T. Halk Bankası A.Ş.'nin sermayesinde bulunan, Hazineye ait hisselerin özelleştirme kapsam ve programına alınmasına ilişkin, 05.02.2007 tarih ve 2007/08 sayılı Özelleştirme Yüksek Kurulu kararında hukuka aykırılık görülmediğinden, iptali istemiyle açılan davanın reddi hakkında.

Davacı : Ankara Ticaret Odası Başkanlığı
Vekili : Av. …
Karşı Taraf : Başbakanlık Özelleştirme İdaresi Başkanlığı

Vekili **:** Av. ...

İstemin Özeti **:** T. Halk Bankası A.Ş.'nin sermayesinde bulunan Hazine'ye ait hisselerin özelleştirme kapsam ve programına alınmasına, Halkbank hisselerinin %25'ine kadar olan kısmının halka arz suretiyle özelleştirilmesine ve halka arz işleminin 2007 yılı sonuna kadar tamamlanmasına ilişkin Özelleştirme Yüksek Kurulu'nun 05.02.2007 tarih ve 2007/08 sayılı kararının; anılan Banka'nın özelleştirme sürecinin yasal düzenlemelere uygun işletilmediği, yeniden yapılandırma işlemleri tamamlanmadan Hazine'ye ait hisselerin özelleştirme kapsam ve programına alındığı, Banka'nın kuruluş amacı gözetilmeden işlem tesis edildiği ileri sürülerek iptali istenilmektedir.

Savunmanın Özeti: Davacının dava açma ehliyeti bulunmadığı ve dava konusu ile dava dilekçesinde ileri sürülen iddialar arasında yetki, şekil, sebep, konu ve maksat yönlerinden bir bağlantı bulunmadığı, T. Halk Bankası A.Ş.'nin kamu hisselerinin özelleştirme programına alınmasına dair Özelleştirme Yüksek Kurulu kararının usul ve yasaya uygun olarak tesis edildiği, özelleştirme sürecinin belirsiz olduğu şeklindeki iddiaların yersiz olduğu, 12.03.2007 tarih ve 2007/20 sayılı Özelleştirme Yüksek Kurulu kararı ile bu hususun net bir şekilde belirtildiği ve özelleştirmeye hazırlık sürecinin yasal düzenlemelere uygun olduğu, Banka hisselerinin özelleştirilmesinin kobileri etkileyeceği iddialarının yersiz olduğu, sadece T. Halk Bankası'nın Hazine'ye ait hisselerinin özelleştirme kapsam ve programına alınmış olduğu, bu işlem ile küçük hissedarların ortaklık haklarının akibeti hususunda belirsizliğe yol açılmadığı ileri sürülerek davanın usul ve esastan reddi gerektiği savunulmaktadır.

Danıştay Tetkik Hâkimi Fikret ERKAN'ın Düşüncesi: Dosyanın incelenmesinden yeniden yapılandırma işlemleri tamamlanan T.Halk Bankası A.Ş.'nin sermayesinde bulunan Hazineye ait anılan hisselerin özelleştirme kapsam ve programına alınmasına yönelik uyuşmazlığa konu 05.02.2007 tarih ve 2007/08 sayılı Özelleştirme Yüksek Kurulu kararının 2. maddesinde 4603 sayılı Kanun ile 4046 sayılı Özelleştirme Uygulamaları Hakkında Kanun'a aykırılık bulunmadığı, Özelleştirme Yüksek Kurulu'nun 12.03.2007 tarih ve 2007/20 sayılı kararı ile de sözü edilen kararın 3. maddesinin düzeltilmesine karar verildiğinden, bu maddenin uygulama imkânının kalmadığı anlaşıldığından dava konusu Özelleştirme Yüksek Kurulu kararının 3. maddesinin iptali istemi hakkında karar verilmesine yer olmadığına, diğer maddelerinin iptali istemine ilişkin kısmının ise reddine karar verilmesi gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı Gülen AYDINOĞLU'nun Düşüncesi: Dava, T.Halk Bankası A.Ş.nin sermayesinde bulunan Hazineye ait hisselerin özelleştirme kapsamı ve programına alınmasına, Halkbank hisselerinin % 25'ine kadar kısmının halka arz suretiyle özelleştirilmesine ve halka arz işleminin 2007 yılı sonuna kadar tamamlanmasına ilişkin 5.2.2007 tarih ve 2007/8 sayılı Özelleştirme Yüksek Kurulu kararının iptali istemiyle açılmıştır.

4603 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Ziraat Bankası, Türkiye Halk Bankası A.Ş. ve Türkiye Emlak Bankası Anonim Şirketi Hakkında Kanunun 2.maddesinin 1.fıkrasında bankaların (bağlı ortaklık ve iştiraklerindeki payları dahil) etkin, verimli ve özerk bir şekilde çalışmalarının sağlanması amacıyla yeniden yapılandırılmasına ilişkin usul ve esasların 4059 sayılı Hazine Müsteşarlığı ile Dış Ticaret Müsteşarlığı Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanunun 2.maddesinin (b) fıkrası uyarınca ve mevcut yönetim düzenlemeleri dikkate alınarak Bakanlar Kurulunca belirleneceği,aynı maddenin 2.fıkrasında da,yeniden yapılandırma işlemlerinin tamamlanmasını müteakiben bankaların hisse satış işlemlerinin 4046 sayılı Kanun hükümleri çerçevesinde sonuçlandırılacağı,yeniden yapılandırma ve hisse satış işlemlerinin 4603 sayılı Kanunun yürürlüğe girmesinden itibaren 10 yıl içinde tamamlanacağı, Bakanlar Kurulu'nun bu süreyi bir defaya mahsus olmak üzere yarısı kadar uzatabileceği hükme bağlanmıştır.

Bakılan davada, gerek yeniden yapılandırmaya ilişkin usul ve esaslara ilişkin 2001/2202 sayılıl Bakanlar Kurulu kararı ile öngörülen düzenlemeler,gerekse bu çerçevede Bakanlar Kurulunca onaylanan yeniden Yapılandırma ve Özelleştirmeye Hazırlık Planı," yeniden yapılandırmanın usulüne uygun olarak gerçekleştirildiğini göstermektedir.

Bu durumda,yeniden yapılandırması gerçekleşen Bankanın,yasal yetkisi bulunan Özelleştirme Yüksek Kurulu tarafından özelleştirme kapsam ve programına alınmasına ilişkin Özelleştirme Yüksek Kurulu kararında isabetsizlik bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle,davanın reddine karar verilmesinin uygun olacağı düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Karar veren Danıştay Onüçüncü Dairesi'nce, Tetkik Hâkimi'nin açıklamaları dinlendikten ve dosyadaki belgeler incelendikten sonra işin gereği görüşüldü:

Dava, T. Halk Bankası A.Ş.nin sermayesinde bulunan Hazineye ait hisselerin özelleştirme kapsam ve programına alınmasına, Halkbank hisselerinin %25'ine kadar olan kısmının halka arz suretiyle özelleştirilmesine ve halka arz işleminin 2007 yılı sonuna kadar tamamlanmasına ilişkin Özelleştirme Yüksek Kurulu'nun 05.02.2007 tarih ve 2007/08 sayılı kararının iptali istemiyle açılmıştır.

Dava konusu 05.02.2007 tarih ve 2007/08 sayılı Özelleştirme Yüksek Kurulu kararında:

"1- Halkbank'ın özelleştirilmesine ilişkin uygulama imkanı kalmayan Kurulumuzun 11.08.2006 tarih ve 2006/69 sayılı kararının iptal edilmesine,

2- Halkbank Sermayesinde bulunan Hazine'ye ait hisselerin özelleştirme kapsam ve programına alınmasına,

3- Halkbank hisselerinin yüzde 25'ine kadar olan kısmının halka arz suretiyle özelleştirilmesine ve halka arz işlemlerinin 2007 yılı sonuna kadar tamamlanmasına" karar verilmiştir.

25.11.2000 tarih ve 24241 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan 4603 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Ziraat Bankası, Türkiye Halk Bankası Anonim Şirketi ve Türkiye Emlâk Bankası Anonim Şirketi Hakkında Kanun'un 2. maddesinin 1. fıkrasında, bankaların (bağlı ortaklık ve iştiraklerindeki payları dahil) etkin, verimli ve özerk bir şekilde çalışmalarının sağlanması amacıyla yeniden yapılandırılmalarına ilişkin usul ve esasların, 4059 sayılı Hazine Müsteşarlığı ile Dış Ticaret Müsteşarlığı Teşkilât ve Görevleri Hakkında Kanunun 2. maddesinin (b) fıkrası uyarınca ve mevcut yönetim düzenlemeleri dikkate alınarak, Bakanlar Kurulunca belirleneceği, aynı maddenin 2. fıkrasında ise; yeniden yapılandırma işlemlerinin tamamlanmasını müteakiben bankaların hisse satış işlemlerinin 4046 sayılı Kanun hükümleri çerçevesinde sonuçlandırılacağı, yeniden yapılandırma ve hisse satış işlemlerinin 4603 sayılı Yasa'nın yürürlüğe girmesinden itibaren 10 yıl içinde tamamlanacağı, Bakanlar Kurulu'nun bu süreyi bir defaya mahsus olmak üzere yarısı kadar uzatabileceği kurala bağlanmıştır.

Görüldüğü üzere, hisse satış işlemlerinin 4046 sayılı Kanun çerçevesinde sonuçlandırılması için, öncelikle 4603 sayılı Kanunun 2. maddesinin 2. fıkrasında yer verilen yeniden yapılandırma işlemlerinin tamamlanması gerekmektedir.

4603 sayılı Kanunun verdiği yetkiye dayanılarak çıkartılan ve yeniden yapılandırmaya ilişkin usul ve esasların düzenlendiği 2001/2202 sayılı Bakanlar Kurulu kararının 3. maddesinde, " Bankaların Yönetim Kurulları, 4603 sayılı Kanunun 2. maddesinin 2. fıkrası uyarınca, bankaların hisse satış işlemlerinin tamamlanması için öngörülen süreyi dikkate alarak, bankaların yeniden yapılandırma ve özelleştirmeye hazırlık işlemlerini tamamlar". 5. madddesinde de, "Bankaların Yönetim Kurullarınca her banka için ayrı ayrı hazırlanacak yeniden yapılandırma ve özelleştirmeye hazırlık planları, ilgili bankaların genel kurullarında onaylanmasını müteakiben Bakanlar Kurulu'nun onayına sunulur" düzenlemelerine yer verilmiştir. Bu çerçevede hazırlanan "Yeniden Yapılandırma ve Özelleştirmeye Hazırlık Planı" Halk Bankası Genel Kurulu'nun onayına sunularak oybirliği ile kabul edilmiş, 2002/3555 sayılı Bakanlar Kurulu kararı ile onaylanmak suretiyle hayata geçirilmiş olduğundan, yeniden yapılandırmaya ilişkin sürecin usulüne uygun olarak tamamlandığının kabulü gerekmektedir.

4603 sayılı Kanunun atıfta bulunduğu 4046 sayılı Özelleştirme Uygulamaları Hakkında Kanunun 3. maddesinin ikinci fıkrasının (a) bendinde, " Bu Kanunun 1. maddesinde sayılan kuruluşların; "Özelleştirme kapsamına alınmasına", özelleştirme kapsamına alınanlardan mevcut durumu itibariyle özelleştirilebilir nitelikte olmayanların mali ve hukuki açıdan "özelleştirmeye hazırlanmasına", hazırlık işlemleri tamamlananların bu işlemlerin tamamlanmasından sonra, hazırlık işlemlerine gerek görülmeyenlerin ise doğrudan "özelleştirme programına" alınmasına karar vermek ve özelleştirme kapsamına alınan kuruluşların özelleştirme işlemlerinin tamamlanması için süre tespit etmek" Özelleştirme Yüksek Kurulu'nun görevleri arasında sayılmıştır.

4603 sayılı Kanun ile 4046 sayılı Kanunun yukarıda yer verilen maddelerinin birlikte değerlendirilmesinden, yeniden yapılandırma işlemleri tamamlanan T. Halk Bankası A.Ş. nin sermayesinde bulunan Hazineye ait hisselerin özelleştirme kapsam ve programına alınmasına yönelik 05.02.2007 tarih ve 2007/08 sayılı Özelleştirme Yüksek Kurulu kararının 2. maddesinde hukuka aykırılık bulunmamaktadır.

Öte yandan, davacı tarafından, kalıcı bir ekonomik kalkınma, sosyal denge ve tarımsal barışın korunması için uygun koşullarla esnaf, sanatkar ve küçük meslek sahiplerine kredi verilmesi amacıyla kurulan Halk Bankası'nın özelleştirilmesine ilişkin kararın Bankanın kuruluş amacı gözetilmeden tesis edildiği ileri sürülmekte ise de; Bankanın Küçük ve Orta Boy İşletmeler (KOBİ) bankacılığı özelliğinin belli bir süre daha devamının gerek özelleştirmenin başarısı gerekse krediyi kullanan kesimin ekonomik faaliyetlerinin devamlılığının sağlanması açısından bir zorunluluk olduğu, Banka'nın özelleştirme sonrasında kamu bankası niteliğini kaybedeceği ve 4603 sayılı Kanun kapsamından çıkacağı dikkate alınarak, söz konusu kredi uygulamasının Halk Bankası aracılığıyla devam ettirilmesi için yeni bir kanuni düzenlemeye gidilmesine karar verilerek, 30.12. 2006 tarih ve 26392 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 5570 sayılı Kamu Sermayeli Bankalar Tarafından Yürütülen Faiz Destekli Kredi Kullandırılmasına Dair Kanun ile tarımsal üretimin, esnaf ve sanatkarların desteklenmesi amacıyla kamu sermayeli bankalar tarafından yürütülen faiz destekli kredi kullandırılması uygulamalarına bankaların sermayelerindeki kamu payının %50 nin altına düşmesi halinde de devam edebilmesine olanak sağlanması ve 21.03.2007 tarih ve 26469 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 2007/11835 sayılı Bakanlar Kurulu kararının 1/1. maddesi ile de Halk Bankası'ndaki kamu hisselerinin %50'nin altına düşse dahi kredi kullandırılması işlemine Halk Bankası aracılığı ile devam edilmesine karar verilmesi karşısında, bu iddianın kabulüne olanak görülmemiştir.

Dava konusu kararın 3. maddesine yönelik davacının iddialarına gelince;

Dava dosyasının incelenmesinden, Özelleştirme Yüksek Kurulu 12.03.2007 tarih ve 2007/20 sayılı kararı ile uyuşmazlığa konu 05.02.2007 tarih ve 2007/08 sayılı kararının 3. maddesini "Halkbank'ın sermayesinde bulunan ve özelleştirme kapsam ve programına alınan kamu hisselerinin %21,73'üne tekabül eden kısmının satış yöntemiyle özelleştirilmesine, satışın halka arz suretiyle gerçekleştirilmesine, ayrıca ilave olarak ek satış hakkının kullanılmasına ve halka arz işleminin 31.12.2007 tarihine kadar tamamlanmasına" şeklinde düzeltilmesine karar verildiği anlaşıldığından, uygulama imkânı kalmayan 05.02.2007 tarih ve 2007/08 sayılı kararın 3. maddesinin iptali istemi hakkında karar verilmesine olanak bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle, dava konusu Özelleştirme Yüksek Kurulu'nun 05.02.2007 tarih ve 2007/08 sayılı kararının 3. maddesinin iptali istemi hakkında karar verilmesine yer olmadığına, Özelleştirme Yüksek Kurulu kararının diğer maddelerinin iptali istemine ilişkin kısmının reddine, aşağıda dökümü yapılan 110,40.-YTL yargılama giderinin 55,20.-YTL'sinin davanın açılmasına sebebiyet veren davalı idareden alınarak davacıya, Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi uyarınca hükmolunan 575,00.- YTL avukatlık ücretinin aynı idareden alınarak davacı vekiline verilmesine, diğer yargılama giderinin davacı üzerinde bırakılmasına, Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi uyarınca hükmolunan 575,00.- YTL avukatlık ücretinin davacıdan alınarak

davalı idare vekiline verilmesine, artan posta giderinin istemi halinde davacıya iadesine,19.12.2008 tarihinde oybirliği ile karar verildi.

T.C.
D A N I Ş T A Y
Onüçüncü Daire
Esas No : 2007/15262
Karar No : 2009/1606

Özeti : **1-** 2577 sayılı Yasa'nın 28. maddesinde esasa ve yürütmenin durdurulmasına ilişkin kararlar arasında bir ayrım yapılmayarak, hem yürütmenin durdurulmasına hem de esasa ilişkin yargı kararlarının uygulanması zorunluluğundan söz edilmiş olması karşısında, yürütmenin durdurulması kararının uygulanmasının esas hakkında verilecek karara kadar ötelenemeyeceği; ancak, yürütmenin durdurulması kararının verilmesinden sonra bu karar henüz uygulanmadan verilen ve niteliği gereği idareye uygulama yükümlülüğü getirmeyen davanın reddi yolunda bir karar verilmiş olması halinde ortaya çıkan hukukî sonucun da değerlendirilmesi gerektiği,
2- Özelleştirme Yüksek Kurulu kararının yürütülmesinin durdurulmasına ilişkin yargı kararının uygulanması isteğiyle yapılan başvurunun zımnen reddine ilişkin işlemin iptali istemiyle açılan davanın; yürütmenin durdurulması kararından sonra davanın esastan reddedilmesi, bu kararın bağlayıcı olması ve işlemin yeniden yürürlük kazanması nedeniyle reddi gerektiği hakkında.

Davacı **:** S. S. … Koop. Birliği
Vekili **:** Av. …
Davalı **:** Başbakanlık Özelleştirme İdaresi Başkanlığı
Vekili **:** Av. …
İstemin Özeti **:** Başak Sigorta A.Ş.'ndeki %56,67 ve Başak Emeklilik A.Ş.'ndeki %41 oranındaki kamu hissesinin blok olarak satışına ilişkin 17.04.2006 tarih ve 2006/27 sayılı Özelleştirme Yüksek Kurulu kararının yürütmesinin durdurulması yolundaki Danıştay Onüçüncü Dairesinin 16.04.2007 tarih ve E:2006/2084 sayılı kararının uygulanarak Özelleştirme Yüksek Kurulunun anılan kararının iptali istemiyle yapılan başvurunun zımnen reddine yönelik işlemin; yargı kararının gereğinin yerine getirilmemesi nedeniyle kanun ve usule aykırı olduğu ileri sürülerek iptali istenilmektedir.

Savunmanın Özeti : İdarî eylem ve işlem niteliğinde karar verilmesi sonucunu doğuracak şekilde dava açılamayacağı gibi, yürütmenin durdurulması kararlarına ilişkin tesis edilecek işlemler kanunda açık olarak belirtildiğinden uygulanmadığı iddiasıyla ayrı dava konusu yapılmasının mümkün olmadığı, iptal ve yürütmenin durdurulması kararları özel hukuk alanında aktedilen satış sözleşmesini kendiliğinden hükümsüz hale getirmediğinden sözü edilen yürütmenin durdurulması kararının alıcı firmaya bildirilerek kararın yerine getirilmesinin istenildiği, alıcı firma tarafından yürütmenin durdurulması kararının gereğinin

yerine getirilmesinin mümkün olmadığının bildirilmesi üzerine durumun Özelleştirme Yüksek Kurulunun değerlendirilmesine sunulduğu, Özelleştirme Yüksek Kurulu tarafından davanın esastan incelenmesine kadar beklenilmesine karar verildiği, dava konusu yapılan zımni ret işleminin 4046 sayılı Kanuna ve kamu yararına uygun olduğu ileri sürülerek davanın usulden ve esastan reddi gerektiği savunulmaktadır.

