

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

BİRİNCİ DAİRE KARARLARI

DANIŞMA VE İDARİ UYUŞMAZLIKLARA İLİŞKİN KARARLAR

T.C.
DANIŞTAY
Birinci Daire
Esas No : 2008/1301
Karar No : 2009/96

Özeti : 5393 sayılı Belediye Kanununun 11 inci maddesinde belirtilen koşulların genel imar düzeni ve temel alt yapı hizmetleri yönünden gerçekleşmediği görüldüğünden bazı belediye ve köylerin tüzel kişiliklerinin kaldırılarak il belediyesi sınırları içine katılmasının uygun olmadığı hakkında.

Manisa İli, Merkez İlçeye bağlı Muradiye ve Yağcılar Belediyeleri ile Akgedik, Gürle, Emlakdere, Kayapınar, Karaali, Evrenos, Güzelköy, Veziroğlu ve Turgutalp Köylerinin tüzel kişiliklerinin kaldırılarak Manisa Belediyesi sınırları içine katılması hususunda düzenlenen ve İçişleri Bakanlığının 5393 sayılı Belediye Kanununun 11 inci maddesine göre görüş bildirilmesi isteğine ilişkin 27.10.2008 günlü ve 27542-55922 sayılı yazısıyla gönderilen dosya incelendi;

Gereği Görüşülüp Düşünüldü :

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

Dosyanın incelenmesinden, Dairemizin 7.5.2008 tarih ve E:2008/320, K:2008/509 sayılı iade kararı üzerine üç şehir plancısı tarafından hazırlanan "Manisa Belediyesi Sınır Genişletilmesi Talebi Ek Rapor" başlıklı raporda, kentin dar olan belediye sınırları dışına zorunlu olarak taşınması ve mücavir alan içinde gelişimini sürdürmesinin gerek alt yapı, gerek idari ve diğer hizmetlerde önemli sorunlara neden olduğu, Belediyenin uzun süreden bu yana sınırları içindeki alanların yanı sıra mücavir alan içindeki alanlara da hizmet verdiği, Belediyenin mali yapısına bir bütün olarak bakıldığında bütçenin büyük bir bölümünün hizmet ve yatırımlar için harcadığı, 2007 yılında hizmete yönelik gayrimenkul alım, kamulaştırma ve gayrimenkul üretim amaçlarıyla harcanan paranın bütçedeki payının %82,33, 2008 yılında ise bu oranın %75,95 düzeyinde olduğu, birleşme ile katılacak olan 2 belediye ve 9 köye götürülecek olan hizmetlere ilişkin plan ve projelerin bulunduğu, bunların başında atık su arıtma tesisi revizyonu ile çöp toplama ve katı atık bertaraf tesisi projelerinin bulunduğu, bu iki proje için Çevre ve Orman Bakanlığından hibe kredi alınması, İller Bankası Genel Müdürlüğünden uzun vadeli kredi alınması ve kalan kısımların belediye bütçesi olanaklarıyla

gerçekleştirilmesinin planlandığı, genişleme sonrası Belediye Bütçesinde İller Bankası payının %3,95 oranında, su gelirlerinin %5 oranında, emlak gelirlerinin 639.906 TL artacağı, bu gelir artışına, bütçe gelirleri arasında yer alan, düşük düzeydeki diğer gelirlerin de ayrıca ekleneceği, ancak Manisa Belediyesi sınırları içine katılacak alanlarda yapılacak, başta altyapı olmak üzere diğer tüm yatırımlar için elde edilen bu gelir artışının yeterli olamayacağı, bütçenin yeterli olmadığı konularda Manisa Belediyesi tarafından hibe ve kredi arayışlarının ayrıca sürdürüleceği belirtilerek raporun sonuç ve istem kısmında gerek genel imar düzeni ve gerekse temel alt yapı hizmetleri açısından Manisa belediyesi sınırlarının genişletilmesi ve talep edilen belde ve köylerin tüzel kişiliklerinin kaldırılarak mahalle haline getirilmesinin zorunluluk haline geldiği ifadesinin yer aldığı, Manisa Valiliğinin 16.10.2008 tarih ve 9466 sayılı yazısıyla, artan kentleşme ve sanayileşme hızı ile kent çevresinde sanayileşmeye paralel olarak hızla gelişen yapılaşma taleplerinin kontrol altına alınması, kontrolsüz ve plansız kentsel oluşum alanlarının engellenmesi, kentin katılması önerilen alanlarla birlikte planlanması, sağlıklı bir kentsel dokunun oluşması, gelişme alanlarında hizmet açısından kesikliğe ve kopukluğa yol açacak gelişmeleri önlemek amacıyla 5393 sayılı Belediye Kanununun 11 inci maddesi uyarınca sınırları Manisa Belediyesi sınırlarına 5.000 metreden daha yakın konumda bulunan Muradiye ve Yağcılar Belediyeleri ile Akgedik, Gürle, Emlakdere, Kayapınar, Karaali, Evrenos, Güzelköy, Veziroğlu ve Turgutalp köylerinin genel imar düzeni ve temel alt yapı hizmetlerinin gerekli kılması nedeniyle Manisa Belediye sınırlarına dahil edilmesinin uygun olacağını değerlendirildiği ve İçişleri Bakanlığının 27.10.2008 günlü ve 27542-55922 sayılı yazısıyla her hangi bir görüş belirtilmeksizin 5393 sayılı Belediye Kanununun 11 inci maddesi gereğince görüş bildirilmesi için dosyanın Dairemize gönderildiği anlaşılmaktadır.

Dosyada mevcut belgeler ile teknik raporların tetkikinden; Manisa ilinde 3337 hektar alanda nazım ve uygulama imar planlarının yapılmış olduğu, planlı olan bu alanın 2684 hektar bölümünün Manisa belediye sınırları içerisinde kaldığı, Manisa Belediyesi mücavir alan sınırları içerisinde kalan alanın ise 17.570 hektar olduğu, Çevre ve Orman Bakanlığınca yaptırılarak onanmış olan 1/100.000 ölçekli Çevre Düzeni İmar Planının Manisa ilini de kapsadığı anlaşılmaktadır.

3194 sayılı İmar Kanununun belediye ve mücavir alan sınırları içinde ve dışında kalan tüm alanlarda uygulanacağı ve mücavir alanların imar mevzuatı bakımından belediyelerin kontrol ve mesuliyeti altında verilmiş alanlar olduğu, "Çevre Düzeni Planı" ile Ülke ve bölge plan kararlarına uygun olarak konut, sanayi, tarım, turizm, ulaşım gibi yerleşme ve arazi kullanım kararlarının belirleneceği böylelikle kent boyutunda bir planlamanın da söz konusu olacağı imar mevzuatı ile hüküm altına alınmıştır. Sanayileşme ve kentleşme taleplerinin kontrol edilmesi ve plansız kentsel oluşumların engellenmesi bu plana uygun alt ölçekli planların yapılıp uygulanmasıyla mümkündür.

Bu itibarla Manisa Belediyesi mücavir alan sınırları içerisinde kalan Akgedik, Emlakdere Evranos, Gürle, Kayapınar ve Turgutalp köyleri ile Muradiye ve Yağcılar Beldelerinde Manisa Belediyesince imar düzeni bakımından kontrol ve uygulamada birliktelik sağlanabileceği gibi mücavir alan dışında kalan Güzelköy, Karaali ve Veziroğlu köyleri bakımından da Çevre Düzeni İmar Planı ile imar durumunun düzenlenebilmesi mümkündür. Ayrıca raporda bu köylerin toplam nüfusunun 1191 kişi olduğu ve her üç köyün de nitelikli tarım alanları içerisinde seyrek bir yapılaşmaya sahip oldukları belirtilmesine karşın tüzel kişiliklerinin kaldırılması talebi bu alanlardaki yoğun yapılaşma baskısına dayandırılmakta ancak bu köylerin Manisa Belediyesinin mahalleleri haline gelmesi durumunda oluşacağı belirtilen kentsel büyümenin getireceği yoğun yapılaşma ve sanayileşme hızının tarım toprakları, doğal çevre, Gediz Ovası ve Gediz Nehri bakımından oluşturacağı risk raporda teknik ve somut verilerle ortaya konulamamaktadır.

Temel altyapı hizmetlerinin gerekli kılması bakımından konuya yaklaşıldığında ise, "Atık Su Arıtma Tesisi" projesinin, Manisa Belediyesi mücavir alanı içerisinde bütüncül bir

yaklaşım ile ele alınarak, projelendirilmek suretiyle sürdürüldüğü, öte yandan Anayasanın 127 nci maddesi uyarınca çıkarılan ve belirli kamu hizmetlerinin görülmesi amacıyla mahalli idarelere birlik kurma imkanı tanıyan 5355 sayılı Mahalli İdare Birlikleri Kanununa göre oluşturulan Manisa İl Çevre Hizmetleri Birliği tarafından "Bölgesel Ortak Katı Atık Bertaraf Tesisi" yapımı ve işletilmesi işinin yürütülmekte olduğu, raporda söz konusu yatırımların yürütülmesini engelleyen bir tesbite yer verilmediği gibi yol, su ve kanalizasyon gibi altyapı tesislerinin çözülmesi bakımından oluşturulan diğer projelerin de somutlaştırılmadığı görülmektedir.