Danıştay Tetkik Hâkimi Fikret ERKAN'ın Düşüncesi: Uyuşmazlık konusu olayda, Danıştay Onüçüncü Dairesinin yürütmenin durdurulması kararına dayanak alınan imar planı revizyonuna ilişkin işlemin İzmir 4. İdare Mahkemesi kararıyla iptal edilmesi ve bu sebeple de Dairemizin 11.03.2008 tarih ve E.2006/2084, K:2008/3130 sayılı kararıyla davanın esastan reddedilmesi karşısında dava konusu işlemde hukuka aykırılık bulunmadığından davanın reddine karar verilmesi gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı Ünal DEMİRCİ'nin Düşüncesi : Dava; Başak Sigorta A.Ş.'deki %56,67 ve Başak Emeklilik A.Ş.'deki %41 oranındaki kamu hissesinin blok olarak satışına ilişkin 17.04.2006 tarih ve 2006/27 sayılı Özelleştirme Yüksek Kurulu kararının yürütmesinin durdurulması yolundaki Danıştay Onüçüncü Dairesinin 16.04.2007 tarih ve E:2006/2084 sayılı kararının uygulanarak Özelleştirme Yüksek Kurulu'nun anılan kararının iptali istemiyle yapılan başvurunun zımnen reddine yönelik işlemin iptali istemiyle açılmıştır.

T.C. 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 yer almakta olup, İdari Yargılama Usulü Kanununun "Kararların sonuçları" başlıklı 28. maddesinin 1. 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." kuralına yer verilmiştir.

Görüldüğü üzere, Danıştay, bölge idare, idare ve vergi mahkemelerinin esasa ve yürütmenin durdurulmasına ilişkin kararlarının gereğinin idarece geciktirilmeksizin yerine getirilmesi Anayasal ve yasal bir zorunluluk olup, yürütmenin durdurulması ve esasa ilişkin idari yargı kararlarının uygulanma zorunluluğu bakımından aralarında bir fark bulunmamaktadır.

Dosyanın incelenmesinden; Başak Sigorta A.Ş.'deki %56,67 ve Başak Emeklilik A.Ş.'deki %41 oranındaki kamu hissesinin blok olarak satışına ilişkin 17.04.2006 tarih ve 2006/27 sayılı Özelleştirme Yüksek Kurulu kararının iptali ve yürütmesinin durdurulması istemiyle davacı Birlik tarafından açılan davada, Danıştay Onüçüncü Dairesinin 16.04.2007 tarih ve E:2006/2084 sayılı kararıyla Özelleştirme Yüksek Kurulu'nun sözü edilen kararının yürütmesinin durdurulmasına karar verildiği, bu karara karşı davalı idare tarafından yapılan itirazın Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulunun 12.07.2007 tarih ve YD İtiraz No: 2007/469 sayılı kararıyla reddedilmesi üzerine yürütmenin durdurulmasına ilişkin kararın uygulanarak Özelleştirme Yüksek Kurulu'nun 17.04.2006 tarih ve 2006/27 sayılı kararının iptali istemiyle davacı Birlik tarafından davalı idareye başvuruda bulunulduğu, bu başvurunun cevap verilmeyerek reddedilmesi üzerine bakılan davanın açıldığı, davalı idarece verilen savunma ekinde yer alan Özelleştirme Yüksek Kurulu'nun 22.06.2007 tarih ve 2007/43 sayılı kararında, yürütmenin durdurulması hakkındaki kararın uygulanmasına ilişkin olarak; Danıştay Onüçüncü Dairesinin 16.04.2007 tarih ve 2006/2084 sayılı yürütmenin durdurulması kararına karşı yapılan itirazın Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulunca henüz karara bağlanmadığı ve bahse konu davanın esastan görüşülmediği, bu aşamada Başak Sigorta A.Ş. ve Başak Emeklilik A.Ş. hisselerinin geri alınması için alıcı şirket aleyhine yasal yollara başvurulması yönünde tesis edilecek bir işlemin, Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu nezdinde yapılan itirazın kabulü ve/veya davanın esastan reddedilmesi durumunda fesih iradesi ortaya konulmuş ve iptali için yasal yollara başvurulmuş bir sözleşmeye yeniden geçerlik kazandırılması son derece zor olacağından hukuki sorunlara yol açabileceği ve

telafisi güç veya imkansız kamusal zararlara sebebiyet verebileceğinden bahisle yürütmenin durdurulması kararına karşı yapılan itiraz ile anılan davada esas hakkında verilecek kararın sonucunun beklenmesine karar verilerek, yargı kararının gereğinin yerine getirilmesinin esas hakkında verilecek karara kadar ötelendiği, bir başka ifadeyle yürütmenin durdurulmasına ilişkin kararın gereğinin yerine getirilmediği anlaşılmaktadır.

Bu durumda, yürütmenin durdurulması kararına itiraz edilmiş olması anılan kararın en geç otuz gün içerisinde yerine getirilmesi zorunluluğunu ortadan kaldırmayacağından, yürütmenin durdurulması kararına karşı yapılan itiraz başvurusu sonuçlanıncaya ve esas hakkında karar verilinceye kadar yürütmenin durdurulması kararının gereğinin yerine getirilmemesinde hukuka uyarlık bulunmamaktadır.

Ancak, Danıştay Onüçüncü Dairesinin 16.04.2007 tarih ve E:2006/2084 sayılı yürütmenin durdurulması kararına dayanak alınan imar planında revizyon yapılmasına ilişkin işlemin iptali istemiyle İzmir Valiliği tarafından açılan davada; İzmir 4. İdare Mahkemesinin 18.07.2007 tarih ve E:2006/775, K:2007/1057 sayılı kararıyla, şehircilik ilkeleri ve planlama esasları ile imar mevzuatına aykırı olduğu gerekçesiyle söz konusu işlemin iptal edildiği ve kararın temyiz edilmeyerek kesinleştiği, dolayısıyla yürütmenin durdurulması kararının dayanağının ortadan kalktığı, bilahare işin esası hakkında aynı Dairece verilen 11.03.2008 tarih ve E:2006/2084, K:2008/3130 sayılı kararla davanın reddine hükmedildiği görülmektedir.

Uyuşmazlığın çözümü bakımından, yürütmenin durdurulması kararının işlevi üzerinde de durmak gerekmektedir.

Bilindiği üzere, yürütmenin durdurulması kararları idari işlemi, esas hakkında karar verilinceye kadar askıya alan, davanın esastan karara bağlanmasıyla birlikte etkisini yitiren ve iptal kararının yerine getirilmesinde ileride yaşanabilecek zorlukları ortadan kaldırmaya hizmet eden geçici tedbir niteliğinde kararlardır. Yürütmenin durdurulması kararının gereğinin en geç otuz gün içerisinde yerine getirilmesi yasal bir zorunluluk olduğundan, anılan süre zarfında kararın gereğinin fiili veya hukuki imkansızlık halleri dışında yerine getirilmemesi ilgililerin hukuki ve cezai sorumluluklarını gerektirmekte ise de, davanın esastan reddedilmesi ile birlikte yürütmenin durdurulması kararı hukuki etkisini yitireceğinden, idari işlem hukuka uygunluk karinesinden yararlanmaya devam eder.

Buna göre, gerek yürütmenin durdurulması kararına dayanak alınan imar planı revizyonuna ilişkin işlemin İzmir 4. İdare Mahkemesi kararıyla iptal edilmesi ve gerekse Danıştay Onüçüncü Dairesince yürütmenin durdurulması kararı verilmesinden sonra davanın esastan reddedilmesi karşısında, yürütmenin durdurulması kararının bu aşamada yerine getirilmesine hukuken imkan bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle davanın reddine karar verilmesinin uygun olacağı düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Karar veren Danıştay Onüçüncü Dairesince duruşma için taraflara önceden bildirilmiş bulunan 10.02.2009 tarihinde, davacı vekili Av. ...'ın gelmediği, davalı idare vekili Av...'nın geldiği, Danıştay Savcısının hazır olduğu görülmekle açık duruşmaya başlandı. Gelen tarafa usulüne uygun olarak söz verilerek dinlendikten ve Danıştay Savcısının düşüncesi alındıktan sonra gelen tarafa son kez söz verilip, duruşma tamamlandı. Dava dosyası incelenerek işin gereği görüşüldü:

Dava, Başak Sigorta A.Ş.'ndeki %56,67 ve Başak Emeklilik A.Ş.'ndeki %41 oranındaki kamu hissesinin blok olarak satışına ilişkin 17.04.2006 tarih ve 2006/27 sayılı Özelleştirme Yüksek Kurulu kararının yürütmesinin durdurulması yolundaki Danıştay Onüçüncü Dairesinin 16.04.2007 tarih ve E:2006/2084 sayılı kararının uygulanarak Özelleştirme Yüksek Kurulunun anılan kararının iptali istemiyle yapılan başvurunun zımnen reddine yönelik işlemin iptali istemiyle açılmıştır.

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 gereğinin idarece yerine getirilmesi zorunluluğu açık olarak vurgulanmıştır.

Anayasadaki bu konuya ilişkin düzenlemeye koşut kurallar 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun " Kararların sonuçları" başlıklı 28. maddesinin 1. fıkrasında yer almıştır. Söz konusu maddede, "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." kuralına yer verilerek, Anayasanın 2. maddesinde yer alan "hukuk devleti" ilkesine uygun bir düzenlemeye gidilmiştir.

Görüldüğü gibi, hukuk düzenimizde Danıştay, bölge idare, idare ve vergi mahkemelerinin esasa ve yürütmenin durdurulmasına ilişkin kararlarının gereğinin idarece geciktirilmeksizin yerine getirilmesi kaçınılmaz bir zorunluluktur.

Dosyanın incelenmesinden, Başak Sigorta A.Ş.ndeki %56,67 ve Başak Emeklilik A.Ş.ndeki %41 oranındaki kamu hissesinin blok olarak satışına ilişkin 17.04.2006 tarih ve 2006/27 sayılı Özelleştirme Yüksek Kurulu kararının iptali ve yürütmesinin durdurulması istemiyle davacı Birlik tarafından açılan davada, Dairemizin 16.04.2007 tarih ve E:2006/2084 sayılı kararıyla Özelleştirme Yüksek Kurulu'nun sözü edilen kararının yürütmesinin durdurulmasına karar verildiği, bu karara karşı davalı idare tarafından yapılan itirazın Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu'nun 12.07.2007 tarih ve YD İtiraz No: 2007/469 sayılı kararıyla reddedilmesi üzerine yürütmenin durdurulmasına ilişkin kararın uygulanarak Özelleştirme Yüksek Kurulu'nun 17.04.2006 tarih ve 2006/27 sayılı kararının iptali istemiyle davacı Birlik tarafından davalı idareye başvuruda bulunulduğu, bu başvurunun cevap verilmeyerek reddedilmesi sonucu dava açıldığı anlaşılmaktadır.

Davalı idarece verilen savunma ekinde yer alan 22.06.2007 tarih ve 2007/43 sayılı Özelleştirme Yüksek Kurulu kararında, yürütmenin durdurulması hakkındaki kararın uygulanmasına ilişkin olarak;

"-Danıştay 13. Dairesi'nin 16.04.2007 tarih ve 2006/2084 sayılı yürütmenin durdurulması kararına karşı yapılan itirazın Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulunca henüz karara bağlanmadığı ve bahse konu davanın esastan görüşülmediği,

-Bu aşamada Başak Sigorta A.Ş. ve Başak Emeklilik A.Ş. hisselerinin geri alınması için alıcı şirket aleyhine yasal yollara başvurulması yönünde tesis edilecek bir işlemin, Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu nezdinde yapılan itirazın kabulü ve/veya davanın esastan reddedilmesi durumunda -fesih iradesi ortaya konulmuş ve iptali için yasal yollara başvurulmuş bir sözleşmeye yeniden geçerlik kazandırılması son derece zor olacağından- hukuki sorunlara yol açabileceği ve telafisi güç veya imkansız kamusal zararlara sebebiyet verebileceği" nden bahisle yürütmenin durdurulması kararına karşı yapılan itiraz ile anılan davada esas hakkında verilecek kararın sonucunun beklenmesine karar verilerek, yargı kararının gereğinin yerine getirilmesinin esas hakkında verilecek karara kadar ötelendiği, diğer bir anlatımla yürütmenin durdurulmasına ilişkin kararın uygulanmadığı görülmüştür.

2577 sayılı Kanunun 28. maddesinin 1. fıkrası hükmünde esasa ve yürütmenin durdurulmasına ilişkin kararlar arasında bir ayrım yapılmayarak, hem yürütmenin durdurulmasına hem de esasa ilişkin yargı kararlarının uygulanma zorunluluğundan söz

edilmiş olması karşısında, yukarıda yer verilen gerekçeyle yürütmenin durdurulması kararının gereğinin yerine getirilmemesinde isabet bulunmamaktadır.

Ancak yürütmenin durdurulması kararının verilmesinden sonra bu karar henüz uygulanmadan verilen ve niteliği gereği idareye uygulama yükümlülüğünü getirmeyen davanın reddi yolunda bir karar verilmiş olması halinde ortaya çıkan hukukî sonucun da değerlendirilmesi gerekmektedir.

Açılan bir davada, işlemin yürütülmesinin durdurulmasına karar verildikten sonra davanın reddedilmesi halinde, işlem tekrar yürürlük kazanır ve daha önce yürütmenin durdurulması kararı gereği bir işlem tesis edilmemişse yukarıda da belirtildiği üzere davanın reddi idareye yeni bir uygulanma yükümlülüğü de getirmez.

Bu aşamada, Anayasa'nın 138. maddesi hükmü uyarınca mahkeme kararları yasama, yürütme organları ve idare yönünden olduğu kadar, yargı organları açısından da bağlayıcıdır.

Bu temel ilkeler çerçevesinde uyuşmazlık konusu olay irdelendiğinde; Dairemizin 16.04.2007 tarih ve E:2006/2084 sayılı kararıyla, Başak Sigorta A.Ş.nin 99,99 hisse ile iştiraki olan Başak Depoculuk A.Ş.ne ait, İzmir Karşıyaka'da bulunan ve soğuk hava deposu olarak kullanılan taşınmazı da içeren alanda, İzmir Büyükşehir Belediye Meclisi'nin 13.03.2006 tarihli kararı ile nazım imar planı revizyonunun yapıldığı, 10.08.2006 tarihinde onaylanan bu planda, bahse konu taşınmazın bulunduğu yere ilişkin, daha önce 0.30 olarak belirlenen "Taban Alanı Kat Sayısının" 0.40, 3.50 olarak belirlenen "Kat Alanı Kat Sayısı"nın da 4.50 olarak değiştirildiği, bu suretle mevcut yerde oluşan yoğunluk artışı sonucu Başak Depoculuk A.Ş.ne ait taşınmazın değerinin de arttığı, Başak Sigorta A.Ş.nin hisseleri için bu değişiklikler dikkkate alınarak yeni bir değer tespitinin yapılması gerekirken, ihalenin Başak Depoculuk A.Ş.ne ait soğuk hava deposunun 10.10.2005 onaylanan 1/1000 ölçekli plandaki eski imar durumuna göre hazırlanan değerleme raporu esas alınarak sonuçlandırıldığı, bu durumda, satışa konu hisselerin gerçek değeri belirlenmeden tesis edilen özelleştirme işleminde bu açıdan hukuka ve kamu yararına uygunluk bulunmadığı gerekçesiyle 17.04.2006 tarih ve 2006/27 sayılı Özelleştirme Yüksek Kurulu kararının yürütmesinin durdurulmasına karar verildiği, ancak Dairemiz kararına dayanak alınan imar planının iptali istemiyle İzmir Valiliği tarafından açılan davada, İzmir 4. İdare Mahkemesi'nin 18.07.2007 tarih ve E: 2006/775, K: 2007/1057 sayılı kararıyla, şehircilik ilkeleri ve planlama esasları ile imar mevzuatına aykırı olduğu gerekçesiyle imar planının iptal edildiğinin anlaşılması nedeniyle işin esası hakkında Dairemizin 11.03.2008 tarih ve E.2006/2084, K:2008/3130 sayılı kararıyla davanın reddine karar verildiği anlaşıldığından dava konusu işlemde hukuka aykırı bir yön görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle, yasal dayanağı bulunmayan davanın reddine, yargılama giderlerinin davacı üzerinde bırakılmasına, yürürlükte bulunan Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi uyarınca belirlenen 1.250,00.-TL avukatlık ücretinin davacıdan alınarak davalı idareye verilmesine, artan posta giderinin istemi halinde davacıya iadesine 10.02.2009 tarihinde oybirliği ile karar verildi.

T.C.
D A N I Ş T A Y
Onüçüncü Daire
Esas No : 2006/4507
Karar No : 2008/7416

Özeti : Türkiye Seyahat Acentaları Birliği Genel Kurulu'nda belirlenen üye kayıt ücretlerinin yüksek olduğu, pazara girişe engel oluşturduğu anlaşıldığından, 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 4. maddesinin ihlâl edildiğinden bahisle verilen Rekabet Kurulu kararında hukuka aykırılık görülmediği, iptali istemiyle açılan davanın reddi hakkında.

Davacı : Türkiye Seyahat Acentaları Birliği
Vekili : Av. ...
Davalı : Rekabet Kurumu
Vekili : Av. ...

İstemin Özeti : Türkiye Seyahat Acentaları Birliğinin 2001 yılının Kasım ayında yapılan 15. Olağan Genel Kurulunda belirlenen üye kayıt ücretlerinin yüksek olduğu ve pazara girişe engel teşkil ettiği ileri sürülerek yapılan şikâyet üzerine açılan önaraştırma ve soruşturma sonucunda; 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanunun 4. maddesinin ihlâl edildiğinden bahisle verilen Rekabet Kurulunun 22.06.2006 tarih ve 06-45/572-156 sayılı kararının; toplantı ve karar yeter sayısının oluşmadığı ve 4054 sayılı Yasa'nın 49.maddesindeki "mazeretli olanlar dışında sözlü savunma toplantısında hazır bulunmuş üyelerin katılmaları zorunludur" hükmünün ihlâl edildiği, dava konu kararın 22.06.2006 tarihinde verildiği, bu tarih itibariyle yaptırıma konu kararda yer alan üye kayıt ücretleri talep edilmediğinden, idarî para cezasının hukuken ve fiilen uygulanmasının mümkün olmadığı ileri sürülerek iptali istenilmektedir.

Savunmanın Özeti : Dava konusu işlemin hukuka uygun olduğu, davanın reddi gerektiği savunulmaktadır.

Danıştay Tetkik Hâkimi Erkan DEMİRTAŞ'ın Düşüncesi : Davanın reddi gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı Ünal DEMİRCİ'nin Düşüncesi : Dava; 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanunun 4. maddesinin ihlal edildiğinden bahisle davacı şirkete para cezası verilmesine ilişkin Rekabet Kurulunun 22.06.2006 tarih ve 06-45/572-156 sayılı kararının iptali istemiyle açılmıştır.

4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanunun 4. maddesinin birinci fıkrasında; belirli bir mal veya hizmet piyasasında doğrudan veya dolaylı olarak rekabeti engelleme, bozma ya da kısıtlama amacını taşıyan veya bu etkiyi doğuran yahut doğurabilecek nitelikte olan teşebbüsler arası anlaşmalar, uyumlu eylemler ve teşebbüs birliklerinin bu tür karar ve eylemlerinin hukuka aykırı ve yasak olduğu hükmüne yer verilmiş ve madde devamında bu hallerin özellikle neler olduğu sayılırken, (d) bendinde: "... piyasaya yeni gireceklerin engellenmesi" de rekabeti sınırlayıcı haller arasında sayılmıştır.

1618 sayılı Seyahat Acentaları ve Seyahat Acentaları Birliği Kanunu uyarınca kamu kurumu niteliğinde tüzel kişiliğini haiz meslek birliği olarak 1973 yılında kurulan Türkiye Seyahat Acentaları Birliğine (TÜRSAB) aynı Kanunun 32. maddesine göre seyahat acentalarının üye olmalarının zorunlu olduğu, TÜRSAB Genel Kurulunun iki yılda bir bütün

üyelerinin katılımıyla toplandığı, 9 kişilik Yönetim Kurulunun seçildiği, 2001 yılının Kasım ayında yapılan 15. Olağan Genel Kurul toplantısında üyeliğe giriş ücret aidatının 2001 yılı için 35 milyar, 2002 yılı için 50 milyar lira olarak kararlaştırıldığı, söz konusu giriş ücretlerinin yüksek olduğu ve pazara girişe engel teşkil ettiği ileri sürülerek yapılan şikayet üzerine açılan önaraştırma ve soruşturma sonucunda dava konusu Kurul kararının alındığı anlaşılmaktadır.

Uyuşmazlığın çözümü bakımından, TÜRSAB Genel Kurulunca belirlenen üyeliğe giriş ücretinin seyahat acenteliği hizmetleri pazarına girişe engel teşkil edip etmediği hususunun irdelenmesi gerekmektedir. Buna göre;

1618 sayılı Kanunun 34. maddesinin (f) bendinde, üye kayıt ücreti ve aidatını tespit etme yetkisi TÜRSAB Genel Kuruluna verilmiş, ayrıca Seyahat Acentaları Birliği Yönetmeliğinin 20. maddesinin (a) bendinde, kayıt ücretinin A grubunda yer alan bütün seyahat acentaları için 2000.- TL, B grubunda yer alan seyahat acentaları için 1000.- TL ve C grubunda yer alan seyahat acentaları için 500.- TL'den aşağı olmamak üzere, bir miktarın nakden ve bir defada tahsil edileceği, kayıt ücretinin tavanının, ödeme şart ve şekillerinin ilk Genel Kurul toplantısında tespit edileceği kurala bağlanmıştır.

Her ne kadar TÜRSAB'a giriş ücretinin belirlenmesi ve yapılacak artışlarla ilgili olarak anılan mevzuatta herhangi bir kritere yer verilmemiş ise de, 1618 sayılı Kanunun 34. maddesi ile TÜRSAB Genel Kuruluna tanınan giriş ücretini ve yıllık aidat tutarını belirleme yetkisinin, TÜRSAB'a üye olunmadan piyasada faaliyette bulunulamayacağı hususu göz önüne alındığında, seyahat acenteliği hizmetleri pazarında rekabeti engelleyecek, bir başka ifadeyle piyasaya girişi kısıtlayacak şekilde kullanılmaması gerekir.

Dosyanın incelenmesinden; TÜRSAB'a giriş ücretlerinin 1995 yılında 500.000.000.- TL iken, bu rakam baz alınarak 1997 yılında 4 katına (2.000.000.000.- TL), 1998 yılında 6 katına, 1999 yılında 17 katına, 2000 yılında 24 katına, 2001 yılında 70 katına (35.000.000.000.- TL), 2002 yılında (50.000.000.000.- TL) 100 katına çıkartıldığı, aynı dönemde (1995-2002 yılları arasında) yıllık aidat miktarının (A) grubu seyahat acenteleri için 33.3 katına, (B) grubu seyahat acenteleri için 35 katına, (C) grubu seyahat acenteleri için 50 katına yükseltildiği, yıllık aidat miktarlarının ABD Doları bazında dalgalı bir seyir izleyip, (A), (B) ve (C) grupları için sırasıyla 1995'te yaklaşık 65, 44 ve 22 ABD Doları iken, 2002'de yaklaşık 66, 46, 33 ABD Doları olarak belirlendiği, buna karşın giriş ücretinin 1995'teki 10.881 ABD Doları seviyesinden, 2002 yılında 33.045 ABD Doları seviyesine çıkartıldığı, öte yandan Türkiye'nin turizm gelirinin 1963 yılında 7.659.000.- ABD Dolarından, 2002 yılında 11.900.900.000.- ABD Dolarına çıktığı, TÜRSAB'a yeni üye olan acente sayısının ise 1995'te 357, 1996'da 476, 1997'de 636, 1998'de 128, 1999'da 75, 2000'de 52, 2001'de 48, 2002'de 23 olarak gerçekleştiği, TÜRSAB'ın yeni üyelerden 1995 yılında 3.884.448.- ABD Doları, 1996 yılında 2.909.678.- ABD Doları, 1997 yılında 8.324.335.- ABD Doları, 1998 yılında 1.464.347.-ABD Doları, 1999 yılında 1.510.120.-ABD Doları, 2000 yılında 995.673.- ABD Doları, 2001 yılında 1.364.387.- ABD Doları ve 2002 yılında yaklaşık 760.029.- ABD Doları gelir elde ettiği anlaşılmakta olup, bu haliyle, TÜRSAB'a yeni üye olan seyahat acentası sayısında yıllar itibarıyla giriş ücretinin yükselmesiyle birlikte düşüş yaşandığı, TÜRSAB'ın yeni üyelerden sağladığı toplam gelirin de reel olarak azaldığı görülmektedir.

Dosyada yer alan belgelerden, yüksek giriş ücretinin, hem sektöre daha az girişin olmasına, hem de devir imkanı olan belgelerin değer kazanmasına neden olduğu, giriş ücretinin herhangi bir nesnel kritere bağlı olarak belirlenmediği anlaşılmaktadır.

Hal böyle olunca, giriş ücretinin reel olarak giderek yükselmesi, pazara daha sonra giriş yapmak isteyen işletmelerin girişine kısıtlama getirici bir nitelik arz etmektedir.

Yukarıda yer alan tespit ve açıklamalar karşısında, TÜRSAB Genel Kurulunca belirlenen TÜRSAB üyeliğine giriş ücretinin ilgili pazara girişi engelleyici nitelik taşıdığı, dolayısıyla ilgili pazarda "rekabeti engelleyici, bozucu veya kısıtlayıcı" etki doğuran bir teşebbüs birliği kararı olduğu sonucuna varılmaktadır.

Öte yandan, 1618 sayılı Seyahat Acentaları ve Seyahat Acentaları Birliği Kanununun 35. maddesine 13.01.2007 tarih ve 5571 sayılı Kanunun 11. maddesi ile eklenen fıkra ile Birliğe kayıt ücreti 20.000.- YTL olarak belirlenmiş ve söz konusu tutarın ne şekilde artırılacağı da kurala bağlanmıştır.

Görüldüğü üzere, TÜRSAB Genel Kurulunca 2001 ve 2002 yıllarına ilişkin olarak belirlenen üyeliğe giriş ücretinin, aradan uzunca bir süre geçtiği halde 5571 sayılı Kanunun 11. maddesi ile tespit edilen tutarın çok üstünde olduğu açıktır.

Nitekim, Türkiye Seyahat Acentaları Birliğinin 15.05.2004 tarihinde yapılan 17. Olağanüstü Genel Kurulunda 20.000.000.000.- TL olarak belirlenen üye kayıt ücretine ilişkin karara menfi tespit belgesi verilmesi veya muafiyet tanınması yolundaki başvurusunun reddine dair Rekabet Kurulunun 27.10.2004 tarih ve 04-69/979-237 sayılı kararının iptali istemiyle açtığı davada; Danıştay Onüçüncü Dairesinin 13.03.2007 tarih ve E:2005/7473, K:2007/1303 sayılı kararıyla; "Kayıt ücretlerinin yüksek belirlenmesinin, rekabetin sınırlanmasına yol açtığı, TÜRSAB'ın giriş ücreti kaleminden elde ettiği geliri de azalttığı, ancak buna karşın belge devrini artırdığı ve denetim dışı faaliyete yönelinmesine yol açtığı, öte yandan TÜRSAB Genel Kurul kararından iki yıl sekiz ay sonra 1618 sayılı Seyahat Acentaları ve Seyahat Acentaları Birliği Kanununun 35. maddesine 13.01.2007 tarih ve 5571 sayılı Kanunun 11. maddesi ile eklenen fıkra ile Birliğe kayıt ücretinin yirmibin Yeni Türk Lirası olarak belirlendiği anlaşılmakta olup, bu haliyle giriş ücretine dair davacı Birlik kararının, 4054 sayılı Kanunun 4. maddesine aykırı olduğu, muafiyet için 5. maddede sıralanan muafiyet şartlarını taşımadığı belirtilerek başvuru konusu teşebbüs birliği kararına muafiyet verilemeyeceğine ilişkin kararda hukuka aykırılık görülmediği" gerekçesiyle dava reddedilmiştir.

Buna göre, ilgili pazarda faaliyet gösterebilmek için davacı Birliğe üyeliğin ve dolayısıyla teşebbüsler açısından giriş ücretinin ödenmesinin zorunlu olması, pazara daha önce giren firmaların bu kadar yüksek olarak katlanmadıkları bir maliyete, pazara yeni giriş yapmak isteyen firmaların katlanmak zorunda bırakılması karşısında, giriş ücretlerinin pazara girişlerde caydırıcı etkiye sahip olduğu ve giriş engeli teşkil ettiği açıktır.

Bu durumda, TÜRSAB'ın 2001 yılının Kasım ayında yapılan 15. Olağan Genel Kurulunda alınan karar ile piyasaya yeni girişleri engelleyici nitelikte yüksek giriş ücreti belirlemek suretiyle 4054 sayılı Kanunun 4. maddesi hükmünü ihlal ettiği sonucuna varıldığından, dava konusu Kurul kararında hukuka aykırılık bulunmamaktadır.

Diğer yandan, davacı Birliğin dava konusu Rekabet Kurulu kararının alınış usulüne ve kararın esasına yönelik diğer iddiaları da kararı kusurlandıracak nitelikte görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle davanın reddine karar verilmesinin uygun olacağı düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Karar veren Danıştay Onüçüncü Dairesi'nce duruşma için önceden belirlenen 25.11.2008 tarihinde davacı Türkiye Seyahat Acentaları Birliği vekili Av. …'in ve davalı idare vekili Av. …'ın geldiği; Danıştay Savcısının hazır bulunduğu görülerek duruşmaya başlandı. Taraflara usulüne uygun olarak söz verilip dinlendikten ve Danıştay Savcısı'nın düşüncesi de alındıktan sonra taraflara son kez söz verilerek duruşma tamamlandı. Dosya incelenip gereği görüşüldü:

Dava, Türkiye Seyahat Acentaları Birliğinin 2001 yılının Kasım ayında yapılan 15. Olağan Genel Kurul'nda belirlenen üye kayıt ücretlerinin yüksek olduğu ve pazara girişe engel teşkil ettiği ileri sürülerek yapılan şikâyet üzerine açılan soruşturma sonucunda; 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanunun 4. maddesinin ihlâl edildiğinden bahisle davacı teşebbüs birliğine 2002 yılı sonunda oluşan gelirlerinin takdiren %3 oranında olmak üzere 193.764,29 YTL para cezası verilmesine, Rekabet Kurulu tarafından tespit edilen bu ihlâle nasıl son verileceğine ilişkin olarak, 4054 sayılı Kanun'un 9. maddesi birinci fıkrası

doğrultusunda; TÜRSAB 15. Genel Kurulunda alınan ve piyasaya giriş engeli teşkil ettiği tespit edilen giriş ücreti ile ilgili kararın uygulamasının durdurulması ve bu yönde işlem yapıldığı konusunda Rekabet Kurumuna bilgi verilmesi gerektiğinin TÜRSAB'a bildirilmesine; soruşturmaya konu genel kurul kararının uygulamasının durdurulması ve bununla ilgili işlemlerin tekemmül ettirilmesi için adı geçen teşebbüs birliğine 45 gün süre verilmesine, aksi takdirde 4054 sayılı Kanun'un 17. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi uyarınca hergün için süreli para cezası ile cezalandırılacaklarının hatırlatılmasına ilişkin Rekabet Kurulunun 22.06.2006 tarih ve 06-45/572-156 sayılı kararının iptali istemiyle açılmıştır.

Davacı, toplantı ve karar yeter sayısının oluşmadığı ve 4054 sayılı Yasanın 49.maddesindeki "mazeretli olanlar dışında sözlü savunma toplantısında hazır bulunmuş üyelerin katılmaları zorunludur " hükmünün ihlâl edildiğini ileri sürmekte ise de; Kurul'un 6 üye ile toplandığı, …'ın mevcut soruşturmanın heyet başkanlığını yürüttüğünden …'ın dava konusu kararın alındığı tarihte izinli olduğundan toplantıya katılmadıkları, … ile …'ın ise Kurul kararının alındığı tarihte Kurul üyesi olmadıkları ve 2 üyenin Türkiye Seyahat Acentaları Birliği (TÜRSAB)'a ait ilk kararın soruşturmayı yürüten Kurul üyesinin nihaî karar toplantısına katılarak oy kullandığı nedeniyle iptal edilmesine ilişkin Danıştay 13.Dairesinin kararının henüz temyiz süresi dolmadığından öncelikle temyiz başvurusunun yapılması gerektiği düşüncesiyle kararın birinci bendinde yer alan çoğunluk görüşüne katılmadıkları,1 üyenin TÜRSAB soruşturmasına esas teşkil eden şikâyetin başka yollarla çözülebileceği, bu nedenle de rekabet politikası kapsamında ele alınmaması gerektiği düşüncesiyle karara katılmadığı,1 üyenin de kararın 5/a ve 5/b hükümlerine katılmadığı,karşı oyların farklı maddelere ilişkin olduğu anlaşıldığından,dava konusu Kurul kararında,toplantı ve karar nisabına ve Kanun 49.maddesine aykırılık bulunmamaktadır.

4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 1.maddesinde, bu Kanun'un amacının, "mal ve hizmet piyasalarındaki rekabeti engelleyici, bozucu veya kısıtlayıcı anlaşma, karar ve uygulamaları ve piyasaya hâkim olan teşebbüslerin bu hakimiyetlerini kötüye kullanmalarını önlemek, bunun için gerekli düzenleme ve denetlemeleri yaparak rekabetin korunmasını sağlamak" olduğu belirtilmiş olup; anılan Yasa'nın 2. maddesinde, Türkiye Cumhuriyeti sınırları içinde mal ve hizmet piyasalarında faaliyet gösteren ya da bu piyasaları etkileyen her türlü teşebbüsün aralarında yaptığı rekabeti engelleyici, bozucu ve kısıtlayıcı anlaşma, uygulama ve kararlar ile piyasaya hâkim olan teşebbüslerin bu hakimiyetlerini kötüye kullanmaları ve rekabeti önemli ölçüde azaltacak birleşme ve devralma niteliğindeki her türlü hukuki işlem ve davranışların, rekabetin korunmasına yönelik tedbir, tespit düzenleme ve denetlemeye ilişkin işlemlerin bu Kanun kapsamına girdiği belirtilmiş, 3. maddesinde, Teşebbüs, "piyasada mal veya hizmet üreten, pazarlayan, satan gerçek ve tüzel kişilerle, bağımsız karar verebilen ve ekonomik bakımdan bir bütün teşkil eden birimler olarak tanımlanmış,4. maddesinin birinci fıkrasında; belirli bir mal veya hizmet piyasasında doğrudan veya dolaylı olarak rekabeti engelleme, bozma ya da kısıtlama amacını taşıyan veya bu etkiyi doğuran yahut doğurabilecek nitelikte olan teşebbüsler arası anlaşmalar, uyumlu eylemler ve teşebbüs birliklerinin bu tür karar ve eylemlerinin hukuka aykırı ve yasak olduğu hükmüne yer verilmiş ve madde devamında bu hallerin özellikle neler olduğu sayılırken, (d) bendinde: "... piyasaya yeni gireceklerin engellenmesi" de rekabeti sınırlayıcı haller arasında sayılmış,6. maddesinde; bir veya birden fazla teşebbüsün ülkenin bütününde ya da bir bölümünde bir mal veya hizmet piyasasındaki hakim durumunu tek başına yahut başkaları ile yapacağı anlaşmalar ya da birlikte davranışlar ile kötüye kullanmasının hukuka aykırı ve yasak olduğu belirtilmiş, 8.maddesinde de, ilgili teşebbüs veya teşebbüs birliklerinin başvurusu üzerine Kurul'un,elinde bulunan bilgiler çerçevesinde bir anlaşmanın,kararın,eylemin veya birleşme ve devralmanın bu Kanunun 4.6. ve 7.maddelerine aykırı olmadığını gösteren bir menfi tespit belgesi verebileceği, Kanun'un 16/2 maddesinde ise; bu Yasa'nın 4. ve 6. maddesinde yasaklanmış olan davranışları

gerçekleştirdiği sabit olanlara Kanun maddesinde belirtilen miktarda para cezası verileceği hükme bağlanmıştır.

4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 27. maddesinin (a) bendinde, bu Kanun'da yasaklanan faaliyetler ve hukuki işlemler hakkında, başvuru üzerine veya resen inceleme, araştırma ve soruşturma yapmak; bu Kanun'da düzenlenen hükümlerin ihlâl edildiğinin tespit edilmesi üzerine, bu ihlallere son verilmesi için gerekli tedbirler alıp bundan sorumlu olanlara idari para cezaları uygulamak Rekabet Kurulu'nun görevleri arasında sayılmıştır.

4054 sayılı Kanunun "Başvuru Sahiplerine Bildirim" başlıklı 42. maddesinin ilk fıkrasında, Kurulun, ihbar veya şikayet başvurularında ileri sürülen iddiaları ciddi ve yeterli bulması durumunda, ihbar veya şikayet edenlere ileri sürülen iddiaların ciddi bulunduğunu ve araştırmaya başlandığını yazılı olarak bildireceği; ikinci fıkrasında ise Kurulun, gerek başvuruları açıkça reddetmesi, gerekse süresi içinde bildirimde bulunmayarak reddetmiş sayılması durumlarında, doğrudan ya da dolaylı menfaati olduğunu belgeleyen herkesin Kurulun ret kararlarına karşı yargı yoluna başvurabilecekleri kurala bağlanmıştır.

Görüldüğü gibi, 4.maddede belirtilen yasak mutlak olmayıp, 5.maddede sayılı şartların tamamının varlığı halinde rekabeti kısıtlayıcı uygulamalara 4.madde yasağından muafiyet tanınabilmektedir. Bunun için öncelikle rekabeti sınırlayıcı anlaşmanın veya uyumlu davranışın ya da teşebbüs birliği kararlarının ekonomi üzerinde olumlu etkiler doğururken, bu yararlı etkinin tüketiciye de yansıması, rekabetin bu yararlı etkilerin elde edilmesi için zorunlu olandan fazla sınırlanmaması gerekmektedir.

1618 sayılı Seyahat Acentaları ve Seyahat Acentaları Birliği Kanunu uyarınca kamu kurumu niteliğinde tüzel kişiliğini haiz meslek birliği olarak 1973 yılında kurulan Türkiye Seyahat Acentaları Birliğine (TÜRSAB) aynı Kanunun 32. maddesine göre seyahat acentalarının üye olmalarının zorunlu olduğu, TÜRSAB Genel Kurulunun iki yılda bir bütün üyelerinin katılımıyla toplandığı, 9 kişilik Yönetim Kurulunun seçildiği, 2001 yılının Kasım ayında yapılan 15. Olağan Genel Kurul toplantısında üyeliğe giriş ücret aidatının 2001 yılı için 35 milyar, 2002 yılı için 50 milyar lira olarak kararlaştırıldığı, söz konusu giriş ücretlerinin yüksek olduğu ve pazara girişe engel teşkil ettiği ileri sürülerek yapılan şikayet üzerine açılan önaraştırma ve soruşturma sonucunda dava konusu Kurul kararının alındığı anlaşılmaktadır.