Öte yandan her ne kadar söz konusu belde ve köylerin katılımıyla Belediye gelirlerinden İller Bankası payı, su gelirleri ve emlak vergisinde kısmen artışların meydana geleceği belirtilmekte ise de katılımın gerçekleştirilmesi halinde % 3 oranında nüfus artışı, % 3.95 oranında İller Bankası payı, % 5 oranında su geliri ve 639.906 TL emlak geliri sağlanacağı ancak Belediye sınırlarının yaklaşık üç kat ölçüsünde artacağı düşünüldüğünde bu kadar geniş bir alanda mevcut belediye kaynakları ile hizmetlerin sağlıklı ve etkin bir şekilde yerine getirileceği konusunun tam olarak ortaya konulmadığı, belediye bütçesinin yeterli olmadığı konularda Manisa Belediyesi tarafından hibe ve kredi arayışlarının sürdürüleceği açıklamasının ise, sürekliliği gerekli olan kamu hizmetlerinin karşılanmasının, varlığı ve sürekliliği belli olmayan hibe ve kredi gibi gelir kaynaklarına bağlanamayacağı dikkate alındığında ekonomik gerekliliğin de somutlaşmadığı, söz konusu belediye ve köylerin tüzel kişiliklerinin kaldırılmasının imar düzeni ve temel altyapı hizmetleri bakımından gereklilik arzettiğinin yeterli nesnel ve gerçekçi verilerle desteklenmediği sonuç ve kanaatine varılmıştır.

Açıklanan nedenlerle 5393 sayılı Belediye Kanununun 11 inci maddesinde belirtilen koşulların genel imar düzeni ve temel alt yapı hizmetleri yönünden gerçekleşmediği görüldüğünden, Muradiye ve Yağcılar Belediyeleri ile Akgedik, Gürle, Emlakdere, Kayapınar, Karaali, Evrenos, Güzelköy, Veziroğlu ve Turgutalp Köylerinin tüzel kişiliklerinin kaldırılarak Manisa Belediyesi sınırları içine katılmasının uygun olmadığı görüşüyle dosyanın Danıştay Başkanlığına sunulmasına 19.1.2009 gününde, oyçokluğuyla karar verildi.

KARŞI OY

X- Dokuzuncu Beş Yıllık Kalkınma Planında, kırsal yerleşim birimlerinin parçalı ve dağınık bir yapıya sahip olmalarının, sosyal ve fiziki alt yapı hizmetlerinin etkin ve yaygın bir şekilde yerine getirilmesini sınırlandırdıkları vurgulanmıştır. Planda, kentsel altyapı yatırımlarının gerçekleştirilmesine belediyelerce verilecek mali ve teknik danışmanlık hizmetlerinin etkinleştirilmesi; belediyelerin içme suyu, kanalizasyon, atıksu arıtma tesisi ve katı atık bertaraf tesisi gibi altyapı ihtiyaçlarını belirleyecek altyapı ana planı ve finansman projelerinin hazırlanması, çevresel altyapı hizmetlerinin planlanması, projelendirilmesi, uygulanması ve işletilmesine ilişkin belediyelerin kapasitelerinin geliştirilmesi ilkeleri benimsenmiştir.

Anayasanın 126 ncı maddesinde Türkiye'nin merkezi idare kuruluşu bakımından coğrafya durumuna, iktisadi şartlara ve kamu hizmetlerinin gereklerine göre illere, illerin de diğer kademeli bölümlere ayrılacağı hükme bağlanmıştır.

Bu hüküm gereğince Türkiye'nin idari bölümlere ayrılmasında esas alınacak ölçütler, coğrafya durumu, iktisadi koşullar ve kamu hizmetlerinin gerekleridir.

5393 Sayılı Belediye Kanununun 11. maddesinde yer alan, genel imar düzeni veya temel altyapı hizmetlerinin gerekli kılmaması ilkesi ise, köylerin ve değişik statüdeki belde belediyelerinin üst ölçekteki belediye tüzel kişileri çatısı altında biraraya gelmelerinin ön koşulu değildir. Bu düzenleme, kaynak, araç ve personel yetersizlikleri nedeniyle bu temel hizmetlerin yapılamamasındaki engelleri bertaraf etmeye yöneliktir.

Haberleşme ve ulaşımın sağladığı olanaklar dikkate alındığında aynı havzada ve birbirine yakın mesafede bulunan yerel yönetim birimlerinin sahip oldukları kaynakların

belediye hizmetlerine olumlu katkı sağlayacağı yadsınamaz. Optimum ölçüde oluşmuş nüfus başına ödenen merkezi idare yardımlarıyla mali yönden güçlenmiş, araç ve personel tasarrufu sonucu yatırım yapılabilme kapasitesine ulaşmış bir belediyenin hem etkili hizmet sunacağı hem de hizmet sunumu açısından vatandaşın beklentilerine uygun düşeceği açıktır.

Güçsüz yapıları ile sürekli borçlanmak zorunda kalan belediyeler ile esasen belli bir geliri olmayan köylerin tüzel kişiliklerinin kaldırılarak yeni bir çatı altında toplanmaları sonucunda, imar planının hazırlanması ve uygulanması ile diğer temel altyapı hizmetlerinin (yol, su kanalizasyon ve katı atık v.b) daha hızlı bir biçimde halkın hizmetine sunulması sağlanabilecektir. Tek otorite tarafından kurulan bu hizmetlerin işletilmesi ve bakımının sürdürülebilirliği de böyle bir oluşumu zorunlu kılmaktadır. Başta su kaynakları olmak üzere, doğal kaynakların ve çevrenin korunması, katı atık yönetimi ve arıtma gibi oldukça maliyetli ve ileri teknoloji gerektiren projelerin parçalı ve dağınık yerel yönetimlerce tek başına gerçekleştirilmesi mümkün değildir.

Dosyadaki bilgi ve belgelerden, söz konusu yerel yönetimlerin (2 belde ve 9 köy) aynı havza içinde yer aldıkları, ortak bir coğrafi mekanı kullandıkları, mali kapasitelerinin yetersiz olduğu ve personel giderlerinden başka harcamalarının bulunmadığı anlaşılmıştır.

Açıklanan nedenlerle Muradiye ve Yağcılar Belediyeleri ile Akgedik, Gürle, Emlakdere, Kayapınar, Karaali, Evrenos, Güzelköy, Veziroğlu ve Turgutalp Köylerinin tüzel kişiliklerinin kaldırılarak Manisa Belediyesi sınırları içine katılması gerektiği görüşüyle çoğunluk kararına katılmıyoruz.

T.C.
DANIŞTAY
Birinci Daire

Esas No : 2009/221
Karar No : 2009/535

Özeti : 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun "Hapis cezasının ertelenmesi" ve "Belli hakları kullanmaktan yoksun bırakılma" başlıklı 51 inci ve 53 üncü maddeleri, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun "Hükmün açıklanmasının geri bırakılması" başlıklı 231 inci maddesi, lehe olan kanun hükümlerinin uygulanmasına dair 5237 sayılı Kanunun 7 nci maddesi, 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanunun 98 inci ve 101 inci maddeleri ve 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun yürürlükte bulunduğu dönemde işlenen 657 sayılı Kanunun 48 inci maddesinin A bendinin 5 inci alt bendi hükümleri dikkate alınarak, 765 sayılı Türk Ceza Kanununun 48 inci maddesinin A bendinin 5 inci alt bendinde sayılan suçlardan dolayı verilen, ancak tecil edilen mahkumiyet nedeniyle memuriyete son verilip verilmeyeceği hususunda düşülen duraksamanın giderilmesi hakkında.

5237 sayılı Türk Ceza Kanununun "Hapis cezasının ertelenmesi" ve "Belli hakları kullanmaktan yoksun bırakılma" başlıklı 51 inci ve 53 üncü maddeleri, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun "Hükmün açıklanmasının geri bırakılması" başlıklı 231 inci maddesi, lehe olan kanun hükümlerinin uygulanmasına dair 5237 sayılı Kanunun 7 nci maddesi, 5275

sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanunun 98 inci ve 101 inci maddeleri ve 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 48 inci maddesinin A bendinin 5 inci alt bendi hükümleri dikkate alınarak, 765 sayılı Türk Ceza Kanununun yürürlükte bulunduğu dönemde işlenen 657 sayılı Kanunun 48 inci maddesinin A bendinin 5 inci alt bendinde sayılan suçlardan dolayı verilen, ancak tecil edilen mahkumiyet nedeniyle memuriyete son verilip verilmeyeceği hususunda düşülen duraksamanın giderilmesi istemine ilişkin Başbakanlığın 6.2.2009 gün ve Kanunlar ve Kararlar Genel Müdürlüğü'nün 215/509 sayılı yazısına ekli Bayındırlık ve İskan Bakanlığının 14.10.2008 gün ve 205/4078 sayılı yazısında aynen;

"Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğü, Mersin ... Bölge Tapu Sicil Müdürlüğü emrinde ve 657 sayılı Yasa'nın 4/B maddesi kapsamında "Sözleşmeli büro personeli" olarak istihdam edilen ... hakkında, Mersin 2. Asliye Ceza Mahkemesince verilen 10.6.2004 tarihli ve E: 2004/271, K: 2004/582 sayılı mahkumiyet (Tecilli) kararı ilişik (Ek-1) de, Bu konuda Mersin Valiliği İl Emniyet Müdürlüğünden alınan 15.2.2008 tarihli ve 015915 sayılı yazı (Ek-2) de, bu konuda İdaremiz Personel Dairesi Başkanlığınca Hukuk Müşavirliği birimine yazılan görüş verilmesi istemli 28 .2.2008 tarihli ve 7540 sayılı yazı (Ek-3) de sunulmaktadır.

Bu personel hakkında; 765 sayılı (Mülga) Türk Ceza Kanunu'nun 95 inci maddesindeki tecil ile 5237 sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu'nun 51 inci maddesindeki erteleme hükümlerinden hangisinin uygulanması gerektiği konusunda ve yapılacak uygulamaya esas alınacak görüşlerinin bildirilmesi istemiyle Adalet Bakanlığı Ceza İşleri Genel Müdürlüğü'ne yazılan 8.5.2005 tarihli ve 2155 sayılı yazımız (Ek-4) de, bu yerden cevaben alınan 8.7.2008 tarihli ve 40057 sayılı yazı ile (Ek-5) de yer almaktadır.