Dosyanın incelenmesinden; 1618 sayılı Kanunun 34. maddesinin (f) bendi ile üye kayıt ücreti ve aidatını tespit etme yetkisi TÜRSAB Genel Kuruluna verilmiş, ayrıca Seyahat Acentaları Birliği Yönetmeliğinin 20. maddesinin (a) bendinde, kayıt ücretinin A grubunda yer alan bütün seyahat acentaları için 2000.- TL, B grubunda yer alan seyahat acentaları için 1000.- TL ve C grubunda yer alan seyahat acentaları için 500.- TL'den aşağı olmamak üzere, bir miktarın nakden ve bir defada tahsil edileceği, kayıt ücretinin tavanının, ödeme şart ve şekillerinin ilk Genel Kurul toplantısında tespit edileceğinin kurala bağlandığı,TÜRSAB'a giriş ücretlerinin 1995 yılında 500.000.000.-TL iken, bu rakam baz alınarak 1997 yılında 4 katına (2.000.000.000.- TL), 1998 yılında 6 katına, 1999 yılında 17 katına, 2000 yılında 24 katına, 2001 yılında 70 katına (35.000.000.000.- TL), 2002 yılında (50.000.000.000.- TL) 100 katına çıkartıldığı, aynı dönemde (1995-2002 yılları arasında) yıllık aidat miktarının (A) grubu seyahat acenteleri için 33.3 katına, (B) grubu seyahat acenteleri için 35 katına, (C) grubu seyahat acenteleri için 50 katına yükseltildiği, yıllık aidat miktarlarının ABD Doları bazında dalgalı bir seyir izleyip, (A), (B) ve (C) grupları için sırasıyla 1995'te yaklaşık 65, 44 ve 22 ABD Doları iken, 2002'de yaklaşık 66, 46, 33 ABD Doları olarak belirlendiği, buna karşın giriş ücretinin 1995'teki 10.881 ABD Doları seviyesinden, 2002 yılında 33.045 ABD Doları seviyesine çıkartıldığı, öte yandan Türkiye'nin turizm gelirinin 1963 yılında 7.659.000.- ABD Doları iken, 2002 yılında 11.900.900.000.- ABD Dolarına çıktığı, TÜRSAB'a yeni üye olan acente sayısının ise 1995'te 357, 1996'da 476, 1997'de 636, 1998'de 128, 1999'da 75, 2000'de 52, 2001'de 48, 2002'de 23 olarak gerçekleştiği, TÜRSAB'ın yeni üyelerden 1995 yılında 3.884.448.- ABD Doları, 1996 yılında 2.909.678.- ABD Doları, 1997 yılında

8.324.335.- ABD Doları, 1998 yılında 1.464.347.-ABD Doları, 1999 yılında 1.510.120.-ABD Doları, 2000 yılında 995.673.- ABD Doları, 2001 yılında 1.364.387.- ABD Doları ve 2002 yılında yaklaşık 760.029.- ABD Doları gelir elde ettiği anlaşılmakta olup, bu haliyle, TÜRSAB'a yeni üye olan seyahat acentası sayısında yıllar itibarıyla giriş ücretinin yükselmesiyle birlikte düşüş yaşandığı, TÜRSAB'ın yeni üyelerden sağladığı toplam gelirin de reel olarak azaldığı anlaşılmaktadır.

Dosyada yer alan belgelerden,herhangi bir nesnel kritere bağlı olarak belirlenmeyen giriş ücretinin reel olarak giderek yükselmesinin, hem sektöre daha sonra giriş yapmak isteyen işletmelerin girişine kısıtlama getirdiği,hem de devir imkanı olan belgelerin değer kazanmasına neden olduğundan, TÜRSAB Genel Kurulunca belirlenen TÜRSAB üyeliğine giriş ücretinin ilgili pazara girişi engelleyici nitelik taşıdığı, dolayısıyla ilgili pazarda "rekabeti engelleyici, bozucu veya kısıtlayıcı" etki doğuran bir teşebbüs birliği kararı olduğu sonucuna varılmaktadır.

Öte yandan, 1618 sayılı Seyahat Acentaları ve Seyahat Acentaları Birliği Kanununun 35. maddesine 13.01.2007 tarih ve 5571 sayılı Kanunun 11. maddesi ile eklenen fıkra ile Birliğe kayıt ücreti 20.000.- YTL olarak belirlenmiş ve söz konusu tutarın ne şekilde artırılacağı da kurala bağlanmıştır.

TÜRSAB Genel Kurulunca 2001 ve 2002 yıllarına ilişkin olarak belirlenen üyeliğe giriş ücretinin, aradan uzunca bir süre geçtiği halde 5571 sayılı Kanunun 11. maddesi ile tespit edilen tutarın çok üstünde olduğu görülmektedir.

Diğer yandan,Türkiye Seyahat Acentaları Birliğinin 15.05.2004 tarihinde yapılan 17. Olağanüstü Genel Kurulunda 20.000.000.000.- TL olarak belirlenen üye kayıt ücretine ilişkin karara menfi tespit belgesi verilmesi veya muafiyet tanınması yolundaki başvurusunun reddine ilişkin Rekabet Kurulunun 27.10.2004 tarih ve 04-69/979-237 sayılı kararının iptali istemiyle açılan davada; Danıştay Onüçüncü Dairesinin 13.03.2007 tarih ve E:2005/7473, K:2007/1303 sayılı kararıyla; "Kayıt ücretlerinin yüksek belirlenmesinin, rekabetin sınırlanmasına yol açtığı, TÜRSAB'ın giriş ücreti kaleminden elde ettiği geliri de azalttığı, ancak buna karşın belge devrini artırdığı ve denetim dışı faaliyete yönelinmesine yol açtığı, öte yandan TÜRSAB Genel Kurul kararından iki yıl sekiz ay sonra 1618 sayılı Seyahat Acentaları ve Seyahat Acentaları Birliği Kanununun 35. maddesine 13.01.2007 tarih ve 5571 sayılı Kanunun 11. maddesi ile eklenen fıkra ile Birliğe kayıt ücretinin yirmibin Yeni Türk Lirası olarak belirlendiği anlaşılmakta olup, bu haliyle giriş ücretine dair davacı Birlik kararının, 4054 sayılı Kanunun 4. maddesine aykırı olduğu, muafiyet için 5. maddede sıralanan muafiyet şartlarını taşımadığı belirtilerek başvuru konusu teşebbüs birliği kararına muafiyet verilemeyeceğine ilişkin kararda hukuka aykırılık görülmediği" gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir.

Buna göre, ilgili pazarda faaliyet gösterebilmek için davacı Birliğe üyeliğin ve dolayısıyla teşebbüsler açısından giriş ücretinin ödenmesinin zorunlu olması, pazara daha önce giren firmaların bu kadar yüksek olarak katlanmadıkları bir maliyete, pazara yeni giriş yapmak isteyen firmaların katlanmak zorunda bırakılması karşısında, giriş ücretlerinin pazara girişlerde caydırıcı etkiye sahip olduğu ve giriş engeli teşkil ettiği açıktır.

Bu durumda, TÜRSAB'ın 2001 yılının Kasım ayında yapılan 15. Olağan Genel Kurulunda alınan karar ile piyasaya yeni girişleri engelleyici nitelikte yüksek giriş ücreti belirlemek suretiyle,4054 sayılı Kanunun 4. maddesi hükmünü ihlâl ettiği sonucuna varıldığından, dava konusu Kurul kararında hukuka aykırılık görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle, yasal dayanaktan yoksun bulunan davanın reddine, yargılama giderlerinin davacı üzerinde bırakılmasına, Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi uyarınca belirlenen 1.100,00.-YTL avukatlık ücretinin davacıdan alınarak davalı idareye verilmesine,artan 12,00 YTL posta ücretinin istemi halinde davacıya iadesine, 25.11.2008 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

T.C.
D A N I Ş T A Y
Onüçüncü Daire
Esas No : 2006/4829
Karar No : 2008/7417

Özeti : Aralarında davacının da bulunduğu teşebbüslerin, fiyat ve fiyatı oluşturan unsurları birlikte tespit etmeyi amaçladıkları; bölge, il ve müşteri paylaşımına gittikleri; üretim, satış miktarı, pazar payı gibi temel ticarî parametreler üzerinde mutabakata vardıkları; rekabeti sınırlayıcı bir iletişim ve koordinasyonun içinde oldukları, üzerinde uzlaşmaya varılan ticarî unsurlardan sapmayı tespit etmek ve önlemek amacıyla rakip ticarî faaliyetleri yakında takip ettikleri ve mutabakat hususlarına ilişkin zaman zaman aralarında çıkan ihtilâfları çeşitli yollarla çözmeye çalıştıkları, bu anlamda aralarında rekabeti sınırlayıcı ve birçok ticarî unsuru kapsayan bir anlaşmanın mevcut olduğu ve uygulama alanı bulduğu anlaşıldığından, davacının aktif ve belirleyici rolünün de ağırlaştırıcı sebep olarak değerlendirilerek idarî para cezası verilmesinde hukuka aykırılık bulunmadığından, açılan davanın reddi hakkında.

Davacı **:** … Yalıtım ve İnşaat Malz. San. ve Tic. A.Ş.
Vekiller **:** Av. …, Av. …
Davalı **:** Rekabet Kurumu
Vekili **:** Av. ...

İstemin Özeti **:** Dava; 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanunun 4. maddesinin ihlal edildiğinden bahisle idari para cezası verilmesine ilişkin Rekabet Kurulunun 30.05.2006 tarih ve 06-37/477-129 sayılı kararının davacı şirkete yönelik kısımlarının; sözlü savunma toplantısının öteki taraflarınkinden ayrı ve kapalı yapılmasının idari usul kurallarına aykırı olduğu ve ilgili pazar belirlenmeden idari para cezası verilmesini öngören dava konusu işlemin sebep ve konu yönlerinden hukuka aykırı olduğu,ayrıca para cezası takdir edilirken ölçülülük ilkesinin dikkate alınmadığı ileri sürülerek iptali istenilmektedir.

Savunmanın Özeti : Dava konusu kararda usul ve esas yönünden Yasaya aykırılık bulunmadığı belirtilerek, hukukî dayanaktan yoksun olduğu öne sürülen davanın reddi gerektiği savunulmaktadır.

Danıştay Tetkik Hâkimi Erkan DEMİRTAŞ'ın Düşüncesi : Davanın reddi gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı Ünal DEMİRCİ'nin Düşüncesi : Dava; 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanunun 4. maddesinin ihlal edildiğinden bahisle para cezası verilmesine ilişkin Rekabet Kurulunun 30.05.2006 tarih ve 06-37/477-129 sayılı kararının davacı şirkete yönelik kısımlarının iptali istemiyle açılmıştır.

4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanunun 4. maddesinin birinci fıkrasında; belirli bir mal veya hizmet piyasasında doğrudan veya dolaylı olarak rekabeti engelleme, bozma ya da kısıtlama amacını taşıyan veya bu etkiyi doğuran yahut doğurabilecek nitelikte olan teşebbüsler arası anlaşmalar, uyumlu eylemler ve teşebbüs birliklerinin bu tür karar ve eylemlerinin hukuka aykırı ve yasak olduğu hükmüne yer verilmiş ve madde devamında bu hallerin özellikle neler olduğu sayılırken, (a) bendinde, mal veya

hizmetlerin alım ya da satım fiyatının, fiyatı oluşturan maliyet, kâr gibi unsurlar ile her türlü alım yahut satım şartlarının tespit edilmesinin; (b) bendinde, mal veya hizmet piyasalarının bölüşülmesi ile her türlü piyasa kaynaklarının veya unsurlarının paylaşılması ve kontrolünün; (c) bendinde, mal veya hizmetin arz ya da talep miktarının kontrolü veya bunların piyasa dışında belirlenmesinin yasak olduğu belirtilmiştir.

Buna göre; doğrudan veya dolaylı olarak rekabeti engelleme, bozma ya da kısıtlama amacını taşıyan anlaşmaların hukuka aykırı ve yasak olduğu, keza böyle bir amaç taşınmasa dahi rekabeti engelleme, bozma ya da kısıtlama etkisi doğuran yahut doğurabilme ihtimali olan anlaşmaların yasaklandığı açıktır. Bir başka ifadeyle, bu anlaşmalar yapılırken ve uygulanırken böyle bir amaç taşınmasa dahi rekabeti engelleme, bozma ya da kısıtlama etkisinin doğma ihtimalinin mevcut olması bile söz konusu anlaşmaların hukuka aykırı sayılması için yeterli sayılmaktadır.

Anılan Kanunun 16. maddesinin 2. fıkrasında; bu Kanunun 4. ve 6. maddesinde yasaklanmış olan davranışları gerçekleştirdiği sabit olanlara Kanun maddesinde belirtilen miktarda para cezası verileceği hükme bağlanmıştır.

Dosyanın incelenmesinden; yerinde inceleme sırasında ele geçirilen belgelerin bir kısmının Türk ... (Türk ... Sanayi A.Ş.), ... (... Yalıtım ve İnşaat Malzemeleri Sanayi ve Ticaret A.Ş.), Antalya ... (Antalya ... Sanayi ve Ticaret A.Ş.) ve Gaziantep ...'un (Gaziantep ... Sanayi A.Ş.) bir anlaşma ya da mutabakat içinde olduklarını açık bir şekilde ortaya koyduğu (Belge 7, 13, 18, 33, 40, 44), söz konusu belgelere göre Türk ... ve ...'nin bu mutabakatın sağlanmasında temel bir rol oynadığı, Belge 7'de adı geçen teşebbüslerin üst düzey yetkililerinin İstanbul Swissotel'de yaptıkları toplantıda, teşebbüsler arasındaki anlaşmayı açıkça zikrettikleri, Rekabet Kurulunun çimento ve seramik sektörlerinde verdiği idari para cezalarından bahisle Rekabet Kurulu açısından "anlaşma dökümanının" alt kademelere verilmemesi gerektiğine dikkat çektikleri, anlaşmanın kapsamı ve temel prensipleri üzerinde karşılıklı olarak görüşmelerde bulundukları, ...'de ele geçirilen belgelerde "....'la anlaşma ilişkilere devam edelim" (Belge 13) ve "Kuvvetli bayilik bize uygun değil. Bayi işi getirince almak istiyor. YT mutabakatı engel teşkil ediyor" (Belge 18) ifadelerinin ve ticari parametreler üzerinde ayrıntılı bir şekilde mutabakata varıldığını gösteren belgelerin, taraflar arasındaki anlaşmanın varlığını kanıtladığı, bazı belgelerdeki ifadelerden tarafların, piyasa şartlarında oluşması gereken kararlarını doğrudan etkileyecek şekilde esaslı ticari unsurlar üzerinde görüştükleri, uzlaşmaya varmaya çalıştıkları ya da vardıkları, tarafların satış fiyatlarını ve iskonto, satış vadesi gibi fiyatı etkileyen unsurları birlikte tespit etmeye çalıştıkları, bu amaca yönelik olarak aralarında bu unsurlar hakkında müzakerede bulundukları, birbirlerinin fiyat hareketlerini çok yakından takip ettikleri ve kendi fiyat listelerini rakip teşebbüslere ilettikleri (Belge 1, 3, 6, 7, 14, 26, 33, 34, 38, 40, 43, 44, 45, 47), fiyat ve fiyatı oluşturan unsurların piyasa şartları dışında tespitine yönelik görüşme ve kararlar ile Belge 1'de olduğu gibi genel fiyat listelerinin uyumlaştırılmasının ya da Belge 6, 7 ve 34'te olduğu gibi fiyatların ve satış koşullarının bölge, il ya da müşteri bazında tespit ve takibinin amaçlandığı, ..., Türk ..., Antalya ... ve Gaziantep ...'un birbirlerinin üretim ve satış miktarları, üretim kapasitelerinin kullanımı, ulusal ya da bölgesel pazar payları hakkında görüştükleri ve bu parametreleri birlikte tespit ve takip ettikleri (Belge 3, 7, 14, 16, 21, 22, 24, 27, 29, 30, 31, 32, 33, 34, 35, 39, 40, 41, 42, 43, 46), bölge ya da il bazında coğrafi pazar paylaşımına gittikleri (Belge 2, 3, 5, 7, 11, 14, 15, 21, 22, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 32, 33, 34, 35, 39, 40, 41, 42, 43, 44, 46), bu belgelerde, söz konusu tarafların hangi il ya da bölgede hangi teşebbüsün faaliyet göstereceğini, hangi miktarda ya da oranda satış yapacağını tespit ettikleri ve konuyla ilgili tüm bölgeler ve iller bazında ayrıntılı listeler (Belge 27, 28, 29, 30, 31) hazırladıkları, bu belgelerin bir kısmında ise eldeki veriler çerçevesinde bazı karşılaştırmaların yapıldığı, ülke genelinde bölge ya da il bazında satış miktarı, pazar payı gibi temel parametreler üzerinde taraflar arasında varılan mutabakat rakamlarının, fiilen gerçekleşen satış miktar ve oranları ile büyük ölçüde uyum gösterdiği, bir başka ifadeyle

taraflar arasındaki anlaşmanın uygulama alanı bulduğu (Belge 7, 8, 14, 21, 31, 32, 33, 35, 40, 42, 46), teşebbüslerin coğrafi pazar paylaşımı dışında müşteri ya da iş paylaşımına gittikleri, müşteri bazında fiyat ve miktar bilgilerini birbirlerine aktardıkları, bu bağlamda müşteri, sipariş ve sevk bilgilerini yakından takip ettikleri (Belge 5, 6, 17, 20, 22, 23, 24, 38, 40, 47), mevcut belgelerin tamamına yakınının tarafların ticari kararlarını etkileyecek bir iletişim ve koordinasyon içinde oldukları ve bu çerçevede tarafların üst ve orta düzey yöneticilerinin sıklıkla bir araya geldikleri ve temas halinde oldukları (Belge 2, 3, 6, 7, 8, 9, 10, 12, 14, 19, 24, 25, 26, 31, 33, 34, 36, 37, 38, 40, 43, 44, 45, 47), merkezi Ankara'da bulunan ve söz konusu teşebbüslerin üye olduğu Türkiye Gazbeton Üreticileri Birliği'nin (GÜB) bu iletişim ve koordinasyonu büyük ölçüde kolaylaştırdığı, tarafların GÜB çatısı altında yalnızca teknik ya da sektörel sorunları değil, aynı zamanda rekabeti sınırlayıcı nitelikte işbirliğine yönelik ticari konuları da görüştükleri (Belge 6, 7, 14, 33, 40, 44), GÜB'ün İstanbul-Swissotel'de 15.1.2004 ve 20.9.2004 tarihlerinde toplantı yaptığı (Belge 8), söz konusu toplantılarda rekabeti sınırlayıcı ticari kararların alındığı (Belge 34, 40), bazı belgelerdeki ifadelerden teşebbüslerin, aralarındaki anlaşmanın etkinliğini kontrol amacıyla mutabakata varılan hususları denetledikleri, mutabakattan sapma olup olmadığını yakından izledikleri, sapmaları önlemek için zaman zaman rakip teşebbüsleri uyardıkları ve aralarında çıkan ihtilafları çözmeye çalıştıkları (Belge 3, 5, 13, 14, 16, 17, 20, 21, 22, 23, 24, 26, 30, 33, 35, 38, 39, 40, 41, 42, 43), öte yandan, anlaşmadaki sapmaların bir bölümünün bayilerin kontrol edilememesinden kaynaklandığı düşüncesinden hareketle, bayiler ile ilgili stratejiler geliştirmeye çalıştıkları, bu bağlamda Belge 18'de yer alan "Kuvvetli bayilik bize uygun değil. Bayi işi getirince almak istiyor YT mutabakatı engel teşkil ediyor. Küçük ve güdümlü bayileri tercih ediyoruz." şeklindeki ifadeler ile Belge 33'deki "Bayi hakimiyeti sağlanamadı. Bağlantı+Bayi ilişkileri mutabakatı etkilememeli. Mutabakat bu fiyatları biraz yukarı çekti." ifadelerinin dikkati çektiği, ihlalin 2000 yılından itibaren başlayıp beş yıl sürdüğü anlaşılmaktadır.

Yukarıda yer alan tespit ve açıklamalar karşısında, Gaziantep ..., ..., Türk ... ve Antalya ...'un 4054 sayılı Kanunun 4. maddesinin (a), (b) ve (c) bentleri kapsamında rekabeti sınırlayıcı bir anlaşma ve eylem içinde bulundukları sonucuna varılmıştır.

Bu durumda; ..., Türk ..., Antalya ... ve Gaziantep ...'un fiyat ve fiyatı oluşturan unsurları birlikte tespit etmeyi amaçladıkları; bölge, il ve müşteri paylaşımına gittikleri; üretim, satış miktarı, pazar payı gibi temel ticari parametreler üzerinde mutabakata vardıkları; rekabeti sınırlayıcı bir iletişim ve koordinasyonun içinde oldukları, üzerinde uzlaşmaya varılan ticari unsurlardan sapmayı tespit etmek ve önlemek amacıyla rakip ticari faaliyetleri yakından takip ettikleri ve mutabakat hususlarına ilişkin zaman zaman aralarında çıkan ihtilafları çeşitli yollarla çözmeye çalıştıkları, bu anlamda teşebbüsler arasında rekabeti sınırlayıcı ve birçok ticari parametreyi kapsayan bir anlaşmanın mevcut olduğu ve uygulama alanı bulduğu anlaşıldığından, tesis edilen dava konusu Kurul kararının davacı şirkete ilişkin kısmında hukuka aykırılık görülmemiştir.

Öte yandan, 4054 sayılı Kanunun 4. maddesinde "de minimis" kuralına, bir başka ifadeyle 4. maddenin uygulanmasına yönelik bir pazar payı eşiğine yer verilmediğinden; bir anlaşma, eylem veya kararın bu madde kapsamına girip girmediğinin tespitinde taraf teşebbüslerin pazar gücüne bakılmasına, dolayısıyla ilgili pazarın tanımlanmasında gerek bulunmamaktadır.

Ayrıca, davacı şirketin dava konusu Rekabet Kurulu kararının alınış usulüne ve kararın esasına yönelik diğer iddiaları da kararı kusurlandıracak nitelikte görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle davanın reddine karar verilmesinin uygun olacağı düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Karar veren Danıştay Onüçüncü Dairesi'nce duruşma için önceden belirlenen 25.11.2008 tarihinde davacı ... Yalıtım ve İnşaat Malz. San. ve Tic. A.Ş. vekilileri Av. ..., Av. ...'ın ve davalı idare vekili Av. ...'ın geldiği; Danıştay Savcısının hazır bulunduğu görülerek duruşmaya başlandı. Taraflara usulüne uygun olarak söz verilip dinlendikten ve Danıştay Savcısı'nın düşüncesi de alındıktan sonra taraflara son kez söz verilerek duruşma tamamlandı. Dosya incelenip gereği görüşüldü:

Dava,4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanunun 4. maddesinin ihlal edildiğinden bahisle idari para cezası verilmesine ilişkin Rekabet Kurulunun 30.05.2006 tarih ve 06-37/477-129 sayılı kararının davacı şirkete yönelik kısımlarının iptali istemiyle açılmıştır.

4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 3. maddesinde, teşebbüslerin belirli amaçlara ulaşmak için oluşturduğu tüzel kişiliği haiz ya da tüzel kişiliği olmayan her türlü birlikler teşebbüs birliği olarak tanımlandıktan sonra, Kanun'un 4. maddesinde "Belirli bir mal veya hizmet piyasasında doğrudan veya dolaylı olarak rekabeti engelleme, bozma ya da kısıtlama amacını taşıyan veya bu etkiyi doğuran yahut doğurabilecek nitelikte olan teşebbüsler arası anlaşmalar, uyumlu eylemler ve teşebbüs birliklerinin bu tür karar ve eylemleri hukuka aykırı ve yasaktır.

Bu haller, özellikle şunlardır:

a. Mal veya hizmetlerin alım ya da satım fiyatının, fiyatı oluşturan maliyet, kâr gibi unsurlar ile her türlü alım yahut satım şartlarının tespit edilmesi,

b. Mal veya hizmet piyasalarının bölüşülmesi ile her türlü piyasa kaynaklarının veya unsurlarının paylaşılması ya da kontrolü,

c. Mal veya hizmetin arz ya da talep miktarının kontrolü veya bunların piyasa dışında belirlenmesi,

d. Rakip teşebbüslerin faaliyetlerinin zorlaştırılması, kısıtlanması veya piyasada faaliyet gösteren teşebbüslerin boykot ya da diğer davranışlarla piyasa dışına çıkartılması yahut piyasaya yeni gireceklerin engellenmesi,

e. Münhasır bayilik hariç olmak üzere, eşit hak, yükümlülük ve edimler için eşit durumdaki kişilere farklı şartların uygulanması,

f. Anlaşmanın niteliği veya ticari teamüllere aykırı olarak, bir mal veya hizmet ile birlikte diğer mal veya hizmetin alınmasının zorunlu kılınması veya aracı teşebbüs durumundaki alıcıların talep ettiği bir malın ya da hizmetin diğer bir mal veya hizmetin de alıcı tarafından teşhiri şartına bağlanması ya da arz edilen bir mal veya hizmetin tekrar arzına ilişkin şartların ileri sürülmesi,

Bir anlaşmanın varlığının ispatlanamadığı durumlarda piyasadaki fiyat değişmelerinin veya arz ve talep dengesinin ya da teşebbüslerin faaliyet bölgelerinin rekabetin engellendiği, bozulduğu veya kısıtlandığı piyasalardakine benzerlik göstermesi teşebbüslerin uyumlu eylem içinde olduklarına karine teşkil eder.

Ekonomik ve rasyonel gerçeklere dayanmak koşuluyla taraflardan her biri uyumlu eylemde bulunmadığını ispatlayarak sorumluluktan kurtulabilir" hükmüne yer verilmiştir.

Buna göre; doğrudan veya dolaylı olarak rekabeti engelleme, bozma ya da kısıtlama amacını taşıyan anlaşmaların hukuka aykırı ve yasak olduğu, keza böyle bir amaç taşınmasa dahi rekabeti engelleme, bozma ya da kısıtlama etkisi doğuran yahut doğurabilme ihtimali olan anlaşmaların yasaklandığı açıktır. Bir başka ifadeyle, bu anlaşmalar yapılırken ve uygulanırken böyle bir amaç taşınmasa dahi rekabeti engelleme, bozma ya da kısıtlama etkisinin doğma ihtimalinin mevcut olması bile söz konusu anlaşmaların hukuka aykırı sayılması için yeterli sayılmıştır.Anılan Yasanın 16/2 maddesinde ise, bu kanunun 4. ve 6. maddesinde yasaklanmış olan davranışları gerçekleştirdiği sabit olanlara kanun maddesinde belirtilen miktarda para cezası verileceği hükme bağlanmış bulunmaktadır.

4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 27. maddesinin (a) bendinde, bu Kanun'da yasaklanan faaliyetler ve hukuki işlemler hakkında, başvuru üzerine veya resen

inceleme, araştırma ve soruşturma yapmak; bu Kanun'da düzenlenen hükümlerin ihlâl edildiğinin tespit edilmesi üzerine, bu ihlâllere son verilmesi için gerekli tedbirler alıp bundan sorumlu olanlara idarî para cezaları uygulamak Rekabet Kurulu'nun görevleri arasında sayılmıştır.

Anılan Kanun'un 47.maddesinin 1.fıkrasında,sözlü savunma toplantılarının açık olarak yapılacağı,genel ahlakın ve ticari sırların korunması gerekçesi ile Kurul'un sözlü savunma toplantısının gizli olarak yapılmasına karar verebileceği hüküm altına alınmıştır.

Gaziantep ... A.Ş vekilinin 11.05.2006 tarihli dilekçesi ekinde sunduğu 4 adet belgenin ticari sır olduğunu öne sürerek,sözlü savunma toplantısının gizli yapılmasını talep etmesi üzerine,bu talebin yerinde görülerek,Gaziantep ... A.Ş.'nin 23.05.2006 tarihli sözlü savunma toplantısının bir bölümünün kapalı olarak yapıldığı anlaşılmaktadır.

Gaziantep ... A.Ş 'nin vekilinin 11.05.2006 tarihli dilekçesi ekinde de sunduğu,ancak ticari sır olarak nitelendirerek,sözlü savunma toplantısının gizli yapılması halinde toplantıda da Rekabet Kurumuna sunacağını belirttiği 4 adet yazının incelenmesinden;yazıların içeriği dikkate alındığında,ticari sır olarak yorumlanabilecek nitelikte oldukları,haklarında soruşturma yürütülen diğer teşebbüsler hakkında oluşturulan kararlara esas alınmadıkları anlaşıldığından,sözlü savunma toplantısının gizli yapılmasının,davacıların savunma hakkının özünü ihlâl eden bir eksiklik olarak değerlendirilemeyeceği kanaatına varılmıştır.

Dosyanın incelenmesinden; Rekabet Kurulu uzmanlarınca yerinde inceleme sırasında ele geçirilen belgelerden, Türk ... (Türk ... Sanayi A.Ş.), ... (.... Yalıtım ve İnşaat Malzemeleri Sanayi ve Ticaret A.Ş.), Antalya ... (Antalya ... Sanayi ve Ticaret A.Ş.) ve Gaziantep ...'un (Gaziantep ... Sanayi A.Ş.) bir anlaşma ya da mutabakat içinde olduklarını açık bir şekilde ortaya koyduğu, söz konusu belgelere göre Türk ... ve ...'nin bu mutabakatın sağlanmasında temel bir rol oynadığı,teşebbüslerin üst düzey yetkililerinin İstanbul Swissotel'de yaptıkları toplantılarda, teşebbüsler arasındaki anlaşmayı açıkça ifade ettikleri,Rekabet Kurulunun çimento ve seramik sektörlerinde verdiği idari para cezalarından bahisle Rekabet Kurulu açısından "anlaşma dökümanının" alt kademelere verilmemesi gerektiğine dikkat çektikleri, anlaşmanın kapsamı ve temel prensipleri üzerinde karşılıklı olarak görüşmelerde bulundukları, ...'de ele geçirilen belgelerde "...'la anlaşma ilişkilere devam edelim" ve "Kuvvetli bayilik bize uygun değil. Bayi işi getirince almak istiyor. YT mutabakatı engel teşkil ediyor" ifadeleri ve ticari konular üzerinde ayrıntılı bir şekilde mutabakata varıldığını gösteren belgeler, taraflar arasındaki anlaşmanın varlığını kanıtlamakta olup, bazı belgelerdeki ifadelerden tarafların, piyasa şartlarında oluşması gereken kararlarını doğrudan etkileyecek şekilde esaslı ticari unsurlar üzerinde görüştükleri, uzlaşmaya varmaya çalıştıkları ya da vardıkları, tarafların satış fiyatlarını ve iskonto, satış vadesi gibi fiyatı etkileyen unsurları birlikte tespit etmeye çalıştıkları, bu amaca yönelik olarak aralarında bu unsurlar hakkında müzakerede bulundukları, birbirlerinin fiyat hareketlerini çok yakından takip ettikleri ve kendi fiyat listelerini rakip teşebbüslere ilettikleri, fiyat ve fiyatı oluşturan unsurların piyasa şartları dışında tespitine yönelik görüşme ve kararlar ile genel fiyat listelerinin uyumlaştırılmasının ya da fiyatların ve satış koşullarının bölge, il ya da müşteri bazında tespit ve takibinin amaçlandığı, ..., Türk ..., Antalya ... ve Gaziantep ...'un birbirlerinin üretim ve satış miktarları, üretim kapasitelerinin kullanımı, ulusal ya da bölgesel pazar payları hakkında görüştükleri ve bu parametreleri birlikte tespit ve takip ettikleri, bölge ya da il bazında coğrafi pazar paylaşımına gittikleri, bu belgelerde, söz konusu tarafların hangi il ya da bölgede hangi teşebbüsün faaliyet göstereceğini, hangi miktarda ya da oranda satış yapacağını tespit ettikleri ve konuyla ilgili tüm bölgeler ve iller bazında ayrıntılı listeler hazırladıkları, bu belgelerin bir kısmında ise eldeki veriler çerçevesinde bazı karşılaştırmaların yapıldığı, ülke genelinde bölge ya da il bazında satış miktarı, pazar payı gibi temel parametreler üzerinde taraflar arasında varılan mutabakat rakamlarının, fiilen gerçekleşen satış miktar ve oranları ile büyük ölçüde uyum gösterdiği, bir başka ifadeyle taraflar arasındaki anlaşmanın uygulandığı, teşebbüslerin coğrafi pazar paylaşımı dışında müşteri ya

da iş paylaşımına gittikleri, müşteri bazında fiyat ve miktar bilgilerini birbirlerine aktardıkları, bu bağlamda müşteri, sipariş ve sevk bilgilerini yakından takip ettikleri, mevcut belgelerin tamamına yakınının tarafların ticari kararlarını etkileyecek bir iletişim ve koordinasyon içinde oldukları ve bu çerçevede tarafların üst ve orta düzey yöneticilerinin sıklıkla bir araya geldikleri ve temas halinde oldukları, merkezi Ankara'da bulunan ve söz konusu teşebbüslerin üye olduğu Türkiye Gazbeton Üreticileri Birliği'nin (GÜB) bu iletişim ve koordinasyonu büyük ölçüde kolaylaştırdığı, tarafların GÜB çatısı altında yalnızca teknik ya da sektörel sorunları değil, aynı zamanda rekabeti sınırlayıcı nitelikte işbirliğine yönelik ticari konuları da görüştükleri,aralarındaki anlaşmanın etkinliğini kontrol amacıyla mutabakata varılan hususları denetledikleri, mutabakattan sapma olup olmadığını yakından izledikleri, sapmaları önlemek için zaman zaman rakip teşebbüsleri uyardıkları ve aralarında çıkan ihtilafları çözmeye çalıştıkları, öte yandan, anlaşmadaki sapmaların bir bölümünün bayilerin kontrol edilememesinden kaynaklandığı düşüncesinden hareketle, bayiler ile ilgili stratejiler geliştirmeye çalıştıkları,dolayısıyla Gaziantep ..., ..., Türk ... ve Antalya ...'un 2000 yılından itibaren başlayıp beş yıl süreyle, 4054 sayılı Kanunun 4. maddesinin (a), (b) ve (c) bentleri kapsamında rekabeti sınırlayıcı bir anlaşma ve eylem içinde bulundukları anlaşılmaktadır.

Bu durumda; ..., Türk ..., Antalya ... ve Gaziantep ...'un fiyat ve fiyatı oluşturan unsurları birlikte tespit etmeyi amaçladıkları; bölge, il ve müşteri paylaşımına gittikleri; üretim, satış miktarı, pazar payı gibi temel ticari parametreler üzerinde mutabakata vardıkları; rekabeti sınırlayıcı bir iletişim ve koordinasyonun içinde oldukları, üzerinde uzlaşmaya varılan ticari unsurlardan sapmayı tespit etmek ve önlemek amacıyla rakip ticari faaliyetleri yakından takip ettikleri ve mutabakat hususlarına ilişkin zaman zaman aralarında çıkan ihtilafları çeşitli yollarla çözmeye çalıştıkları, bu anlamda teşebbüsler arasında rekabeti sınırlayıcı ve birçok ticari unsuru kapsayan bir anlaşmanın mevcut olduğu ve uygulama alanı bulduğu anlaşıldığından, tesis edilen dava konusu Kurul kararının davacı şirkete ilişkin kısmında hukuka aykırılık görülmemiştir.

Öte yandan, 4054 sayılı Kanunun 4. maddesinde "de minimis" kuralına, bir başka ifadeyle 4. maddenin uygulanmasına yönelik bir pazar payı eşiğine yer verilmediğinden; bir anlaşma, eylem veya kararın bu madde kapsamına girip girmediğinin tespitinde taraf teşebbüslerin pazar gücüne bakılmasına, dolayısıyla ilgili pazarın tanımlanmasında gerek bulunmamaktadır.

İdari Para cezasının takdirinde, ...'nin ve Türk ...'un aktif ve belirleyici bir rol oynaması nedeniyle,ağırlaştırıcı unsur olarak dikkate alınarak,davacıya 2004 yılı net satışları üzerinden takdiren %3 oranında 1.127.051 YTL idari para cezası verildiği anlaşıldığından,para cezasının belirlenmesinde ölçülülük ilkesine de aykırılık bulunmadığı görülmektedir.

Açıklanan nedenlerle, yasal dayanaktan yoksun bulunan davanın reddine, yargılama giderlerinin davacı üzerinde bırakılmasına, Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi uyarınca belirlenen 1.100,00.-YTL avukatlık ücretinin davacıdan alınarak davalı idareye verilmesine,artan 10,00 YTL posta ücretinin istemi halinde davacıya iadesine, 25.11.2008 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

T.C.
D A N I Ş T A Y
Onüçüncü Daire
Esas No : 2006/5600
Kara r No : 2009/568

Özeti : **1-** 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'da, Kurul'un nihaî karara kadar ciddi ve telafi olunamayacak zararların ortaya çıkma ihtimalinin bulunduğu durumlarda, ihlâlden önceki durumu koruyucu nitelikte ve nihaî kararın kapsamını aşmayacak şekilde geçici tedbirler alabileceğinin öngörüldüğü,
2- Dava konusu Rekabet Kurulu kararı ile verilen geçici tedbir kararının, nihaî karardan daha fazla etkiye sahip olduğu, nihaî karar aşamasında ihlâlin olmadığı yolunda bir karara varılması durumunda şikâyet edilen yönünden güç durumlar doğacağı, ihlâlin saptanması halinde para cezası uygulanabileceği ve şikâyetçinin zararını tazmin olanağı bulunduğu anlaşıldığından, kurul kararının iptali hakkında.

Davacı **:** ... Uluslararası Fuarcılık ve Ticaret A.Ş
Vekili **:** Av. ...
Davalı **:** Rekabet Kurumu
Vekili **:** Av. ...
Davalı İdare Yanında
Davaya Katılan : ... Uluslararası Fuar ve Gösteri Hizmetleri Ltd Şti
Vekili **:** Av. ...

İstemin Özeti **:** Davacının, ... Uluslararası Fuar ve Gösteri Hizmetleri Ltd. Şti.'ne yönelik eylemleri dolayısıyla 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesini ihlâl ettiği yolundaki şikâyet üzerine, 4054 sayılı Kanun'un 9. maddesinin 4. fıkrası uyarınca geçici tedbir kararı verilmesine ilişkin 06.11.2006 tarih ve 06-81/1036-300 sayılı Rekabet Kurulu kararının;talep ettikleri kira bedelinin fahiş olmadığı, belirlenen kira bedelinden dolayı şikâyetçi firmanın herhangi bir zararı bulunmadığı, 4054 sayılı Kanunu ihlâl edici davranışları bulunmadığı ve ihtiyati tedbir kararının kendi içinde çelişen ve rekabeti ilkeleri ile bağdaşmayacak nitelikte olduğu öne sürülerek iptali istenilmektedir.

Savunmanın Özeti : Dava konusu kararda usul ve esas yönünden Yasaya aykırılık bulunmadığı davanın hukuki dayanaktan yoksun olduğu belirtilerek reddi gerektiği savunulmaktadır.

Danıştay Tetkik Hâkimi Erkan DEMİRTAŞ'ın Düşüncesi : Dava, davacının ... Uluslararası Fuar ve Gösteri Hizmetleri Ltd. Şti.'ne yönelik eylemleri dolayısıyla 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesini ihlâl ettiği yolundaki şikâyet üzerine, 4054 sayılı Kanun'un 9. maddesinin 4. fıkrası uyarınca geçici tedbir kararı verilmesine ilişkin 06.11.2006 tarih ve 06-81/1036-300 sayılı Rekabet Kurulu kararının iptali ve yürütmenin durdurulması istemiyle açılmıştır.