Sözleşmeli personel çalıştırılmasına ilişkin olarak 28.6.1978 tarih ve 16330 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 6.6.1978 tarih ve 7/15754 sayılı Bakanlar Kurulu Kararının 9.2.1979 tarihinde değiştirilen 12. maddesi hükmüne göre, sözleşmeli olarak çalıştırılacakların, ilgili kurumun saptayacağı özel koşulların yanı sıra 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun değişik 48 inci maddesinin (A) fıkrasının 4,5,6 ve 7 inci bentlerinde belirtilen koşulları taşımaları da gerekmektedir.

Konuyla ilgili olarak Adalet Bakanlığı Ceza İşleri Genel Müdürlüğü'nden cevaben alınan söz konusu yazının sonuç kısmında,

"Bu itibarla;

1- 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 48/A maddesinin beşinci fıkrasında "affa uğramış olsalar bile" şeklinde başlayan ve tek tek sayılan suçlardan dolayı verilen ve tecil edilmiş mahkumiyetlerin Devlet memurluğuna atanmaya veya Devlet memuru görevini sürdürmeye engel teşkil edeceği,

2- Hakkında anılan suçlardan dolayı tecil edilmiş mahkumiyeti bulunan kişilerin deneme süresini iyi halli geçirmesi üzerine adli sicil kayıtları silinse bile, bu bilgiler arşiv kaydına alınacağından ve Adli Sicil Yönetmeliğinin 12 inci maddesi gereğince ilgili kurum ve kuruluşlar, Devlet memuru olarak istihdam edileceklerin arşiv bilgilerine ulaşabileceğinden, yapılacak müracaatlarda kişinin göreve alınıp alınmama veya kişinin göreve devam edip etmemesi hususunun değerlendirilmesinin muhatap idareye ait bir keyfiyet olduğu,

Lüzum görüldüğü takdirde 2575 sayılı Danıştay Kanunu'nun 23/e maddesi gereğince Danıştay Başkanlığından mütalaa talep edilebileceğinin düşünüldüğü" ifade edilmiştir.

Ancak; Adalet Bakanlığı yazısı sonuç kısmının birinci bendinde böyle bir durumdaki (Elektrik hırsızlığı suçundan tecil edilmiş mahkumiyeti bulunma) personelin tecil edilmiş mahkumiyeti yönünden Devlet memuru (Sözleşmeli personel olması gerekiyor.) görevini sürdürmeyeceği ifade edilmiş iken, yazının ikinci bendinde bu personelin göreve devam edip etmemesi hususunun muhatap idareye ait olduğu belirtilmekte her iki bendinde aslında birbiriyle çeliştiği kanaati hasıl olmuştur. Diğer taraftan; Adalet Bakanlığı yazısındaki sonuç kısmı birinci bendin, yazının beşinci sayfasında yer alan açıklamalarla da bizatihi çeliştiği düşünülmektedir.

Ayrıca; mahkumiyet (Ertelme) kararının verildiği tarih itibarıyla mer'i olan 765 sayılı mülga Türk Ceza Kanunu hükümlerinin, özellikle 95. madde yönünden ilgilisi için müktesep hak teşkil edip etmeyeceği yönünden herhangi bir değerlendirme yapılmadığı da görülmektedir. Halbuki Anayasanın 38 inci maddesinin "Kimse işlediği zaman yürürlükte bulunan kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılmaz; kimseye suçu işlediği zaman kanunda o suç için konulmuş olan cezadan daha ağır bir ceza verilemez."

Suç ve ceza zamanasını ile ceza mahkumiyetinin sonuçları konusunda da yukarıdaki fıkra uygulanır." hükmü karşısında böyle bir değerlendirmenin yapılmasında mutlak zaruret bulunduğu akla gelmektedir.

Diğer taraftan; aynı sebeplerle, 8.2.2008 tarihinde 5728 sayılı Yasa ile 657 sayılı Yasanın 48/A-5 maddesinde yapılan değişiklikle; tecilin, bu madde metninde sayılan bütün suçlara şamil hale geldiği hususu ile tecil müessesesini bütün yönleriyle açıklayan Danıştay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu'nun 15.11.1990 tarihli ve 1990/2-2 E-K sayılı kararında yer alan tespit ve değerlendirmelerin adı geçen personel hakkında mutlaka göz önünde bulundurulması gerektiği de düşünülmektedir. Kaldı ki; adı geçen personel geçici işçi statüsünde çalışmakta iken 21.4.2007 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanan 5620 sayılı Kanun'un 2 inci maddesine göre sözleşmeli personel statüsüne geçirilmiş olup, bu statüde çalışmakta iken belirlenen bir tecilli mahkumiyet kararına binaen, görevine son vermek değil, olsa olsa bu mahkumiyet hali ile de çalışmaya devam edebileceği önceki statüsüne iade edilmesi gerektiği de tarafımızca değerlendirilmektedir.

Belirtilen tüm bu sebeplerle, konunun bir kez de Danıştay Başkanlığınca incelenerek uygulamaya ve yapılacak işleme esas olacak nihai görüşünün alınması amacıyla, yazımız ve eklerinin 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 23/e maddesi gereğince Danıştay Başkanlığına havalesini arz ederim." denilmektedir.

Dairemizce yapılan çağrı üzerine gelen Başbakanlık Kanunlar ve Kararlar Genel Müdür Yardımcısı ..., Devlet Personel Başkanlığı Daire Başkanı ..., Uzman ..., Adalet Bakanlığı Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü Daire Başkanı ..., Adalet Bakanlığı Ceza İşleri Genel Müdürlüğü Tetkik Hakimi ..., Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğü Hukuk Müşaviri ... ile Bayındırlık ve İskan Bakanlığı Hukuk Müşaviri ...'ın açıklamaları dinlendikten sonra konu incelenerek,

Gereği Görüşölüp Düşünüldü :

5237 sayılı Türk Ceza Kanununun "Hapis cezasının ertelenmesi" ve "Belli hakları kullanmaktan yoksun bırakılma" başlıklı 51 inci ve 53 üncü maddeleri, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun "Hükmün açıklanmasının geri bırakılması" başlıklı 231 inci maddesi, lehe olan kanun hükümlerinin uygulanmasına dair 5237 sayılı Kanunun 7 nci maddesi, 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanunun 98 inci ve 101 inci maddeleri ve 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 48 inci maddesinin A bendinin 5 inci alt bendi hükümleri dikkate alınarak, 765 sayılı Türk Ceza Kanununun yürürlükte bulunduğu dönemde işlenen, 657 sayılı Kanunun 48 inci maddesinin A bendinin 5 inci alt bendinde sayılan suçlardan dolayı verilen, ancak tecil edilen mahkumiyet nedeniyle memuriyete son verilip verilmeyeceği hususunda düşölen duraksamanın giderilmesi istenilmektedir.

Konu, 657 sayılı Kanunun 48 inci maddesinin A bendinin 5 inci alt bendinde ve Türk Ceza Kanununda yapılan değişiklikler dikkate alınarak üç aşamada ele alınmıştır:

Birinci aşama, 657 sayılı Kanunun 18.1.1991 tarihine kadar yürürlükte kalan 48 inci maddesinin A bendinin 5 inci alt bent hükmü ile o tarihte yürürlükte bulunan 765 sayılı Türk Ceza Kanununun tecile ilişkin 95 inci maddesi hükmünün uygulanmasına ilişkindir. 657 sayılı Kanunun, 29.11.1984 tarih ve 243 sayılı KHK ile değişik 48 A-5 maddesi;

"Taksirli suçlar hariç olmak üzere ağır suç veya 6 aydan fazla hapis veyahut affa uğramış olsalar bile Devletin şahsiyetine karşı işlenen suçlarla zimmet, ihtilas, irtikap, rüşvet, hırsızlık, dolandırıcılık, sahtecilik inancı kötüye kullanma, dolanlı iflas gibi yüz kızartıcı veya şeref ve haysiyeti kırıcı suçtan veya istimal ve istihlak kaçakçılığı hariç kaçakçılık, resmi ihale

ve alım satımlara fesat karıştırma, Devlet sırlarını açığa vurma suçlarından dolayı hükümlü bulunmamak"

hükümünü içermektedir.

Danıştay İçtihatları Birleştirme Kurulunun 25.1.1991 tarihli Resmi Gazetede yayımlanan 15.11.1990 tarih ve E: 1990/2, K: 1990/2 sayılı kararında; yukarıda açıklanan hüküm, 765 sayılı Ceza Kanununun tecille ilgili hükümleri açısından ayrıntıları ile tartışılmış ve tecilde suç ayırımı yapılmayacağı, tecilin mahkumiyete bağlı ehliyetsizlikleri de kapsamına aldığı ve tecil edilmiş mahkumiyete bağlı ehliyetsizliğin, deneme süresi içinde uygulanmasının mümkün olmadığı, koşullara uygun olarak geçirilen deneme süresi sonunda mahkumiyetin esasen vaki olmaması sayılacağı, bu nedenle, tecil edilmiş mahkumiyetler esas alınarak Devlet memurlarının görevlerine son verilemeyeceği sonucuna varılmıştır.