Dosyanın incelenmesinden, İstanbul Dünya Ticaret Merkezi A.Ş.'nin 1,2,3,4,5,6,7 ve 8 numaralı fuar salonlarının 1993 yılından beri davacı ... Uluslararası Fuarcılık ve Ticaret A.Ş tarafından ... adı altında kira karşılığı işletildiği, şikâyetçi ...'nin de 1993 yılından beri her yıl düzenli olarak ... Show'u ... fuar alanında düzenlediği, taraflar geçmiş yıllarda yaklaşık

benzer kira miktarı üzerinde anlaştıkları halde, ...'nın, ...'nin 2007 yılı için düzenlemek istediği ... Show Fuarı için sözleşme yapmak istediğinde sözleşme şartları öncekilerle aynı olmasına rağmen kira bedelini aynı fuar alanında bulunan diğer yerlerdeki artırım oranının yaklaşık altı katı olarak kabul edilmesi mümkün olmayan oranda arttırarak ...'nin faaliyetlerini imkansız hale getirerek, 4054 sayılı Yasanın 6. maddesi kapsamında hâkim durumunu kötüye kullanmak suretiyle rekabeti ihlâl ettiğinin iddia edilmesi ve geçici tedbir kararı alınması talebinde bulunulması üzerine Rekabet Kurumunca yaptırılan önaraştırma neticesinde hazırlanan 26.10.2006 tarih ve 2006/4-130/ÖA-06-CA sayılı önaraştırma raporunun 06.11.2006 tarihli Rekabet Kurulu toplantısında görüşülmesi sonucunda ... hakkında 06-81/1035-M sayılı Kurul kararı ile soruşturma açıldığı ve 06-81/1036-300 sayılı Kurul kararı ile dava konusu geçici tedbir kararının tesis edildiği anlaşılmaktadır.

...'nun, yatların yanaştığı Ataköy Marina'ya olan yakınlığı, iki karayoluna komşu olacak mesafede havaalanının tam karşısında yer alması ve tesislerden metro hattı geçmesi sayesinde sahip olduğu avantajlı konumu, kapalı-açık alan büyüklüğü, kapı genişliği, teknik ve teknolojik donanımı ve özellikle şikâyetçinin kiraladığı salonların 10 veya 11 metreyi geçen teknelerin sergilenmesi için gerekli vinçlerin kurulabilmesine uygun tavan yüksekliğine sahip, bir başka uluslararası fuar alanının bulunmadığı, başka fuar alanlarına teknelerin taşınmasının (teknelerin taşınması gereken yollarda yer alan ,köprü ve geçitlerin yüksekliğinin imkan vermemesi gibi sebeplerle) ve fuar sonunda geri getirilmesinin çok pahalı, hem de fuar alanlarının tavan yüksekliklerinin yeterli olmaması nedeniyle imkansız olduğu,bütün bu özellikleriyle alternatifsiz olduğu anlaşılmaktadır.

... tarafından fahiş fiyat istenmek suretiyle dolaylı yoldan salonların kiraya verilmesinin reddedilmesinin gerçek nedeni, ...'ın 9 Ağustos 2006 tarihli sektörü aydınlatmaya yönelik yazdığı yazıdan anlaşıldığına göre; ...'yi daha önce kendilerinin düzenlediği ... adlı fuarı çalmakla suçlamakta ve " ... Holding İcra Kurulu kararı ile hiç bir sektörde mazur görülemeyecek iş etiğine aykırı bu tutumundan ötürü ... firmasına düzenleyeceği fuarlarda salon tahsisi yapmama kararı " aldıklarını duyurmaktadırlar.

Bir nevi cezalandırma amacı güden bu yaklaşımın ...'yi ticarî açıdan çok zor durumda bırakabileceği, ayrıca ... tarafından fuar kirası olarak talep edilen fahiş bedel neticesinde ... Show fuarını ... tarafından işletilmekte olan salonlardan daha küçük olan ve ... tarafından işletilen 9. ve 10. salonlarda düzenlemek zorunda kalmasının ...'nin fuarının ticarî başarısının düşmesi, hatta ileriki yıllarda ...'nin ... Show fuarından elde ettiği cironun şirketin bütün faaliyetlerinden elde ettiği gelirin yıllar itibariyle (2001 %61-2002%73-...-2005%56) yarısından fazlasını oluşturduğu göz önünde bulundurulduğunda, ...'nin ilgili pazar dışına itilmesi sonucunun doğabileceği kanaatine ulaşıldığından, Rekabet Kurulunca 06.11.2006 tarihinde 06-81/1035 sayılı karar ile açılan soruşturma sonucunda alınacak nihaî karara kadar "ciddi ve telafi olunamayacak zararların ortaya çıkma ihtimali" bulunması nedeniyle, ihlâlden önceki durumu koruyucu geçici tedbir niteliğinde olmak üzere 4054 sayılı Kanunun 9.maddesinin 4. fıkrası uyarınca karar verilmesinde hukuka aykırılık bulunmamaktadır.

Davacının, ... Uluslararası Fuar ve Gösteri Hizmetleri Ltd. Şti.'ne yönelik eylemleri dolayısıyla 4054 sayılı Kanunun 6. maddesini ihlâl ettiği yolunda yapılan şikâyet başvurusu, Rekabet Kurulunun 19.09.2007 tarih ve 07-74/896-333 sayılı kararıyla reddedildiği anlaşılmakta ise de;dava konusu işlemin hukuka uygunluk denetimi tesis edildiği tarihteki koşullar ve hukuki durum dikkate alınarak yapılacağından,bu durum işlemi kusurlandırıcı olarak görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle, davanın reddi gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı Ünal DEMİRCİ'nin Düşüncesi : Dava; davacının, ... Uluslararası Fuar ve Gösteri Hizmetleri Ltd. Şti.'ne yönelik eylemleri dolayısıyla 4054 sayılı Kanunun 6. maddesini ihlâl ettiği yolundaki şikâyet üzerine, 4054 sayılı Kanunun 9. maddesinin 4. fıkrası uyarınca ve geçici tedbir kararı verilmesine ilişkin 06.11.2006 tarih ve 06-81/1036-300 sayılı Rekabet Kurulu kararının iptali istemiyle açılmıştır.

4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanunun "İhlale Son Verme" başlıklı 9. maddesinin birinci fıkrasında; Rekabet Kurulunun, bu Kanunun 4, 6 ve 7. maddelerinin ihlâl edildiğini tespit ederse ilgili teşebbüs veya teşebbüs birliklerine rekabetin tesisi ve ihlâlden önceki durumun korunması için yerine getirilmesi ya da kaçınılması gereken davranışları kapsayan bir kararı bildireceği belirtilmiş, son fıkrasında ise "Kurul, nihai karara kadar ciddi ve telafi olunamayacak zararların ortaya çıkma ihtimalinin bulunduğu durumlarda, ihlâlden önceki durumu koruyucu nitelikte ve nihai kararın kapsamını aşmayacak şekilde geçici tedbirler alabilir." kuralına yer verilmiştir.

Dosyanın incelenmesinden; başta İstanbul Ticaret Odası (İTO) olmak üzere Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği (TOBB), İstanbul Büyükşehir Belediyesi, İstanbul Sanayi Odası (İSO), İstanbul Ticaret Borsası (İTB) ve İktisadi Kalkınma Vakfı (İKV) iştiraki ile 1982 yılında Türk Ticaret Kanunu hükümlerine göre kurulan, şirket ortakları arasına daha sonra Bakırköy Belediyesi'nin de katıldığı bir anonim şirket olan İstanbul Dünya Ticaret Merkezi A.Ş.'nin İstanbul Atatürk Havalimanı karşısında 500 dönüm arazi üzerinde, 100,000 m2'lik bir alana yayılmış olan ve birbirleriyle bağlantılı bulunan mülkiyeti ...'ye ait 10 adet kapalı fuar salonu ve 30,000 m2 açık sergi alanı ile fuarcılık hizmeti verdiği, ...'nin 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7 ve 8 numaralı fuar salonlarının 1993 yılından beri davacı ... Uluslararası Fuarcılık ve Ticaret A.Ş tarafından ... adı altında kira karşılığı işletildiği, ...'ın da kiraladığı fuar alanında ağırlıklı olarak kendisinin fuar düzenlediği, ayrıca bu alanı fuar düzenlemek isteyen fuarcılık kuruluşlarına da kiraya vermek suretiyle işlettiği, şikâyetçi ...'nin de 1993 yılından beri her yıl düzenli olarak ... Show'u ... fuar alanında düzenlediği, taraflar geçmiş yıllarda yaklaşık benzer kira miktarı üzerinde anlaştıkları halde, ...'nın, ...'nin 2007 yılı için düzenlemek istediği ... Show Fuarı için sözleşme yapmak istediğinde sözleşme şartları öncekilerle aynı olmasına rağmen kira bedelini kabul edilmesi mümkün olmayan seviyede artırarak ...'nin faaliyetlerini imkansız hale getirmek suretiyle 4054 sayılı Kanunun 6. maddesi kapsamında rekabeti ihlal ettiğinin iddia edildiği ve geçici tedbir kararı alınması talebinde bulunulduğu, dava konusu karar ile de; "... tarafından İstanbul Dünya Ticaret Merkezinden kiralanan 8 adet salondan oluşan fuar alanının ... adı altında işletilmekte olduğu, Avrasya'nın en büyük fuar alanı olarak ifade edildiği, ...'nun, konumu, ulaşım-iletişim olanakları, kapalı-açık alan büyüklüğü, teknik ve teknolojik donanımı ve yönetimiyle dünyanın sayılı fuar merkezlerinden biri olarak gösterildiği, ... salonlarının yatların yanaştığı Ataköy Marina'ya olan yakınlığı, katılımcılar açısından ulaşım-iletişim olanaklarının kolaylığı, büyük yatların da sergilenmesine olanak veren kapalı alan büyüklüğü ve salon yüksekliği gibi teknik sebeplerden ötürü alternatifsiz olduğu, dolayısıyla ... tarafından fahiş fiyat istenmek suretiyle dolaylı yoldan salonların kiraya verilmesinin reddedilmesinin ...'yi ticari açıdan çok zor durumda bırakabileceğinin görüldüğü, ayrıca ... tarafından fuar kirası olarak talep edilen fahiş bedel neticesinde ... Show fuarını ... tarafından işletilmekte olan salonlardan daha küçük olan ve ... tarafından işletilen 9. ve 10. salonlarda düzenlemek zorunda kalan ...'nin fuarının ticari başarısının düşmesi, hatta ileriki yıllarda ...'nin ... Show fuarından elde ettiği cironun şirketin bütün faaliyetlerinden elde ettiği gelirin yarısından fazlasının oluşturduğu göz önünde bulundurulduğunda, ...'nin ilgili pazar dışına itilmesi sonucunun doğabileceği kanaatine ulaşıldığı belirtilerek 06.11.2006 tarihinde 06-81/1035 sayılı karar ile açılan soruşturma sonucunda alınacak nihai karara kadar "ciddi ve telafi olunamayacak zararların ortaya çıkma ihtimali" bulunması nedeniyle 9-25 Şubat 2007 tarihleri arasında taraflarca belirlenecek fuar sürecine yönelik olarak 1 ve 2 nolu holler için diğer salonların 2007 yılı kiralamasında dikkate alınan ekonomik ölçütlerin dikkate alınmasına, ihlâlden önceki durumu koruyucu geçici tedbir niteliğinde olmak üzere, Rekabet Kurulunun 06.11.2006 tarih ve 06-81/1036-300 sayılı kararı ile 4054 sayılı Kanunun 9. maddesinin 4. fıkrası uyarınca karar verildiği anlaşılmaktadır.

Uyuşmazlık konusu olayda, 9-25 Şubat 2007 tarihleri arasında taraflarca belirlenecek fuar sürecine yönelik olarak 1 ve 2 nolu holler için diğer salonların 2007 yılı kiralamasında dikkate alınan ekonomik ölçütlerin dikkate alınması yolundaki dava konusu

kararın, taraflar arasında uyuşmazlığın salonların kira bedelleri konusunda çıktığı, Rekabet Kurulunun 06.11.2006 tarih ve 06-81/1035-M sayılı kararıyla açılan soruşturmanın devam etmesi, ortada süren bir akdi durumun mevcut olmaması, verilen kararla kısa süreli olan fuarda kiralamanın hangi koşullarda yapılacağı belirlenmek suretiyle dönüşü olmayan inşai bir durum yaratılması, nihai karar aşamasında ihlâlin olmadığı yolunda bir karara varılması durumunda şikâyet edilen yönünden güç durumların doğması ihtimali, 4054 sayılı Kanunun ihlâl edildiğinin tespiti halinde ise Kanunda öngörülen para cezalarının uygulanabileceği ve şikâyetçinin zararlarını tazmin olanağının bulunduğu göz önüne alındığında, dava konusu kararın verilecek nihai karardan daha fazla etkiye sahip olduğu, dolayısıyla geçici tedbir niteliği taşımadığı sonucuna varılmaktadır.

Nitekim, davacının, ... Uluslararası Fuar ve Gösteri Hizmetleri Ltd. Şti.'ne yönelik eylemleri dolayısıyla 4054 sayılı Kanunun 6. maddesini ihlâl ettiği yolunda yapılan şikâyet başvurusu, Rekabet Kurulunun 19.09.2007 tarih ve 07-74/896-333 sayılı kararıyla reddedilmiş bulunmaktadır.

Bu durumda, dava konusu Rekabet Kurulunun 06.11.2006 tarih ve 06-81/1036-300 sayılı kararında hukuka uyarlık görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle dava konusu Rekabet 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 görüşüldü:

Dava, davacının, ... Uluslararası Fuar ve Gösteri Hizmetleri Ltd. Şti.'ne yönelik eylemleri dolayısıyla 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesini ihlâl ettiği yolundaki şikâyet üzerine, 4054 sayılı Kanun'un 9. maddesinin 4. fıkrası uyarınca geçici tedbir kararı verilmesine ilişkin 06.11.2006 tarih ve 06-81/1036-300 sayılı Rekabet Kurulu kararının iptali istemiyle açılmıştır.

4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanunun "İhlale Son Verme" başlıklı 9. maddesinin ilk fıkrasında; Rekabet Kurulunun, bu Kanunun 4, 6 ve 7. maddelerinin ihlâl edildiğini tespit ederse ilgili teşebbüs veya teşebbüs birliklerine rekabetin tesisi ve ihlâlden önceki durumun korunması için yerine getirilmesi ya da kaçınılması gereken davranışları kapsayan bir kararı bildireceği belirtilmiş, son fıkrasında ise "Kurul, nihai karara kadar ciddi ve telafi olunamayacak zararların ortaya çıkma ihtimalinin bulunduğu durumlarda, ihlâlden önceki durumu koruyucu nitelikte ve nihai kararın kapsamını aşmayacak şekilde geçici tedbirler alabilir." kuralına yer verilmiştir.

Yukarıda aktarılan yasa hükmünün değerlendirilmesinden; Rekabet Kurulu'nun nihai kararı beklemeden geçici tedbirler alabilmesi, 4054 sayılı Kanunun 4, 6 ve 7. maddelerinden birinin ihlâl edildiğine dair delillerin mevcut olması ve söz konusu ihlâl nedeniyle Rekabet Kurulunca verilecek nihai karara kadar ciddi ve telafi olunamayacak zararların ortaya çıkma ihtimalinin bulunması gerektiği şartına bağlanmış ve verilecek tedbir kararının çerçevesi de, ihlâlden önceki durumu koruyucu ve nihai kararın kapsamını aşmayacak şekilde olarak belirlenmiştir. Bu nedenle alınacak tedbir sadece ihlâlden önceki durumu koruyucu, ihlâlin devamını önleyici nitelikte olmalıdır. Nihai kararla, ihlâlden önceki durumun korunması için yerine getirilmesi ya da kaçınılması gereken davranışları kapsayan yeni bir hukukî durum yaratan bir karar alınabilmesi nedeniyle, tedbir kararıyla aynı nitelikte karar alınması halinde bunun tedbir niteliğinde bulunmayacağı aşikârdır. Dolayısıyla, kanun koyucu tarafından geçici tedbir ile ihlâlden önceki durumu koruyucu bir müdahale öngörülmüş, yeni hukukî durum yaratılması olanağı tanınmamıştır.

Dosyanın incelenmesinden, başta İstanbul Ticaret Odası (İTO) olmak üzere Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği (TOBB), İstanbul Büyükşehir Belediyesi, İstanbul Sanayi Odası İSO), İstanbul Ticaret Borsası (İTB) ve İktisadi Kalkınma Vakfı (İKV) iştiraki ile 1982 yılında Türk Ticaret Kanunu hükümlerine göre kurulan, şirket ortakları arasına daha sonra Bakırköy

Belediyesi'nin de katıldığı bir anonim şirket olan İstanbul Dünya Ticaret Merkezi A.Ş.'nin İstanbul Atatürk Havalimanı karşısında 500 dönüm arazi üzerinde, 100,000 M2'lik bir alana yayılmış olan ve birbirleriyle bağlantılı bulunan mülkiyeti ...'ye ait 10 adet kapalı fuar salonu ve 30,000 M2 açık sergi alanı ile fuarcılık hizmeti verdiği, ...'nin 1,2,3,4,5,6,7 ve 8 numaralı fuar salonlarının 1993 yılından beri davacı ... Uluslararası Fuarcılık ve Ticaret A.Ş tarafından ... adı altında kira karşılığı işletildiği, ...'ın da kiraladığı fuar alanında ağırlıklı olarak kendisinin fuar düzenlediği, ayrıca bu alanı fuar düzenlemek isteyen fuarcılık kuruluşlarına da kiraya vermek suretiyle işlettiği, şikâyetçi ...'nin de 1993 yılından beri her yıl düzenli olarak ... Show'u ... fuar alanında düzenlediği, taraflar geçmiş yıllarda yaklaşık benzer kira miktarı üzerinde anlaştıkları halde, ...'nın, ...'nin 2007 yılı için düzenlemek istediği ... Show Fuarı için sözleşme yapmak istediğinde sözleşme şartları öncekilerle aynı olmasına rağmen kira bedelini kabul edilmesi mümkün olmayan seviyede arttırarak ...'nin faaliyetlerini imkansız hale getirerek 4054 sayıl Yasanın 6. maddesi kapsamında rekabeti ihlal ettiğinin iddia edildiği ve geçici tedbir kararı alınması talebinde bulunulduğu,dava konusu karar ile de ; " ... tarafından İstanbul Dünya Ticaret Merkezinden kiralanan 8 adet salondan oluşan fuar alanının ... adı altında işletilmekte olduğu, Avrasya'nın en büyük fuar alanı olarak ifade edildiği, ...'nun, konumu, ulaşım-iletişim olanakları, kapalı-açık alan büyüklüğü, teknik ve teknolojik donanımı ve yönetimiyle dünyanın sayılı fuar merkezlerinden biri olarak gösterildiği, ... salonlarının yatların yanaştığı Ataköy Marina'ya olan yakınlığı, katılımcılar açısından ulaşım-iletişim olanaklarının kolaylığı, büyük yatların da sergilenmesine olanak veren kapalı alan büyüklüğü ve salon yüksekliği gibi teknik sebeplerden dolayı alternatifsiz olduğu, dolayısıyla ... tarafından fahiş fiyat istenmek suretiyle dolaylı yoldan salonların kiraya verilmesinin reddedilmesinin ...'yi ticari açıdan çok zor durumda bırakabileceğinin anlaşıldığı, ayrıca ... tarafından fuar kirası olarak talep edilen fahiş bedel neticesinde ... Show fuarını ... tarafından işletilmekte olan salonlardan daha küçük olan ve ... tarafından işletilen 9. ve 10. salonlarda düzenlemek zorunda kalan ...'nin fuarının ticari başarısının düşmesi, hatta ileriki yıllarda ...'nin ... Show fuarından elde ettiği cironun şirketin bütün faaliyetlerinden elde ettiği gelirin yarısından fazlasının oluşturduğu göz önünde bulundurulduğunda, ...'nin ilgili pazar dışına itilmesi sonucunun doğabileceği kanaatine ulaşıldığı gerekçesiyle, 06.11.2006 tarihinde 06-81/1035 sayılı karar ile açılan soruşturma sonucunda alınacak nihai karara kadar "ciddi ve telafi olunamayacak zararların ortaya çıkma ihtimali" bulunması nedeniyle, 9-25 Şubat 2007 tarihleri arasında taraflarca belirlenecek fuar sürecine yönelik olarak 1 ve 2 nolu holler için diğer salonların 2007 yılı kiralamasında dikkate alınan ekonomik ölçütlerin dikkate alınmasına, ihlâlden önceki durumu koruyucu geçici tedbir niteliğinde olmak üzere ", Rekabet Kurulunun 06.11.2006 tarih ve 06-81/1036-300 sayılı kararı ile;4054 sayılı Kanunun 9.maddesinin 4. fıkrası uyarınca karar verildiği anlaşılmaktadır.