İkinci aşama, 657 sayılı Kanunun 48 inci maddesinde 3697 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikle ortaya çıkan hukuki durumla ilgilidir. 657 sayılı Kanunun, 18.1.1991 tarihinde yürürlüğe giren 3697 sayılı Kanunla değişik 48-A-5 maddesi;

"Taksirli suçlar ve aşağıda sayılan suçlar dışında tecil edilmiş hükümler hariç olmak üzere, ağır hapis veya 6 aydan fazla hapis veyahut affa uğramış olsalar bile Devletin şahsiyetine karşı işlenen suçlarla, zimmet, ihtilas, irtikap, rüşvet, hırsızlık, dolandırıcılık, sahtecilik, inancı kötüye kullanma, dolaylı iflas gibi yüz kızartıcı veya şeref ve haysiyeti kırıcı suçtan veya istimal ve istihlak kaçakçılığı hariç kaçakçılık, resmi ihale ve alım satımlara fesat karıştırma, Devlet sırlarını açığa vurma suçlarından dolayı hükümlü bulunmamak"

hükümünü taşımaktadır.

Yapılan değişiklikle, 657 sayılı Kanunun 48-A-5 maddesine "aşağıda yazılı suçlar dışında tecil edilmiş hükümler hariç" ibaresi eklenerek anılan hükümde tek tek sayılan suçlarla ilgili olarak verilen tecil kararlarının memuriyete engel olduğu hususu düzenlenmiştir. Bir başka deyişle bu değişiklik, yukarıda açıklanan Danıştay İçtihatları Birleştirme Kurulunun E: 1990/2, K:1990/2 sayılı Kararının, 48-A-5 maddesinde tek tek sayılan suçlar açısından uygulanmayacağını ve bu suçlar nedeniyle tecil edilmiş mahkumiyetlerin, Devlet memurluğuna son verilmesini gerekli kıldığını hükme bağlamıştır.

Nitekim, 657 sayılı Kanunun 48-A-5 maddesindeki değişiklikle ilgili olarak Danıştay Birinci Dairesinin 9.10.1991 tarih ve E: 1991/130, K: 1991/301 sayılı kararında; " Sonuç olarak 18.1.1991 tarihinden önce işlenen suçlar nedeniyle verilen tecil edilmiş mahkumiyetlerin Danıştay İçtihatları Birleştirme Kurulu kararı karşısında, cezanın süresi veya şekli, suçun nev-i ayırımı yapılmadan Devlet memurunun görevine son verilmesini gerektirmeyeceği, bu şekilde görevine son verilenlerin de görevlerine dönebileceği, 3697 sayılı Kanunun yürürlüğe girdiği 18.1.1991 tarihinden sonra işlenen suçlarda ise, 657 sayılı Kanunun 48 inci maddesinin (A) bendinin 5 inci fıkrasında sayılan suçlar dışındaki bir suç nedeniyle 6 aydan fazla hapis veya ağır hapis cezası alıp, bu cezaları tecil edilmiş olanların görevlerine dönebilecekleri" yolunda görüş bildirilmiştir.

Uygulama bu yönde devam ederken Türk Ceza Hukukunda geniş kapsamlı değişiklikler yapılmış, 26.9.2004 tarih ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu, 4.12.2004 tarih ve 5271 sayılı Ceza Mahkemesi Kanunu ile 13.12.2004 tarih ve 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun yürürlüğe konulmuştur.

Üçüncü aşama, Türk Ceza Hukukunda yapılan yeni düzenlemeler karşısında, 657 sayılı Kanunun 48 inci maddesinin A bendinin 5 inci alt bendinde değişiklik yapılması sonucu oluşan yeni hukuki durumun değerlendirilmesine ilişkindir.

657 sayılı Kanunun 23.1.2008 tarih ve 5728 sayılı Kanunla değişik 48-A-5 maddesi;

"Türk Ceza Kanununun 53 üncü maddesinde belirtilen süreler geçmiş olsa bile kasten işlenen bir suçtan dolayı bir yıl veya daha fazla süreyle hapis cezasına ya da affa uğramış olsa bile devletin güvenliğine karşı suçlar, Anayasal düzene ve bu düzenin işleyişine karşı suçlar, milli savunmaya karşı suçlar, Devlet sırlarına karşı suçlar ve casusluk, zimmet, irtikap, rüşvet, hırsızlık, dolandırıcılık, sahtecilik, güveni kötüye kullanma, hileli iflas, ihaleye

fesat karıştırma, edimin ifasına fesat karıştırma, suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama veya kaçakçılık suçlarından dolayı mahkum olmamak "

şeklinde dir.

Bu de ğ iş ikl i k sonucunda; " tecil edilmiş h u k u m l e r h a r i ğ " ifadesiyle tecil m u e s s e s e s i n e y a p ı l a n g o n d e r m e k a l d ı r ı l m ı ř , y e n i T u r k C e z a K a n u n u n u n " B e l l i h a k l a r ı k u l l a n m a k t a n y o k s u n b ı r a k ı l m a " b a ř l ı k l ı 5 3 u n c u m a d d e s i n e a t ı f y a p ı l m ı ř , c e z a s u r e s i k o ř u l u y o n u n d e n a ğ ı r h a p i s c e z a s ı k a l d ı r ı l a r a k y e r i n e b i r y ı l v e y a u s t u h a p i s c e z a s ı g e t i r i l m i ř , s u ğ t u r u y o n u n d e n d e y e n i T u r k C e z a K a n u n u n d a k i s ı n ı f l a n d ı r m a y a u y g u n b e l i r l e m e y a p ı l a r a k s u ğ l a r s a y ı l m ı ř t ı r .

5237 sayılı yeni Ceza Kanununun "Belli hakları kullanmaktan yoksun bırakılma" baş l ı k l ı 5 3 u n c u m a d d e s i ;

"(1) Kişi , k a s t e n i ř l e m i ř o l d u ğ u s u ğ t a n d o l a y ı h a p i s c e z a s ı n a m a h k u m i y e t i n k a n u n i s o n u c u o l a r a k ;

a) S u r e k l i , s u r e l i v e y a g e ğ i c i b i r k a m u g o r e v i n i n u s t l e n i l m e s i n d e n ; b u k a p s a m d a , T u r k i y e B u y u k M i l l e t M e c l i s i u y e l i ğ i n d e n v e y a D e v l e t , i l , b e l e d i y e , k o y v e y a b u n l a r ı n d e n e t i m v e g o z e t i m i a l t ı n d a b u l u n a n k u r u m v e k u r u l u ř l a r c a v e r i l e n , a t a m a y a v e y a s e ğ i m e t a b i b u t u n m e m u r i y e t v e h ı z m e t l e r d e i s t i h d a m e d i l m e k t e n ,

b) S e ğ m e v e s e ğ i l m e e h l i y e t i n d e n v e d i ğ e r s i y a s i h a k l a r ı k u l l a n m a k t a n ,

c) V e l a y e t h a k k ı n d a n ; v e s a y e t v e y a k a y ı m l ı ğ a a i t b i r h ı z m e t t e b u l u n m a k t a n ,

d) V a k ı f , d e r n e k , s e n d i k a , ř i r k e t , k o o p e r a t i f v e s i y a s i p a r t i t u z e l k i ř i l i k l e r i n i n y o n e t i c i s i v e y a d e n e t ğ i s i o l m a k t a n ,

e) B i r k a m u k u r u m u n u n v e y a k a m u k u r u m u n i t e l i ğ i n d e k i m e s l e k k u r u l u ř u n u n i z n e t a b i b i r m e s l e k v e y a s a n a t ı , k e n d i s o r u m l u l u ğ u a l t ı n d a s e r b e s t m e s l e k e r b a b ı v e y a t a c i r o l a r a k i c r a e t m e k t e n ,

Y o k s u n b ı r a k ı l ı r .

(2) K i ř i i ř l e m i ř b u l u n d u ğ u s u ğ d o l a y ı s ı y l a m a h k u m o l d u ğ u h a p i s c e z a s ı n ı n i n f a z ı t a m a m l a n ı n c a y a k a d a r b u h a k l a r ı k u l l a n a m a z .

(3) M a h k u m o l d u ğ u h a p i s c e z a s ı e r t e l e n e n v e y a k o ř u l l u s a l v e r i l e n h u k u m l u n u n k e n d i a l t s o y u u z e r i n d e k i v e l a y e t , v e s a y e t v e k a y ı m l ı k y e t k i l e r i a ğ ı s ı n d a n y u k a r ı d a k i f ı k r a l a r h u k u m l e r i u y g u l a n m a z . M a h k u m o l d u ğ u h a p i s c e z a s ı e r t e l e n e n h u k u m l u h a k k ı n d a b i r i n c i f ı k r a n ı n (e) b e n d i n d e s o z k o n u s u e d i l e n h a k y o k s u n l u ğ u n u n u y g u l a n m a m a s ı n a k a r a r v e r i l e b i l i r .

(4) K ı s a s u r e l i h a p i s c e z a s ı e r t e l e n m i ř v e y a f i l i i ř l e d i ğ i s ı r a d a o n s e k i z y a ř ı n ı d o l d u r m a m ı ř o l a n k i ř i l e r h a k k ı n d a b i r i n c i f ı k r a h u k m u u y g u l a n m a z .

(5) B i r i n c i f ı k r a d a s a y ı l a n h a k v e y e t k i l e r d e n b i r i n i n k o t u y e k u l l a n ı l m a s ı s u r e t i y l e i ř l e n e n s u ğ l a r d o l a y ı s ı y l a h a p i s c e z a s ı n a m a h k u m i y e t h a l i n d e , a y r ı c a , c e z a n ı n i n f a z ı n d a n s o n r a i ř l e m e k u z e r e , h u k m o l u n a n c e z a n ı n y a r ı s ı n d a n b i r k a t ı n a k a d a r b u h a k v e y e t k i n i n k u l l a n ı l m a s ı n ı n y a s a k l a n m a s ı n a k a r a r v e r i l i r . B u h a k v e y e t k i l e r d e n b i r i n i n k o t u y e k u l l a n ı l m a s ı s u r e t i y l e i ř l e n e n s u ğ l a r d o l a y ı s ı y l a s a d e c e a d l i p a r a c e z a s ı n a m a h k u m i y e t h a l i n d e , h u k u m d e b e l i r t i l e n g u n s a y ı s ı n ı n y a r ı s ı n d a n b i r k a t ı n a k a d a r b u h a k v e y e t k i n i n k u l l a n ı l m a s ı n ı n y a s a k l a n m a s ı n a k a r a r v e r i l i r . H u k m u n k e s i n l e ř m e s i y l e i c r a y a k o n a n y a s a k l a m a i l e i l g i l i s u r e , a d l i p a r a c e z a s ı n ı n t a m a m e n i n f a z ı n d a n i t i b a r e n i ř l e m e y e b a ř l a r .