Uyuşmazlık konusu olayda, 9-25 Şubat 2007 tarihleri arasında taraflarca belirlenecek fuar sürecine yönelik olarak 1 ve 2 nolu holler için diğer salonların 2007 yılı kiralamasında dikkate alınan ekonomik ölçütlerin dikkate alınması yolundaki dava konusu kararın, taraflar arasında uyuşmazlığın salonların kira bedelleri konusunda çıktığı, Rekabet Kurulunun 06.11.2006 tarih ve 06-81/1035-M sayılı kararıyla açılan soruşturmanın devam etmesi, ortada süren bir akdi durumun mevcut olmaması, verilen kararla kısa süreli olan fuarda kiralamanın hangi koşullarda yapılacağı belirlenmek suretiyle dönüşü olmayan inşai bir durum yaratılması, nihai karar aşamasında ihlâlin olmadığı yolunda bir karara varılması durumunda şikâyet edilen yönünden güç durumlar doğacağı ihtimali, 4054 sayılı Yasanın ihlâl edildiğinin tespiti halinde ise Yasada öngörülen para cezalarının uygulanabileceği ve şikâyetçinin zararlarını tazmin olanağının bulunduğu gözönüne alındığında, dava konusu kararın verilecek nihaî karardan daha fazla etkiye sahip olduğu bu suretle geçici tedbir niteliği taşımadığı saptanmaktadır.

Öte yandan,davacının ... Uluslararası Fuar ve Gösteri Hizmetleri Ltd. Şti.'ne yönelik eylemleri dolayısıyla 4054 sayılı Kanunun 6. maddesini ihlâl ettiği yolunda yapılan şikâyet

başvurusunun, Rekabet Kurulunun 19.09.2007 tarih ve 07-74/896-333 sayılı kararıyla reddedildiği anlaşılmaktadır.

Bu durumda, dava konusu Rekabet Kurulunun 06.11.2006 tarih ve 06-81/1036-300 sayılı kararında hukuka uyarlık bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle,dava konusu Rekabet Kurulunun 06.11.2006 tarih ve 06-81/1036-300 sayılı kararının iptaline,aşağıda dökümü yapılan 122,20.-YTL yargılama giderlerinin davalı idareden alınarak davacıya,Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi uyarınca belirlenen 575,00.-TL avukatlık ücretinin davalı idareden alınarak davacı vekiline verilmesine,artan 03,50-TL posta ücretinin istemi halinde davacıya iadesine,16.01.2009 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

TAM YARGI DAVALARI

T.C.
D A N I Ş T A Y
Onüçüncü Daire
Esas No : 2007/10326
Karar No : 2008/8324

Özeti : İhaleden yasaklama işleminin davacı şirketin ihalede hile yaptığının öne sürülerek tesis edilmesi, ancak bu işlemin yargı kararıyla hukuka aykırı bulunarak iptal edilmiş olması karşısında, davacı şirketin ticarî itibarının ve saygınlığının zedelendiğinin, manevî zarara uğradığının kabulü gerektiğinden, manevî tazminatın niteliği ve meydana gelen zararın ağırlığı da dikkate alınarak belirlenecek manevî tazminatın ödenmesine karar verilmesi gerekirken, işlemin idarenin olağan işlemlerinden olduğu, manevî tazminatı gerektirir nitelikte bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar veren mahkeme kararının bozulması hakkında.

Temyiz Eden (Davacı) **:** … Tic. Ltd. Şti.
Vekili **:** Av. …
Karşı Taraf (Davalı) **:** İçişleri Bakanlığı
İstemin Özeti **:** Ankara 2. İdare Mahkemesi'nin 08.11.2006 tarih ve E:2004/202, K:2006/2239 sayılı kararının; ihalelere katılmaktan yasaklama hakkındaki işlemin yargı kararıyla iptal edildiği, açılmış olan ceza davasından da beraat edildiği, davacının yedi ay çalışamaması sonucu personel giderleri yaptığı, krediler kullandığı, 11.450 YTL faiz ödediği, toplam 75.000 YTL harcama yaptığı, şirketin makina ve sermayesinin atıl kaldığı, toplam kazanç kaybının en az 200.000 YTL olduğu, Nato güvenlik belgesine sahip olunduğu halde çağrılı olunan ihalelere yasak nedeniyle katılamadığı, yasak kalktıktan sonra da hiçbir ihaleye davet alınmadığından belgenin işlevsiz hale geldiği, 2001 yılında vergi bakımından 3. sırada olunduğu halde 2002 yılında yasaklama nedeniyle zarar beyan edilmek zorunda kalındığı, somut ve belgeli zararların hesaplanabilir nitelikte olduğu, bilirkişi incelemesi yaptırılarak zararın hesaplanabileceği, yedi ay çalışamama nedeniyle manevi zarara da uğranıldığı, iş yapılan kurumlar ve rakip firmalar nezdinde ticari itibarın zedelendiği, ceza mahkemesinde haksız yere yargılanıldığı, şirket ortakları ve çalışanlarının

işlerini kaybetme endişesi yaşadıkları, mahkemece yasaklama kararının idarenin olağan işlemlerinden olduğu ve manevi zarar oluşturmayacağı şeklindeki gerekçesinin kabul edilemeyeceği, halen ihalelere davet edilmemenin yasak nedeniyle uğranılan manevi zararın devam ettiğini gösterdiği ileri sürülerek bozulması istenilmektedir.

Savunmanın Özeti: Temyiz isteminin reddi ile Mahkeme kararının onanması gerektiği savunulmaktadır.

Danıştay Tetkik Hâkimi Burcu SİNOPLU'nun Düşüncesi: Temyize konu mahkeme kararının manevi tazminat isteminin reddine ilişkin kısmının bozulması 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, Jandarma Genel Komutanlığı, İstanbul İli Tuzla Jandarma İstihkam İnşaat Grup Komutanlığı Emanet Komisyon Başkanlığı'nca yaptırılan Jandarma Tabur Komutanlığı ısı merkezi yapım işi ihalesine iştirak eden davacı şirketin 2886 sayılı Yasa'nın 84. maddesi uyarınca 1 yıl süreyle bütün ihalelere katılmaktan yasaklanmasına ilişkin 29.07.2002 tarih ve 24830 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan davalı idare işleminin yargı kararıyla iptal edilmesi üzerine yasaklı olarak iş yapılamayan döneme ilişkin olarak uğranıldığı ileri sürülen 100.000 YTL maddi, 100.000 YTL manevî zararın yasal faiziyle birlikte tazmini istemiyle açılmış; İdare Mahkemesi'nce, Jandarma Tabur Komutanlığı ısı merkezi yapım işinin 2886 sayılı Yasa'nın 81/b maddesine göre ihale edilmek üzere 19.04.2002 tarih ve 24731 sayılı Resmi Gazete'de ilan edildiği, aralarında davacı şirketin de bulunduğu 27 firmanın ihaleye iştirak ettiği, teklif mektuplarının açıldığı sırada davacı şirkete ait zarfların birinde bedel hanesi boş, diğerinde bedel hanesi doldurulmuş olmak üzere iki adet teklifin çıkması üzerine durumun tutanağa geçirildiği, davacı şirketin ihalenin gidişatına göre farklı bir teklif vermeyi planladığı belirtilerek ihalenin yapılmasında hile yaptığından bahisle, 2886 sayılı Yasa'nın 84. maddesine göre 1 yıl süreyle kamu ihalelerine katılmasının yasaklandığı, Ankara 11. İdare Mahkemesi'nin 07.04.2003 tarih ve E:2002/826, K2003/535 sayılı kararı ile bu işlemin iptal edilmesi sonrasında bakılan davanın açıldığının anlaşıldığı, davacının uğradığını iddia ettiği zararın kesin olmayıp muhtemel bir zarar olduğu ve hesaplanabilirlik niteliği bulunmadığı dikkate alındığında idarenin maddi tazminatla sorumlu tutulmasına olanak bulunmadığı, öte yandan, iptal edilen işlem idarenin olağan işlemlerinden olup, manevi tazminata hükmedilmesini gerektirir niteliği bulunmadığından bu istemin karşılanmasının da mümkün bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiş, bu karar davacı tarafından temyiz edilmiştir.

İdare Mahkemesi kararının, davanın maddi tazminat isteminin reddine ilişkin kısmı usul ve hukuka uygun olup temyiz dilekçesinde ileri sürülen nedenler kararın belirtilen kısmının bozulmasını gerektirecek nitelikte görülmemiştir.

Temyize konu kararın manevî tazminat istemine ilişkin kısmına gelince,

Manevî tazminat, kişilik haklarının ihlâli halinde meydana gelen eksilmenin, başka türlü giderim yolunun bulunmaması nedeniyle uğranılan manevi zararın kısmen de olsa giderilmesini sağlayan bir manevî tatmin aracıdır. Tüzel kişilerin kişilik haklarını, saygınlık, ticari itibar, sosyal ilişkiler bakımından sahip olunan değer, diğer kurumlar nezdindeki

algılanış, mesleki çevrelerdeki konum, güvenilirlik gibi değerler oluşturmaktadır. Tüzel kişiliğin, saygınlığını yitirmesine, değer kaybına uğramasına veya amaçlarını gerçekleştirmek bakımından zor duruma düşürülmesine yol açan hukuka aykırı tasarrufların manevi zarara yol açtığı kabul edilerek bu tür zararların tazmini gerektiği kuşkusuzdur.

Davacı şirket tarafından, Nato güvenlik belgesine sahip olunduğu, vergi dairesince yapılan yasaklama kararından önceki yıla ait Kurumlar Vergisi sıralamasında 3. sırada yer alındığı, davacının yıllardır saygın bir kuruluş olarak tanınan ve tercih edilen bir firma olduğu, ancak yasaklama kararının verilmesinden sonra belli istekliler arasında yapılan ihalelere ve askeri kurumlarca yapılan ihalelere davet edilmediği, yıllar süren emekle elde edilen ün ve itibarın kaybedildiği, Nato güvenlik belgesinin işlevsiz hale geldiği, iş ve müşteri çevrelerinde davacı şirkete şüpheyle bakıldığı, şirketin iflas etme ihtimali karşısında şirket ortakları ve çalışanlarının büyük moral çöküntü içine girdikleri ve işlerini kaybetme korkusu ve gelecek endişesi yaşadıkları, bu durumun davacı şirketin manevî şahsiyetini yıkıcı derecede olumsuz etkilediğinin ileri sürülmesi, yasaklama işleminin davacı şirketin ihalede hile yaptığı ileri sürülerek tesis edilmesi karşısında hukuka aykırı olduğu yargı kararıyla belirlenmiş olan yasaklama kararı nedeniyle davacı şirketin ticari itibarının ve saygınlığının zedelendiğinin, manevi zarara uğradığının kabulü gerektiğinden manevi tazminatın niteliği ve meydana gelen zararın ağırlığı da dikkate alınarak belirlenecek manevi tazminatın ödenmesi yönünde hüküm kurulması gerekirken İdare Mahkemesince, ihalelere katılmaktan yasaklamaya ilişkin işlemin idarenin olağan işlemlerinden olduğu ve manevî tazminata hükmedilmesini gerektirir nitelikte bulunmadığı gerekçesiyle manevi tazminat isteminin reddine karar verilmesinde hukuka uyarlık bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle, Ankara 2. İdare Mahkemesi'nin 18.11.2006 tarih ve E:2004/202, K:2006/2239 sayılı kararının, davanın maddi tazminat isteminin reddine ilişkin kısmının onanmasına, davanın manevî tazminat isteminin reddine ilişkin kısmının 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 49.maddesi uyarınca bozulmasına, bozulan kısım hakkında yeniden bir karar verilmek üzere dosyanın adı geçen Mahkeme'ye gönderilmesine, 26.12.2008 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

YARGILAMA USULÜ

T.C.
D A N I Ş T A Y
Onüçüncü Daire
Esas No : 2007/2394
Karar No : 2008/8330

Özeti : Özelleştirme Yüksek Kurulu'nun 02.04.2004 tarih ve 2004/22 sayılı kararı ile özelleştirme kapsam ve programına alınan Türkiye Elektrik Dağıtım A.Ş.'ye (TEDAŞ) ait Başkent Elektrik Dağıtım A.Ş.'ndeki %100 oranındaki kamu hissesinin blok olarak satış yöntemiyle özelleştirilmesine ilişkin ihale ilânı ile bu ilânın dayanağı kararın iptali istemiyle açılan davada; özelleştirme sonrasında gerekli yatırımların yapılacağının öngörüldüğü ve yatırım tutarının konulduğu, yabancılık sınırlamasına hem ihale ilânında hem de ihale şartnamesinde yer verilmiş olduğu, bağlı ortaklığın ait olduğu TEDAŞ hakkında

özelleştirme kapsam ve programına alınma kararı verildiği, bu nedenle Başkent Elektrik Dağıtım A.Ş. hakkında ayrıca bir karar alınmasına gerek bulunmadığı görüldüğünden ve işlemde hukuka ve kamu yararına aykırı bir durum da saptanmadığından davanın reddi hakkında.

Davacı : Elektrik Mühendisleri Odası
Vekili : Av. ...
Davalı : Başbakanlık Özelleştirme İdaresi Başkanlığı
Vekili : Av: ...

İstemin Özeti : Özelleştirme Yüksek Kurulu'nun 02.04.2004 tarih ve 2004/22 sayılı kararı ile özelleştirme kapsam ve programına alınan Türkiye Elektrik Dağıtım A.Ş'ye (TEDAŞ) ait Başkent Elektrik Dağıtım A.Ş.'ndeki %100 oranındaki kamu hissesinin blok olarak satış yöntemiyle özelleştirilmesine ilişkin ihale ilânı ile bu ilânın dayanağı kararın; özelleştirilen şirketin bulunduğu bölgenin kayıp-kaçak oranının Türkiye ortalamasının çok altında olduğu, önce bu bölgenin özelleştirilmesinin TEDAŞ'ın zararının artmasına neden olacağı gibi özelleştirmenin en önemli hedefi olarak sunulan kayıp-kaçak oranlarının düşürülerek hizmet kalitesinin yükseltilmesi hedefine de aykırı olacağı, alıcı şirketler tarafından yapılan yatırımların nasıl denetleneceğine ilişkin yeterli bir düzenleme bulunmadığı, yatırımların hiç ya da gereği gibi yapılmaması durumunda tarifeler yoluyla vatandaştan yapılmayan yatırım bedeli tahsil edileceği, bir kamu hizmeti olan elektrik dağıtım hizmetinin özel kişilere devredilmesinde imtiyaz sözleşmesi düzenlenmesi zorunluluğunun ortadan kaldırılamayacağı, ihale ilanında yabancılara yönelik kısıtlama getirilmediği ileri sürülerek iptali ve 4628 sayılı Kanun'un 3. maddesi ile 2. maddesinin 3. fıkrasının Anayasaya aykırı olduğu ileri sürülerek iptalleri için Anayasa Mahkemesi'ne başvurulması istenilmektedir.

Savunmanın Özeti: Dava konusu işlemin idari davaya konu edilebilecek kesin ve yürütülmesi gereken bir işlem niteliğinde olmadığı, davacının uyuşmazlık konusu işlem hakkında dava açma ehliyeti bulunmadığı, ihale ilanında yer alması zorunlu olan hususların Özelleştirme Uygulamalarında Değer Tespiti ve İhale Yönetmeliğinin 9. maddesinde kurala bağlandığı, sözü edilen ilanda bulunması gereken hususların ilanda mevcut olduğu, ihaleye katılabilmek için ön yeterlilik koşullarının neler olduğunun ihale ilanında bulunması gerekli bir zorunluluk olmadığı, kaldı ki bu hususa ihale şartnamesinde yer verildiği, kayıp kaçak oranı bakımından Türkiye Ortalamasının çok altında kalan bir çok şirketin özelleştirme ilanı henüz yayımlanmadığından kayıp kaçak oranlarının Türkiye ortalamasının altında olan bölgelerin özelleştirildiği iddiasının gerçeği yansıtmadığı, TEDAŞ ile dağıtım şirketleri arasında işletme hakkı devri sözleşmelerinin, 4628 sayılı Kanun'un 14. maddesinin 2. fıkrası hükmüne istinaden yapılmış olduğu ve imtiyaz usulüyle bir ilgisinin bulunmadığı, 4628 sayılı Kanun'un 14. maddesinin son fıkrasında, özelleştirme uygulamaları çerçevesinde, bu Kanunda belirtilen piyasa faaliyetlerinde yer alan gerçek ve tüzel kişilerden, yabancı gerçek ve tüzel kişilerin elektrik üretim, iletim ve dağıtım sektörlerinde sektörel bazda kontrol oluşturacak şekilde pay sahibi olamayacaklarının öngörüldüğü ve ihale ilanının 7. maddesinde hisselerin yurtdışında yerleşik taraflara satışının yürürlükteki yabancı sermaye mevzuatına, 4628 sayılı Elektrik Piyasası Kanununa ve ilgili diğer mevzuata tabi olduğunun belirtildiği, bu itibarla ihale ilanında yabancıların kontrolüne yönelik kurallara yer verilmediği iddiasının yersiz olduğu, ön yeterlilik koşullarının yerli şirketlerce sağlanamayacak düzeyde belirlendiği iddiasının da gerçekle bir ilgisinin buulnmadığı ileri sürülerek davanın usul ve esastan reddi gerektiği savunulmaktadır.

Danıştay Tetkik Hâkimi Fikret ERKAN'ın Düşüncesi: Dosyanın incelenmesinden, 4628 sayılı Kanun ve 4046 sayılı Kanun hükümleri ve Yüksek Planlama Kurulunun 17.3.2004 günlü ve 2004/3 sayılı kararı çerçevesinde, elektrik enerjisinin tüm

tüketicilere yeterli,kaliteli,sürekli ve düşük maliyetle sunulması amacına yönelik TEDAŞ'ın özelleştirme kapsam ve programına alınmasına ilişkin Özelleştirme Yüksek Kurulu kararına istinaden tesis edilen uyuşmazlığa konu Başkent Elektrik Dağıtım A.Ş.ndeki %100 oranındaki kamu hissesinin blok olarak satış yöntemiyle özelleştirilmesine ilişkin ihale ilânı ile bu ilânın dayanağı kararda mevzuata ve kamu yararına aykırılık bulunmadığı anlaşıldığından davanın reddi gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı Mehmet KARAOĞLU'nun Düşüncesi: Dava, Başkent Elektrik Dağıtım A.Ş.deki %100 oranında hissenin blok satış yöntemi ile özelleştirilmesine ilişkin ihale ilanı ve bu ilanın dayanağı 29.08.2006 tarih ve 976 sayılı Özelleştirme İdaresi Başkanlığı Kararının Başkent Elektrik Dağıtım A.Ş.'ye ilişkin kısmının iptali istemiyle açılmıştır.