(6)"

B u m a d d e y e g o r e o z e t l e ;

K a s t e n i ř l e n m i ř o l a n s u ğ t a n d o l a y ı h a p i s c e z a s ı n a m a h k u m i y e t i n k a n u n i s o n u c u o l a r a k k i ř i , b i r i n c i f ı k r a d a s a y ı l a n h a k l a r ı k u l l a n m a k t a n y o k s u n b ı r a k ı l ı l a c a k ,

- M a h k u m o l d u ğ u h a p i s c e z a s ı n ı n i n f a z ı t a m a m l a n ı n c a y a k a d a r , k i ř i n i n h a k v e y e t k i y o k s u n l u ğ u s u r e c e k ,

- H a p i s c e z a s ı e r t e l e n s e b i l e u c u n c u f ı k r a d a s a y ı l a n i s t i s n a l a r h a r i ğ , y i n e b u h a k v e y e t k i l e r i k u l l a n m a k t a n y o k s u n b ı r a k ı l ı l a c a k ,

- B e ř i n c i f ı k r a d a k i k o ř u l l a r o l u ř t u ğ u n d a , c e z a n ı n i n f a z ı n d a n s o n r a i ř l e y e c e k s u r e i c i n d e d e h a k v e y e t k i y o k s u n l u ğ u d e v a m e d e c e k ,

- İnfaz tamamlandığında veya infazdan sonra verilen ek süre bittiğinde, kişinin hak ve yetki yoksunluğu ortadan kalkacaktır.

Ancak, 657 sayılı Kanunun 48 inci maddesinin A bendinin 5 inci alt bendinde geçen "Türk Ceza Kanununun 53 üncü maddesinde belirtilen süreler geçmiş olsa bile" ifadesi; bu alt bentde süre (bir yıl veya daha fazla süreli) yönünden belirlenen hapis cezasına veya tür (casusluk, zimmet, hırsızlık gibi) itibarıyla sayılan suçlardan dolayı mahkumiyet halinde, cezanın infaz süresi veya ek süre tamamlanarak hak ve yetki yoksunluğu kalksa bile, mahkumiyet kararı kalkmadığı için Devlet memurluğuna atama hakkını kazandırmamakta, nitelik kaybı nedeniyle memuriyete son verilmesini gerektirmektedir. Mahkumiyetin ertelenmiş olması da bu durumu değiştirmemektedir. Sonuç olarak, 657 sayılı Kanunun 48 inci maddesinin A bendinin 5 inci altbendi hükmü, bu hükümde belirlenen süreli hapis cezası veya nevi sayılan suçlardan mahkumiyet halinde, Devlet memurluğuna atanma ve memuriyeti sürdürme hak ve yetkisini süresiz olarak ortadan kaldırmaktadır.

5237 sayılı Türk Ceza Kanununun "Hapis cezasının ertelenmesi" başlıklı 51 inci maddesi ise;

"(1) İşlediği suçtan dolayı iki yıl veya daha az süreyle hapis cezasına mahkum edilen kişinin cezası ertelenebilir. Bu sürenin üst sınırı, fiili işlediği sırada onsekiz yaşını doldurmamış veya altmışbeş yaşını bitirmiş olan kişiler bakımından üç yıldır. Ancak, erteleme kararının verilebilmesi için kişinin;

a) Daha önce kasıtlı bir suçtan dolayı üç aydan fazla hapis cezasına mahkum edilmemiş olması,

b) Suçu işledikten sonra yargılama sürecinde gösterdiği pişmanlık dolayısıyla tekrar suç işlemeyeceği konusunda mahkemede bir kanaatin oluşması,

Gerekir.

(2) Cezanın ertelenmesi, mağdurun veya kamunun uğradığı zararın aynen iade, suçtan önceki hale getirme veya tazmin suretiyle tamamen giderilmesi koşuluna bağlı tutulabilir. Bu durumda, koşul gerçekleşinceye kadar cezanın infaz kurumunda çektirilmesine devam edilir. Koşulun yerine getirilmesi halinde, hakim kararıyla hükümlü infaz kurumundan derhal salıverilir.

(3) Cezası ertelenen hükümlü hakkında, bir yıldan az, üç yıldan fazla olmamak üzere, bir denetim süresi belirlenir. Bu sürenin alt sınırı, mahkum olunan ceza süresinden az olamaz.

(4)

(5)

(6)

(7) Hükümlünün denetim süresi içinde kasıtlı bir suç işlemesi veya kendisine yüklenen yükümlülükler, hakim uyarısına rağmen, uymamakta ısrar etmesi halinde; ertelenen cezanın kısmen veya tamamen infaz kurumunda çektirilmesine karar verilir.

(8) Denetim süresi yükümlülükler uygun veya iyi halli olarak geçirildiği takdirde, ceza infaz edilmiş sayılır. "

hükümünü içermektedir.

765 sayılı eski Türk Ceza Kanununun "tecil" ile ilgili 95/II maddesinde;

"Cürüm ile mahkum olan kimse hüküm tarihinden itibaren beş sene içinde işlediği diğer bir cürümden dolayı evvelce verilen ceza cinsinden bir cezaya yahut hapis veya ağır hapis cezasına mahkum olmazsa, cezası tecil edilmiş olan mahkumiyeti esasen vaki olmamış sayılır. Aksi takdirde her iki ceza ayrı ayrı tenfiz olunur." hükmü yer almaktadır.

5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 51 inci maddesi (erteleme) ile 765 sayılı Ceza Kanununun 95/II maddesi (tecil) hükümleri karşılaştırıldığında, doğurduğu sonuç açısından bu iki müessese arasındaki en önemli fark; ertelemeye, belirlenen denetim süresinin yükümlülükler uygun veya iyi halli olarak geçirilmesi durumunda "cezanın infaz edilmiş sayılması", tecilde ise hüküm tarihinden itibaren beş yıl içinde evvelce verilen ceza cinsinden

veya hapis cezasını gerektiren yeni bir suç işlenmediği takdirde tecil edilen "mahkumiyetin esasen vaki olmamış sayılması" dır. Ayrıca, ertelemeye denetim süresi içinde, 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 53 üncü maddesinin üçüncü fıkrası hükmü uyarınca, hak ve yetki yoksunluğu sürmekte; tecilde ise deneme süresi içerisinde mahkumiyete bağlı ehliyetizlikler, askıya alınmaktadır.

Bu nedenle, hukuki menfaat yönünden tecil, ertelemeye kıyasla kişinin lehinedir. Tecilin bu özelliği nedeniyle, Danıştay İçtihatları Birleştirme Kurulunun yukarıda değinilen 15.11.1990 tarih ve E: 1990/2, K: 1990/2 sayılı kararında, deneme süresi sonunda mahkumiyetin esasen vaki olmamış sayılacağı hükmünden hareketle tecil edilmiş mahkumiyetler esas alınarak Devlet memurlarının görevlerine son verilemeyeceği kabul edilmiştir.

Daha önce açıklandığı üzere ertelemeye, denetim süresince hak yoksunluğu askıya alınmamakta ve denetim süresi sonunda da ceza infaz edilmiş olmasına rağmen, mahkumiyet ortadan kalkmamaktadır. Ancak, bu hukuki boşluk, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 231 inci maddesinde düzenlenen "hükmün açıklanmasının geri bırakılması" müessesesi ile doldurulmuştur.

5271 sayılı Ceza Mahakemesi Kanununun "Hükmün açıklanması ve hükmün açıklanmasının geri bırakılması" başlıklı 231 inci maddesinin konumuzla ilgili görülen hükümleri aşağıya çıkarılmıştır:

Madde 231-(5) "Sanığa yüklenen suçtan dolayı yapılan yargılama sonunda hükmolunan ceza, iki yıl veya daha az süreli hapis veya adli para cezası ise; mahkemece, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilebilir. Uzlaşmaya ilişkin hükümler saklıdır. Hükmün açıklanmasının geri bırakılması, kurulan hükmün sanık hakkında bir hukuki sonuç doğurmamasını ifade eder"

Madde 231- (10) "Denetim süresi içinde kasten yeni bir suç işlenmediği ve denetimli serbestlik tedbirine ilişkin yükümlülüklerle uygun davranıldığı takdirde, açıklanması geri bırakılan hüküm ortadan kaldırılarak, davanın düşmesi kararı verilir."

Buna göre, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı, yüklenen suçtan dolayı kurulan hükmün, sanık hakkında bir hukuki sonuç doğurmamasını ifade etmekte, denetim süresinin koşulları uygun olarak geçirilmesi durumunda da açıklanması geri bırakılan hüküm ortadan kalkmakta ve ceza davası düşmektedir. Bir başka anlatımla, kişinin sanıklık durumu devam etmekte ve hakkındaki mahkumiyet kararı hiç açıklanmaksızın denetim süresi sonunda ceza davası ortadan kalkmaktadır.

Hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına ilişkin hükümler ile 765 sayılı mülga Türk Ceza Kanununun 95 inci maddesinde düzenlenen tecil hükümleri karşılaştırıldığında; beş yıllık denetim süresi sonunda, birinde kişi hakkındaki ceza davası düşmekte, diğerinde ise mahkumiyet esasen vaki olmamış sayılmakta ve denetim süresince hak yoksunluğu uygulanmamaktadır. Bu bakımdan doğurdıkları hukuki sonuç itibarıyla her iki müessese arasında benzerlik vardır.

Öte yandan, T.C. Anayasasının 38 inci maddesinin; "Kimse, işlediği zaman yürürlükte bulunan kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılamaz; kimseye suç işlediği zaman kanunda o suç için konulmuş olan cezadan daha ağır bir ceza verilemez." şeklindeki birinci fıkra hükmüyle aynı maddenin ikinci fıkrasındaki "Suç ve ceza zaman aşımı ile ceza mahkumiyetinin sonuçları konusunda da yukarıdaki fıkra uygulanır." hükmünün de konunun değerlendirilmesinde dikkate alınması gerekmektedir.

Somut olayda, Mersin ... Tapu Sicil Müdürlüğünde geçici işçi olarak çalışan kişinin, daha sonra 657 sayılı Kanunun 4/B maddesine göre sözleşmeli personel statüsüne geçirildiği, işçi statüsünde çalıştığı dönemde elektrik hırsızlığı suçundan Mersin 2 nci Asliye Ceza Mahkemesinde hakkında açılan dava sonucunda, Mahkemenin 10.4.2004 tarih ve E: 2004/271, K: 2004/582 sayılı kararıyla tecilli mahkumiyet kararı verildiği, sözleşmeli personel çalıştırılmasına ilişkin esasları düzenleyen 6.6.1978 tarih ve 7/15754 sayılı Bakanlar Kurulu

Kararının 12 inci maddesi hükmü uyarınca sözleşmeli personel statüsünde çalışanların da 657 sayılı Kanunun 48/A-5 bendinde belirtilen koşulları taşıması gerektiği anlaşılmaktadır.

Buradaki duraksama, 657 sayılı Kanunun 48 inci maddesinin A bendinin 5 inci alt bendinde sayılan hapis cezaları ve suçlar açısından 647 sayılı Cezaların İnfazı Hakkında Kanunun 6 ncı maddesi ile 765 sayılı Türk Ceza Kanununun 95 inci maddesinin yürürlükte bulunduğu dönemde verilen "tecil" kararlarının nasıl uygulanacağına ilişkindir.

657 sayılı Kanunun 48 inci maddesinin A bendinin 5 inci alt bendinde yer alan "Türk Ceza Kanununun 53 üncü maddesinde belirtilen süreler geçmiş olsa bile" ifadesi ile "Belli hakları kullanmaktan yoksun bırakılma" başlıklı 53 üncü maddeye ve 53 üncü maddenin üçüncü fıkrası ile de 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun "Hapis cezasının ertelenmesi" başlıklı 51 inci maddesine gönderme yapılmıştır. Bu gönderme, 765 sayılı Türk Ceza Kanununun yürürlükte bulunduğu dönemde verilmiş tecil kararlarının, etki ve sonuç bakımından halen görevde bulunan Devlet memurlarına uygulanmasına engel teşkil etmemektedir. Bir başka ifadeyle, ortada 5237 sayılı Ceza Kanununun 51 inci maddesine göre verilmiş bir erteleme kararı değil, 647 ve 765 sayılı Kanunlara göre verilmiş tecil kararı bulunmaktadır.

Bu bağlamda Anayasanın yukarıda açıklanan hükmü ve Danıştay İçtihatları Birleştirme Kurulunun 25.1.1991 tarih ve 20766 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan 15.11.1990 tarihli, E: 1990/2 ve 1990/2 sayılı kararı da dikkate alınarak 657 sayılı Kanunun 48 inci maddesinin A bendinin 5 inci alt bendinde belirtilen hapis cezaları ve sayılan suçlarla ilgili olarak 647 sayılı Cezaların İnfazı Hakkında Kanunun 6 ncı maddesi ile 765 sayılı Türk Ceza Kanununun 95 inci maddesinin yürürlükte bulunduğu dönemde verilmiş mahkumiyetin teciline ilişkin kararlar karşısında; tecil süresi sonunda mahkumiyet esasen vaki olmamış sayılacağından, 765 sayılı Kanunun 95 inci maddesi uyarınca deneme süresinin beklenmesi gerektiğinden, halen görevde bulunan personelin, 657 sayılı Kanunun 48 inci maddesinin A bendinin 5 inci alt bendi ile 98 inci maddesinin b bendi hükmü uygulanmak suretiyle görevine son verilemeyeceği sonucuna varılarak dosyanın Danıştay Başkanlığına sunulmasına 25.3.2009 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

T.C.
DANIŞTAY
Birinci Daire

Esas No : 2009/558

Karar No : 2009/823

Özeti : Mülkiyeti İSKİ Genel Müdürlüğüne ait olan taşınmazların adı geçen genel müdürlük tarafından satılıp satılamayacağı, satılabilecekse satışın hangi esas ve usullere göre gerçekleştirileceği hususlarında düşülen duraksamanın giderilmesi hakkında.

Mülkiyeti İSKİ Genel Müdürlüğüne ait olan taşınmazların adı geçen Genel Müdürlük tarafından satılıp satılamayacağı, satılabilecekse satışın hangi esas ve usullere göre gerçekleştirileceği hususlarında düşülen duraksamanın giderilmesi istemine ilişkin Başbakanlık Kanunlar Kararlar Genel Müdürlüğü'nün 6.4.2009 günlü, 1378 sayılı yazısına ekli İçişleri Bakanlığının 5.8.2008 gün ve 11131 sayılı yazısında aynen;

"Bakanlık Hukuk Müşavirliğinden, İstanbul Su ve Kanalizasyon İdaresi Genel Müdürlüğü'nün (İSKİ) mülkiyetinde bulunan taşınmazların satılıp satılamayacağı, taşınmazın satılması mümkün ise, satışın hangi esas ve usullere göre yapılacağı sorulmuştur.

Bilindiği üzere, 2560 sayılı İstanbul Su ve Kanalizasyon İdaresi Genel Müdürlüğü Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanunun 1 inci maddesinde, "İstanbul Büyük Şehir Belediyesinin su ve kanalizasyon hizmetlerini yürütmek ve bu amaçla gereken her türlü tesisi kurmak, kurulu olanları devralmak ve bir elden işletmek üzere İstanbul Su ve Kanalizasyon İdaresi Genel Müdürlüğü kurulmuştur.

İstanbul Su ve Kanalizasyon İdaresi, İstanbul Büyük Şehir Belediyesine bağlı müstakil bütçeli ve kamu tüzel kişiliğini haiz bir kuruluştur..."

İSKİ'nin görev ve yetkilerini düzenleyen 2 inci maddesinde, "İSKİ'nin görev ve yetkileri şunlardır;

e) Her türlü taşınır ve taşınmaz malı satın almak, kiralamak, ekonomik değeri kalmamış araç ve gereçleri satmak, İSKİ'nin hizmetleriyle ilgili tesisleri doğrudan doğruya yahut diğer kamu veya özel kuruluşlarla ortak olarak kurmak ve işletmek, bu maksatla kurulmuş veya kurulmakta olan tesislere iştirak etmek, ..."

Genel Kurulun görevleri ile ilgili 6 ncı maddesinin 1 inci fıkrasının (I) bendinde; "Yönetim Kurulunca ön incelemeleri yapılan yönetmelikleri inceleyip karara bağlamak,"

Yönetim Kurulunun görevleri başlıklı 9 uncu maddesinin 1 inci (e) bendinde, "Genel Müdürlükçe önerilecek satma, satın alma ve ihale işlemlerini karara bağlamak ve her bütçe yılında Genel Müdürlükçe yapılabilecek alım, ihale ve kira bedellerinin üst sınırını belirleyerek Genel Müdüre yetki vermek,"

Uygulanmayacak kanunları belirten 22 inci, maddesinde, "(Değişik; 7/2/1983-KHK 56/11 md; Aynen kabul: 23/5/1984- 3009/12 md.)

İSKİ'nin işlemleri 2886 sayılı Devlet İhale, 1050 sayılı Muhasebe-i Umumiye Kanunları ile bunların ek ve tadillerine tabi değildir.

Kuruluşun alım, satım ve ihalelerinde uygulanacak esas ve usuller bir yönetmelikle belirlenir."

Hükümleri yer almaktadır.

İSKİ İhale Yönetmeliğinin 1 inci maddesinde Yönetmeliğin amacının "2560 ve 3009 sayılı kanunlarla İstanbul Su ve Kanalizasyon idaresi Genel Müdürlüğü (İSKİ)'nin görev alanı içine giren her türlü taşınır mal, hizmet, alım, satım, yapım ile taşınmaz alımı, taşınmaz satımı, taşınmazlar üzerinde irtifak hakkı tesisi, taşıma işleri ile kiralari ve kiraya verme işleri müşavirlik kontrollük inşaat tesisat montaj tevsil, ıslah, bakım ve onarım ile proje yapımı ihalelerinde uygulanacak usul ve esasları düzenlemek" olduğu belirtilmektedir.

2886 sayılı Devlet İhale Kanununun 1 inci maddesinin birinci fıkrasında, "Genel bütçeye dahil dairelerle katma bütçeli idarelerin, özel idare ve belediyelerin alım, satım, hizmet, yapım, kira, trampa, mülkiyetin gayri ayni hak tesis ve taşıma işleri bu Kanunda yazılı hükümlere göre yürütülür."

Kaldırılan hükümlerle ilgili 94 üncü maddesinde, "a) 2/6/1934 tarih ve 2490 sayılı Kanun ile bu Kanunda ek ve değişiklikler yapan kanunlar,

b) (Değişik: 9/11/1983 - 2944/1 md) Diğer Kanunların (15/7/1964 tarih ve 500 sayılı Kanun ile 22/10/1981 tarih ve 2542 sayılı Kanun hariç) bu Kanuna uymayan hükümleri,

Yürürlükten kaldırılmıştır.",

Hükümleri mevcuttur.