Davalı idarenin usule yönelik iddiaları yerinde görülmemiştir.

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.

4046 sayılı Kanununun 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.

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, özelleştirme uygulamalarına dağıtım sektöründen başlanacağı belirtilen "Elektrik Enerjisi Sektörü Reformu ve Özelleştirme Stretejisi Belgesi" Yüksek Planlama Kurulu'nun 17.3.2004 tarih ve 2004/3 sayılı kararı ile onandıktan sonra, Özelleştirme Yüksek Kurulu'nun 2.4.2004 tarih ve 2004/22 sayılı kararı ile TEDAŞ'ın Özelleştirme programına alındığı, söz konusu Yüksek Planlama Kurulu Kararı gereği, Karar ekinde yer alan dağıtım bölgelerinin şirketleştirildiği ve Türkiye Elektrik Dağıtım A.Ş.'nın hissedarı olduğu ve dağıtım, perakende satış ve perakende satış hizmeti yürütülen şirketlerden birisi olan, Ankara, Kırıkkale, Zonguldak, Bartın, Karabük, Çankırı, Kastamonu illerinde görev yapmak üzere kurulan Başkent Elektrik Dağıtım A.Ş. ile TEDAŞ arasında

dağıtım varlıklarının işletilmesine ilişkin "İşletme Hakkı Devir Sözleşmesi" imzalandığı, Başkent Elektrik Dağıtım A.Ş.nin anılan Özelleştirme Kurulu Kararına istinaden hisse satış yöntemiyle özelleştirilmesi için 29.08.2006 tarih ve 976 sayılı Özelleştirme İdaresi Başkanlığı işlemi tesis edildiği , 1.9.2006 tarih ve 26276 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan ihale ilanı ile ihaleye çıkarıldığı ve ihale ilanında; Özelleştirme Uygulamalarında Değer Tespiti ve İhale Yönetmeliği'nin 9.maddesinde belirtilen hususlara yer verildiği, sözkonusu ihale ilanının 31 Ağustos 2006 tarihinde Hürriyet, 1 Eylül 2006 tarihinde Sabah, 2 Eylül 2006 tarihinde Zaman, 3.9.2006 tarihinde Vatan, 4.9.2006 günü Akşam, 5.9.2006'da Dünya, 6.9.2006'da Türkiye ve 7.9.2006 tarihinde de Referans gazetelerinde yayımlandığı ve ilanda,önyeterlilik değerlendirilmesi sonucunda önyeterlilik kriterlerini taşıdığına karar verilen katılımcıların tekliflerinin her bir şirket için en geç 15.12.2006 günü saat 16.00'ya kadar idare'ye vermeleri gerektiği, bu tarihten sonra verilen tekliflerin değerlendirmeye alınmayacağının, idarenin, teklif verme süresini uzatmakta serbest olduğunun belirtildiği, idarece; İnternet sayfasında, 20.9.2006 tarih ve 26295 sayılı Resmi Gazetede ve 19.9.2006 tarihli Hürriyet, 20.0.2006 tarihi Sabah, Vatan, Dünya, 21.9.2006 tarihli Türkiye, Referans ve 22.9.2006 tarihli Akşam, Zaman gazetelerinde de; sözkonusu ihalelere önyeterlilik başvurusunda bulunmak isteyen tüzel kişi ve ortak girişim gruplarının en geç 4.10.2006 günü saat 16.00 ya kadar idareye başvurmaları gerektiğinin, bu tarih ve saatten sonra yapılan başvuruların kabul edilmeyeceği, idarenin bu süreyi uzatma hakkını saklı tuttuğu hususunun duyurulduğu ve bahse konu ilanlarda tanıtım dökümanı ve ihale şartnamesi bedeli olarak yatırılması öngörülen 15.000. ABD Dolarının ya da ödeme tarihindeki TC. Merkez Bankası ABD Doları Döviz Satış Kuruna göre hesaplanacak YTL. karşılığının yatırılabileceğinin belirtildiği 6 adet banka hesap numarasından birisi olan "T.C.Ziraat Bankası A.Ş. Merkez Şube nezdinde bulunan 38775343/5005 nolu" Özelleştirme Fonu Vadesiz ABD Doları hesabının, 38777343/5005 olarak düzeltildiğinin "düzeltme ilanı" olarak ilan edildiği anlaşılmaktadır.

4628 sayılı Kanun ve 4046 sayılı Kanun hükümleri uyarınca tesis edilen Yüksek Planlama Kurulunun 17.3.2004 günlü ve 2004/3 sayılı kararı çerçevesinde, elektrik enerjisinin tüm tüketicilere yeterli,kaliteli,sürekli ve düşük maliyetle sunulması amacı doğrultusunda TEDAŞ'ın özelleştirme kapsam ve programına alınmasına ilişkin Özelleştirme Yüksek Kurulu kararına istinaden tesis edilen ve enerji maliyetinin düşmesi, enerji kaçaklarının azaltılması, elektrik enerjisi arz güvenliğinin ve kalitesinin sağlanması, elektrik üretim ve dağıtım varlıklarının verimli şekilde kullanılmasının sağlanabilmesi için gerekli olduğu anlaşılan dava konusu işlemlerde anılan kamu hizmetinin gereklerine ve mevzuata aykırılık saptanmamıştır.

Davacının diğer iddiaları ise yerinde görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle davanın reddine karar verilmesinin uygun olacağı düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Karar veren Danıştay Onüçüncü Dairesi'nce, Tetkik Hâkimi'nin açıklamaları dinlendikten ve dosyadaki belgeler incelendikten sonra işin gereği görüşüldü:

Dava, Özelleştirme Yüksek Kurulu'nun 02.04.2004 tarih ve 2004/22 sayılı kararı ile özelleştirme kapsam ve programına alınan Türkiye Elektrik Dağıtım A:Ş'ye (TEDAŞ) ait Başkent Elektrik Dağıtım A.Ş.'ndeki %100 oranındaki kamu hissesinin blok olarak satış yöntemiyle özelleştirilmesine ilişkin ihale ilânı ile bu ilânın dayanağı kararın iptali ve 4628 sayılı Kanun'un 3. maddesi ile 2. maddesinin 3. fıkrasının Anayasaya aykırı olduğu ileri sürülerek iptalleri için Anayasa Mahkemesi'ne başvurulması istemiyle açılmıştır.

Davacının 4628 sayılı Kanun'un 3. maddesi ile 2. maddesinin 3. fıkrasının Anayasaya aykırı olduğuna ilişkin iddiası ciddî görülmemiştir.

Davalı idarenin usule ilişkin itirazları yerinde görülmeyerek 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, malî 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 öngörülmüştür.

Özelleştirme yöntemleri, 4046 sayılı Kanunun 18. maddesi ile satış, kiralama, işletme haklarının verilmesi, mülkiyetin gayrî aynî hakların tesisi, gelir ortaklığı modeli ve işin gereğine uygun sair hukukî tasarruflar olarak düzenlenmiştir. Kanunun 3/c maddesinde ise özelleştirme kapsam ve programındaki kuruluşların yukarıda belirtilen özelleştirme yöntemlerinden hangisi ile özelleştirilecekleri Özelleştirme Yüksek Kurulu'nun takdirine bırakılmakla beraber, Kanunun 34. maddesi ile tanımlandığı üzere, sermayesinin tamamı Devlete ait olup, tekel niteliğindeki mal ve hizmetleri kamu yararı gözeterek üretmek ve pazarlamak üzere kurulan ve gördüğü bu kamu hizmeti dolayısıyla ürettiği mal ve hizmetler imtiyaz sayılan kamu iktisadî kuruluşlarının, Kanunun 1/f. maddesi ile temel kuruluş amaçlarına uygun mal ve hizmet üretim birimlerinin işletilmesi haklarının yalnızca bu Kanuna göre özelleştirilebileceği, bu kuruluşların mülkiyetinin devrine ilişkin hususların, kuruluşların gördükleri kamu hizmetinin esaslarına ve özelliklerine göre ayrı kanunlarla düzenleneceği belirlenmek suretiyle, bunların mülkiyet devri yönünden bir sınırlama getirilmiş bulunmaktadır.

Görüldüğü üzere, özelleştirme işlemlerini düzenleyen "Genel Kanun" niteliğinde olan 4046 sayılı Kanun, kamu hizmeti yürüten ve 233 sayılı Kanun Hükmünde Kararname (KHK) uyarınca kamu iktisadi kuruluşu (KİK) statüsünde olan kamu işletmelerinin ve tesislerinin mülkiyetin devri yöntemiyle özelleştirilmesini bu Kanun'un kapsamı dışında tutmakta, bunların mülkiyetin devri suretiyle yapılacak özelleştirilmelerinde, özelleştirme esas ve usullerinin, yürütülen kamu hizmetinin özellikleri dikkate alınarak özel kanunlarla düzenleneceğini öngörmektedir.

233 sayılı KHK kapsamında bir kamu iktisadi teşebbüsü (KİT) olan TEDAŞ aynı KHK'nin ekinde yer alan ve 4046 sayılı Kanun'un 35. maddesi uyarınca düzenlenen listede KİT olarak değil, iktisadi devlet teşekkülü (İDT) olarak belirlenmiştir.

Bu duruma göre, 4046 sayılı Kanun'un 35. maddesi uyarınca KİK statüsünde olmayan TEDAŞ ve bağlı ortaklıklarının mülkiyetin devri yöntemiyle özelleştirilmesinin, 4046 sayılı Kanundaki sınırlamaya tabi olmadığı kuşkusuzdur.

Nitekim özelleştirmenin hangi yöntemle yapılacağına ilişkin Danıştay 1. Dairesinin 26.11.2004 tarih ve E: 2004/444, K:2004/409 sayılı istişari görüşünde de, TEDAŞ'a ait dağıtım bölgelerinin dağıtım şirketi haline dönüştürülerek bu bölgelerde 49 yıl süreyle dağıtım lisansı ve işletme hakkı verilen şirket hisselerinin satış suretiyle özelleştirilmesinin mümkün olduğuna karar verilmiştir.

Dava dosyasının incelenmesinden, 17.03.2004 tarihinde Yüksek Planlama Kurulu'nun 2004/3 sayılı kararıyla onaylanarak yürürlüğe giren "Elektrik Enerjisi Sektörü Reformu ve Özelleştirme Stratejisi Belgesi" (Strateji Belgesi) ile elektrik dağıtım ve üretim alanları için özelleştirme girişimi başlatılarak özelleştirme uygulanmalarına dağıtım sektöründen başlanacağının belirtildiği, Strateji Belgesi'ndeki eylem planına uygun olarak Özelleştirme Yüksek Kurulu'nun (ÖYK) 02.04.2004 tarih ve 2004/22 sayılı kararıyla TEDAŞ'ın özelleştirme programına alındığı, bu kapsamda, söz konusu Yüksek Planlama Kurulu kararı

ekinde yer alan dağıtım bölgelerinin şirketleştirilmesinin tamamlanarak TEDAŞ'ın hissedarı olduğu ve dağıtım, perakende satış hizmeti yürüten 20 dağıtım şirketinin oluşturulduğu (Dava konusu Başkent Elektrik Dağıtım A.Ş.de bu 20 dağıtım şirketinden birisidir.), 4628 sayılı Kanun'nun 14. maddesinin 2. fıkrasında yer alan, "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." hükmü uyarınca TEDAŞ ile %100 hisselerine sahip olduğu 20 elektrik dağıtım şirketi arasında dağıtım varlıklarının işletilmesine yönelik "İşletme Hakkı Devir Sözleşmesi" nin imzalandığı, ÖYK'nın 07.11.2005 tarih ve 2005/125 sayılı kararıyla da; sermayesinin %100'ü TEDAŞ'a ait olan ve elektrik dağıtım bölgelerinde dağıtım lisansı ile TEDAŞ'ın uhdesinde bulunan dağıtım sisteminin işletme hakkına sahip olan veya ileride sahip olacak dağıtım şirketlerinin hisselerinin blok olarak satış yöntemi ile özelleştirilmesine karar verildiği, Özelleştirme İdaresi Başkanlığının 29.08.2006 tarihli Oluru çerçevesinde Başkent Elektrik Dağıtım A.Ş.'deki %100 oranındaki hisselerin blok olarak satış yöntemiyle özelleştirilmesi için ihaleye çıkıldığı anlaşılmaktadır.

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 dağıtım özelleştirilmelerinin kamu yararına ve hukuka uygun kabul edilebilmesi için, yukarıda yer verilen gerekçede ifade edildiği gibi özelleştirmenin gerekli yatırımların yapılmasını öngören bir özelleştirme olması gerekmekte olup, davacı tarafından da, dağıtım sisteminin özelleştirilmesi sonucu, hizmet kalitesinin yükseltilmesini amaçlayan yatırım ve iyileştirmelerin ihale şartnamesinde yeterince öngörülmediği ileri sürüldüğünden, dava konusu ihalenin bu açıdan değerlendirilmesi gerekli görülmüştür.

İhale Şartnamesi'nin "Alıcının Taahhüdü" başlıklı 17. maddesinin ikinci fıkrasında, alıcının, Şirketin dağıtım bölgesinde uygulanacak tarifeler, yatırımlar, hizmet kalitesi ve diğer elektrik piyasası faaliyetlerinde 4628 sayılı Kanun ve diğer mevzuat hükümlerine tabi olduğu düzenlenmiştir.

4628 sayılı Kanun'un 2. maddesinin (c) bendinin 8. fıkrasında, "4046 sayılı Kanun çerçevesinde yapılan özelleştirme sonrası elektrik dağıtım tesislerinin iyileştirilmesi, güçlendirilmesi ve genişletilmesi için yapılan yatırımların mülkiyeti kamuya aittir. Özelleştirilen elektrik dağıtım tesis ve varlıklarına ilişkin her türlü işletme ile yatırım plânlaması ve uygulamasında onay, değişiklik ve denetim yetkisi Kurul'a aittir. Kurul, hizmetin verilmesini sağlayacak yatırımların teklif edilmemesi halinde talep eder ve onaylanmış yatırımlar gerçekleştirilmediği takdirde lisans iptal edilerek yeniden ihale yapılır." hükmüne yer verilmiş, Elektrik Piyasası Lisans Yönetmeliği'nin 23. maddesinin ikinci fıkrasında da, dağıtım lisansı sahibi tüzel kişilerin, lisanslarında belirlenen bölgelerde kurulması öngörülen yeni dağıtım tesisleri için dağıtım yatırım planı yapmak, yeni dağıtım tesislerini kurmak, gerekli iyileştirmeleri yapmak, ilgili mevzuata uygun olarak dağıtım sistemini işletmek, bakım ve onarımını yapmakla yükümlü oldukları ifade edilmiştir.

Görüldüğü üzere, özelleştirme sonrasında gerekli yatırımların yapılması mevzuattan kaynaklanan bir zorunluluk olup, bu konuda denetim yapma görevinin Kanun'la Enerji Piyasası Düzenleme Kurulu'na verilmesi ve onaylanan tarifelere ilk uygulama döneminde (2006-2010) Başkent Elektrik Dağıtım A.Ş. için 390 milyon YTL yatırım tutarı konulması karşısında, davacının yatırıma yönelik iddiaları hukuki dayanaktan yoksun bulunmaktadır.

4046 sayılı Kanun'un 17/A -(a) bendi ile iktisadi devlet teşekküllerinin, bunların müessese, bağlı ortaklık, işletme, işletme birimleri ile varlıklarının ve iştiraklerindeki kamu

paylarının birlikte ve/veya ayrı ayrı özelleştirme kapsamına alınması konusundaki yetki Özelleştirme Yüksek Kurulu'na verilmiştir.

Bu düzenleme uyarınca, bir kuruluş ile bağlı ortaklıklarının ayrı ayrı özelleştirme kapsam ve programına alınması olanaklı olduğu gibi, bağlı ortaklığın ait olduğu kuruluşun özelleştirme kapsam ve programına alınmasıyla bağlı ortaklığın da özelleştirme kapsam ve programına alındığının kabulü gerektiğinden, davacının; 02.04.2004 tarih ve 2004/22 sayılı ÖYK kararının TEDAŞ ile ilgili olduğu, Başkent Dağıtım A.Ş.nin özelleştirme kapsam ve programına alınmasıyla ilgili bir ÖYK kararı bulunmadığına yönelik iddiasında isabet görülmemiştir.

Davacı tarafından, kayıp-kaçak oranlarının Türkiye ortalamasının altında olan bölgelerin özelleştirilmesinin kamu yararına aykırılık oluşturduğu ileri sürülmekte ise de; dava dosyasının incelenmesinden, 2007 yılı verilerine göre kayıp-kaçak oranlarının dava konusu Başkent Elektrik Dağıtım A.Ş.nde %11,1 olduğu, özelleştirme ilânına henüz çıkılmamış dağıtım şirketlerinden örneğin, Trakya EDAŞ için %7.9, Uludağ EDAŞ için %7.3 ve Osmangazi EDAŞ için ise %6.3 olduğu anlaşıldığından, davacı iddiasının dayanaktan yoksun olduğu açıktır.

4628 sayılı Kanun'un özelleştirme uygulamalarına dayanak oluşturan 14. maddesinin son fıkrasında, "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. " düzenlemesine yer verilmiştir.

Anılan hüküm ile yabancı gerçek ve tüzel kişilerin sektörel bazda; yani, üretim, iletim ve dağıtım sektörlerinin her birinde kontrol oluşturacak şekilde pay sahibi olmaları sınırlandırılmıştır.

Bu nedenle, yabancıların bir dağıtım bölgesinde çoğunluk hissesi sahibi olmalarına yasal olarak bir engel bulunmamakta olup, anılan sınırlandırmanın her bir dağıtım bölgesi için ayrı ayrı dikkate alınması gerektiğinden bahsetmek mümkün değildir.

Nitekim, 4628 sayılı Kanun'un 14. maddesinin değerlendirilmesine yönelik Rekabet Kurumu'nun 27.03.2006 tarih ve 882 sayılı görüşünde de; anılan maddenin yabancıların elektrik piyasalarında faaliyet gösteren teşebbüslerde çoğunluk hissesine sahip olmasına engel teşkil eden bir anlam içermediği, bu madde kapsamında yabancı gerçek ve tüzel kişilerin sektörel bazda kontrolü ele geçirmediği sürece bir veya birden fazla dağıtım şirketinde çoğunluk hissesine sahip olabileceği ifade edilmiştir.

Öte yandan, yabancılık sınırlamasına ilişkin düzenlemeye hem ihale ilânında hem de ihale şartnamesinde yer verilmiştir.

İhale ilânının 7. maddesinde, İhale Şartnamesi'nin ise 1. maddesinin 2. fıkrasında, hisselerin yurtdışında yerleşik taraflara satışının yürürlükteki yabancı sermaye mevzuatına, 4628 sayılı Elektrik Piyasası Kanununa ve ilgili diğer mevzuat tabi olduğu belirtilmiştir.

Bu durumda, Başkent Elektrik Dağıtım A.Ş.ndeki %100 oranındaki kamu hissesinin blok olarak satış yöntemiyle özelleştirilmesine ilişkin ihale ilânı ile bu ilânın dayanağı kararda mevzuata ve kamu yararına aykırılık bulunmamakta olup, davacının diğer iddialarında da dava konusu işlemleri sakatlayıcı bir yön görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle, yasal dayanağı bulunmayan davanın reddine, aşağıda dökümü yapılan 102,90.-YTL yargılama giderinin davacı üzerinde bırakılmasına, yürürlükte bulunan Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi uyarınca belirlenen 575,00.-YTL avukatlık ücretinin davacıdan alınarak davalı idareye verilmesine, artan posta giderinin istemi halinde davacıya iadesine 26.12.2008 tarihinde oybirliği ile karar verildi.