4734 sayılı Kamu İhale Kanununun 1 inci maddesinde,. "Bu Kanunun amacı, kamu hukukuna tabi olan veya kamunun denetimi altında bulunan veyahut kamu kaynağı kullanan kamu kurum ve kuruluşlarının yapacakları ihalelerde uygulanacak esas ve usulleri belirtmektedir.

Kapsam başlıklı 2 inci maddesinin 1 inci fıkrasında, "Aşağıda belirtilen idarelerin kullanımında bulunan her türlü kaynaktan karşılanan mal veya hizmet alımları ile yapım işlerinin ihaleleri bu Kanun hükümlerine göre yürütülür."

Uygulanmayacak hükümleri düzenleyen 68'inci maddesinde, "a) Bu Kanun kapsamında yer alan işlerin ihalelerinde 8.9.1983 tarihli ve 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu hükümleri uygulanmaz.

b) Diğer kanunların 8.9.1983 tarihli ve 2886 sayılı Devlet İhale Kanunundan muafiyet tanıyan hükümleri ile bu Kanuna uymayan hükümleri uygulanmaz..."

Denilmektedir.

5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanununun taşınır ve taşınmaz satışı ile ilgili 46 ncı maddesinin 1 inci fıkrasında, "Genel bütçe kapsamındaki kamu idarelerinin her türlü taşınır ve taşınmazlarının satışına Maliye Bakanlığı yetkilidir. Satış bedelleri genel bütçeye gelir kaydedilir. Diğer kamu idarelerine ait taşınır ve taşınmazların elden çıkarılması özel kanunlarında belirtilen yetkili organlarının kararıyla mümkündür.

Yürürlükten kaldırılan hükümlerle ilgili 81 inci maddesinde bu Kanunun geçici maddelerindeki hükümler saklı kalmak kaydıyla (f) "Diğer kanunların bu Kanuna aykırı hükümleri yürürlükten kaldırılmıştır."

Hükmü bulunmaktadır.

Konu daha önce Bakanlığımız Mahalli İdareler Genel Müdürlüğünden sorulmuş, bu Genel Müdürlük 17.10.1988 tarih ve MİGM-THDB-TEŞK-521.87-34-355/24705 sayılı yazısında, "2560 sayılı Kanunun 2 inci maddesi ile İSKİ'nin görev ve yetkileri sayılırken taşınmaz satılması veya kiraya verilmesi'nden bahsedilmemektedir. Bu duruma göre İSKİ'nin mülkiyetinde bulunan taşınmazları satması veya kiralaması imkanı yoktur." şeklinde cevap vermiştir.

Yukarıda sıralanan mevzuat hükümleri çerçevesinde;

1- 2560 sayılı İSKİ Kanununda, İSKİ'nin görevlerinin sayma yoluyla belirlendiği, bunlar arasında taşınmaz alımları yer almasına rağmen taşınmaz satışı yer almadığı; bu düzenlemenin kanun koyucunun bir tercihi olduğu değerlendirildiğinde, Kanunun 9 uncu maddesi ile Yönetim Kuruluna verilen yetkinin 2 nci maddesinde sayılanlarla sınırlı olacağı ve İSKİ'nin taşınmaz satışı yapabilmesi için yasal düzenlemeye ihtiyaç duyulacağı,

2- Diğer taraftan, 2560 sayılı Kanunun 9 uncu maddesinde satım işlemleri için taşınır ve taşınmaz ayrımı yapılmadığı, İSKİ İhale Yönetmeliğinin 1 inci maddesinde de "taşınmaz satımı"nın yönetmelik kapsamına alındığı; 5018 sayılı Kanunun 46 ncı maddesine göre İSKİ için ilgili Kanunun 2560 sayılı Kanun olduğu ve bu Kanunun satış işlemlerini karara bağlama yetkisini Yönetim Kuruluna verdiği dikkate alındığında İSKİ'nin taşınmazlarını satabileceği,

İSKİ'nin taşınmaz satışını hangi Kanuna göre yapması gerektiği hususunda 2560 sayılı Kanunun 22 nci maddesi, 4734 sayılı Kamu ihale Kanununun 68 inci maddesi ve 2886 sayılı Kanunun 94 üncü maddesi birlikte değerlendirildiğinde; İSKİ'nin 2886 sayılı Kanuna tabi olmadığı hususunun son olarak 23/5/1984 tarihli 3009 sayılı Kanunla getirildiği, bu çerçevede hem özel kanun olan, hem de daha sonra yürürlüğe giren 2560 sayılı Kanun hükümlerinin uygulanması gerektiği; 4734 sayılı Kanunun ise daha sonra çıkan bir Kanun olması nedeniyle, 2560 sayılı Kanununun 2886 sayılı Kanuna muafiyet getiren hükümlerini 4734 sayılı Kanunun kapsamında olan "mal veya hizmet alımları ile yapım işleri" bakımından yürürlükten kaldırılacağı; ancak, 4734 sayılı Kanunun kapsamında bulunmayan "satış" işlemlerini etkilemeyeceği; İSKİ'nin kendi kanunu ve ihale yönetmeliğine göre taşınmaz satışı yapabileceği,

Düşünülmektedir.

Tüm bu değerlendirmeler çerçevesinde, 2560 sayılı Kanunda İSKİ'nin taşınmaz satışı yapabileceğine dair açık bir hüküm bulunmadığından, İSKİ'nin mülkiyetinde bulunan taşınmazları satın satamayacağı, satabilecekse satışın hangi esas ve usullere göre yapılacağı hususunda Danıştay Başkanlığının görüşüne ihtiyaç duyulmuştur. Yapılacak işlemlerin hukuka uygunluğunun sağlanması açısından önem taşıyan ve uygulamada tereddüt yaratan

konuya ilişkin olarak 2575 sayılı Danıştay Kanununun 42/f. Maddesi gereğince Danıştay 1. Dairesinden görüş alınmasının uygun olacağı değerlendirilmektedir.

Bilgi ve gereğini arz ederim. " denilmektedir.

Dairemizce yapılan çağrı üzerine gelen İçişleri Bakanlığı Hukuk Müşaviri ..., 1 inci Hukuk Müşavir Vekili ..., Mahalli İdareler Genel Müdürlüğü Genel Müdür Yardımcısı Dr. ..., Mahalli İdareler Genel Müdürlüğü Daire Başkanı ..., Maliye Bakanlığı Milli Emlak Genel Müdürlüğü Daire Başkanı ..., Maliye Bakanlığı Başhukuk Müşavirliği ve Muhakemat Genel Müdürlüğü Müşavir Hazine Avukatı ..., İSKİ Genel Müdürlüğü 1 inci Hukuk Müşaviri ..., İSKİ Genel Müdürlüğü Avrupa Bölge Emlak ve İstimlak Müdürü ... ve İSKİ Genel Müdürlüğü Genel Müdür Danışmanı ...'in açıklamaları dinlendikten sonra konu incelenerek,

Gereği Görüşülüp Düşünüldü :

İstem, mülkiyeti İSKİ Genel Müdürlüğüne ait olan taşınmazların adı geçen Genel Müdürlük tarafından satılıp satılamayacağı, satılabilecekse satışın hangi esas ve usullere göre gerçekleştirileceği hususlarında düşülen duraksamanın giderilmesine ilişkindir.

Anayasanın "Temel Haklar ve Ödevler" başlıklı ikinci kısmında yer alan 12 inci maddesinde, herkesin, kişiliğine bağlı, dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve hürriyetlere sahip olduğu, 13 üncü maddesinde temel hak ve hürriyetlerin özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilirliği, kişinin hakları ve ödevleri kısmında yer alan 35 inci maddesinde ise herkesin mülkiyet ve miras haklarına sahip olduğu, bu hakların, ancak kamu yararı amacıyla, kanunla sınırlanabileceği hükümlerine yer verilmiştir.

2560 sayılı İstanbul Su ve Kanalizasyon İdaresi Genel Müdürlüğü Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanunun 1 inci maddesinde, İstanbul Büyük Şehir Belediyesinin su ve kanalizasyon hizmetlerini yürütmek ve bu amaçla gereken her türlü tesisi kurmak, kurulu olanları devralmak ve bir elden işletmek üzere İstanbul Su ve Kanalizasyon İdaresi (İSKİ) Genel Müdürlüğünün kurulduğu, İSKİ'nin İstanbul Büyük Şehir Belediyesine bağlı müstakil bütçeli ve kamu tüzel kişiliğine haiz bir kuruluş olduğu belirtilmiş aynı Kanunun 2 nci maddesinin (e) fıkrasında "Her türlü taşınır ve taşınmaz malı satın almak, kiralamak, ekonomik değeri kalmamış araç ve gereçleri satmak, İSKİ'nin hizmetleriyle ilgili tesisleri doğrudan doğruya yahut diğer kamu veya özel kuruluşlarla ortak olarak kurmak ve işletmek, bu maksatla kurulmuş veya kurulmakta olan tesislere iştirak etmek" İSKİ'nin görev ve yetkileri arasında sayılmıştır.

5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanununun 2 nci maddesinde, bu Kanunun, merkezi yönetim kapsamındaki kamu idareleri, sosyal güvenlik kurumları ve mahalli idarelerden oluşan genel yönetim kapsamındaki kamu idarelerinin mali yönetim ve kontrolünü kapsadığı, tanımlar başlıklı 3 üncü maddesinin (a) bendinde "Genel yönetim kapsamındaki kamu idareleri" nin Uluslararası sınıflandırmalara göre belirlenmiş olan, merkezi yönetim kapsamındaki kamu idareleri, sosyal güvenlik kurumları ve mahalli idareler olduğu, (e) bendinde, "Mahalli idare"nin yetkileri belirli bir coğrafi alan ve hizmetlerle sınırlı olarak kamusal faaliyet gösteren belediye, il özel idaresi ve bunların kurdukları birlik ve idareler olduğu, 46 ncı maddesinde ise genel bütçe kapsamındaki kamu idarelerinin her türlü taşınır ve taşınmazlarının satışına Maliye Bakanlığının yetkili olduğu, satış bedellerinin genel bütçeye gelir kaydedileceği, diğer kamu idarelerine ait taşınır ve taşınmazların elden çıkarılmasının özel kanunlarında belirtilen yetkili organlarının kararıyla mümkün olduğu hükme bağlanmış ve yine aynı Kanunla İSKİ Sayıştay denetimine tabi kurumlar arasına alınmıştır.

2560 sayılı Kanunun 2 nci maddesinde İSKİ'nin görev ve yetkileri sayılırken taşınmazlarını satabileceğine veya satamayacağına ilişkin açık bir hükme yer verilmemekle birlikte, 2560 sayılı Kanuna dayanarak çıkarılan İSKİ İhale Yönetmeliğinin 1 inci maddesinde, Yönetmeliğin amacının, 2560 ve 3009 sayılı kanunlarla İstanbul Su ve Kanalizasyon İdaresi Genel Müdürlüğünün görev alanı içine giren her türlü taşınır mal, hizmet, alım, satım, yapım

ile taşınmaz alımı, taşınmaz satımı, taşınmazlar üzerinde irtifak hakkı tesisi, taşıma işleri ile kiralari ve kiraya verme işleri müşavirlik kontrollük inşaat tesisat montaj tevsil, ıslah, bakım ve onarım ile proje yapımı ihalelerinde uygulanacak usul ve esasları düzenlemek olduğu, 4 üncü maddesinde alım-satım ifadesinden kastın taşınır ve taşınmaz ile her türlü ihtiyaç maddeleri, hizmet ve hakların alım ve satımı olduğu belirtilerek taşınmaz malların ihale yoluyla satımına ilişkin hükümler getirilmiştir.

Kanun koyucunun iradesini açık olarak ortaya koymadığı bu tür durumlarda konunun genel hükümlere göre değerlendirilmesi gerekmektedir. 4721 sayılı Türk Medeni Kanununun 48 inci maddesinde tüzel kişilerin cins, yaş, hısımlık gibi yaratılış gereği insana özgü niteliklere bağlı olanlar dışında ki bütün haklara ve borçlara ehil oldukları belirtilmiştir. Bu durumda, kamu tüzel kişisi olan İSKİ'nin mülkiyetinde olan ve kamu hizmetine tahsis edilmeyen taşınmazlarını satabileceği sonucuna ulaşılmıştır. Satış işleminin TC Anayasasının 125 inci maddesi uyarınca idari yargı denetimine tabi olacağı açıktır.

Taşınmazların satışının hangi esas ve usullere göre gerçekleştirileceği konusuna gelince;

5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanununun 46 ncı maddesinde genel bütçe kapsamında olmayan diğer kamu idarelerine ait taşınır ve taşınmazların elden çıkarılmasına özel kanunlarında belirtilen yetkili organlarının karar vereceği hükme bağlanmış, 2560 sayılı Kanunun 3 üncü maddesinde İSKİ nin organları "genel kurul", "yönetim kurulu", "denetçiler" ve "genel müdürlük" olarak belirtilmiştir. İSKİ Genel Kurulunun görevleri arasında beş yıllık yatırım planını karara bağlamak, yıllık yatırım programlarını inceleyerek karara bağlamak, bütçeyi inceleyerek karara bağlamak, Mayıs ayı toplantısında, yönetim kurulunun bir önceki yıl çalışmalarına ilişkin faaliyet raporunu, bilançosunu ve denetçiler raporunu incelemek ve karara bağlamak, 10 yıldan fazla süreli veya 10 milyon TL den fazla bedelli kiralama, kiraya verme veya intifa sözleşmeleri için yönetim kuruluna izin vermek, Yönetim Kurulunun görevleri arasında ise, Genel Müdürlükçe önerilecek satma, satın alma ve ihale işlemlerini karara bağlamak ve her bütçe yılında Genel Müdürlükçe yapılabilecek alım, satım ihale ve kira bedellerinin üst sınırını belirleyerek Genel Müdüre yetki vermek sayılmıştır.

Buna göre, kiralama ve intifa sözleşmeleri için dahi Genel Kuruldan izin alınması gerekirken, mülkiyet hakkının bir başkasına devrine ilişkin satış işlemi için izin alınmaması anılan düzenlemenin amaç ve kapsamıyla bağdaşmayacağından 2560 sayılı Kanunun 9 uncu maddesinin (e) bendi uyarınca yönetim kurulu tarafından satışına karar verilen taşınmazların satımının gerçekleştirilebilmesi için öncelikle genel kurul kararı alınması ve genel kurulca verilen karar üzerine yönetim kurulunca satışa ilişkin ihale işlemlerinin yapılması gerektiği sonucuna ulaşılmaktadır.

2560 sayılı Kanunun 22 nci maddesinde, İSKİ'nin işlemlerinin 2886 sayılı Devlet İhale Kanununa tabi olmadığı, alım, satım ve ihale işlemlerinde uygulanacak esas ve usullerin bir yönetmelikle belirleneceği ifade edilmiş ve 23.11.1981 tarihinde alım, satım ve ihale işlemlerinde uygulanmak üzere İSKİ İhale Yönetmeliği çıkartılmıştır. Söz konusu Yönetmelik 2886 sayılı Devlet İhale Kanununda belirlenen usul ve esaslara paralel düzenlemeler içermektedir. Her ne kadar, 8.9.1983 tarih ve 2886 sayılı Kanundan sonra yürürlüğe giren ve "mal veya hizmet alımları ile yapım işleri" ihalelerini kapsamına alan 4.1.2002 tarih ve 4734 sayılı Kamu İhale Kanununun 68 inci maddesinin (b) fıkrasında, "Diğer kanunların 8.9.1983 tarihli ve 2886 sayılı Devlet İhale Kanunundan muafiyet tanıyan hükümleri ile bu Kanuna uymayan hükümleri uygulanmaz" hükmü yer almakta ise de bu hükmün, 4734 sayılı Kanun kapsamında yer alan mal veya hizmet alımları ile yapım işleri ihaleleri bakımından muafiyeti ortadan kaldırdığı, 2560 sayılı Kanunun 2886 sayılı Kanundan muafiyet tanıyan 22 nci maddesinin satış işlemleri bakımından yürürlüğünü sürdürdüğü açıktır.

Bu itibarla, İSKİ'nin mülkiyetinde bulunan ve kamu hizmetine tahsisli olmayan taşınmazların genel kurulun izni ve yönetim kurulunun ihale işlemleri ile ilgili olarak alacağı karar üzerine İSKİ İhale Yönetmeliği hükümleri uygulanarak satılabileceği sonucuna varılarak dosyanın Danıştay Başkanlığına sunulmasına 13.5.2009 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

T.C.
DANIŞTAY
Birinci Daire

Esas No : 2009/556
Karar No : 2009/865

Özeti : Gümrük Yönetmeliğinin 454 üncü, 455 inci ve 456 ncı maddelerinin verdiği yetki üzerine Türkiye Turing ve Otomobil Kurumunca düzenlenen triptik karnesi, gümrüklerden geçiş karnesi ve yabancı taşıtlar için geçici giriş karnesine ilişkin işlemlerin kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesi konusu olup olmadığı konusunda düşülen duraksamanın giderilmesi hakkında.

Gümrük Yönetmeliğinin 454 üncü, 455 inci ve 456 ncı maddelerinin verdiği yetki üzerine Türkiye Turing ve Otomobil Kurumunca düzenlenen triptik karnesi, gümrüklerden geçiş karnesi ve yabancı taşıtlar için geçici giriş karnesine ilişkin işlemlerin, kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesi konusu olup olmadığı konusunda düşülen duraksamanın giderilmesini isteyen Başbakanlığın 6.4.2009 tarih ve Kanunlar ve Kararlar Genel Müdürlüğü 1379 sayılı yazısına ekli Gümrük Müsteşarlığı Gümrükler Kontrol Genel Müdürlüğünün 2.12.2008 tarih ve 023047 sayılı yazısında aynen;

"İçişleri Bakanlığı Dernekler Dairesi Başkanlığının 10.01.2008 tarih ve 110 sayılı yazısı ekinde alınan, İçişleri Bakanlığı Mülkiye Başmüfettişi ... tarafından düzenlenen 21.02.2005 gün ve 25/1 sayılı İnceleme Araştırma Raporunun sonuç bölümünde;

Türkiye Turing ve Otomobil Kurumunun halen 5253 sayılı Dernekler Kanununa tabi bir dernek ve dolayısıyla bir özel hukuk tüzel kişisi olduğu, anılan Kuruma, Anayasa'nın 155 inci maddesi ve Danıştay Kanununun 23, 42 ve 46 ncı maddeleri gereğince, kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinin idare tarafından düzenlendikten sonra Danıştay'a gönderilmesi, Danıştay'ın uygun görüşünden sonra yürürlüğe girmesi gerektiği ve imtiyaz sözleşmesi düzenlenmeden yönetmelikle imtiyaz verilemeyeceği belirtilerek,

Türkiye Turing ve Otomobil Kurumuna Gümrük Yönetmeliğinin 454 üncü maddesi ile triptik karnesi, 455 inci maddesi ile gümrüklerden geçiş karnesi ve 456 ncı maddesi ile de yabancı taşıtlar geçici giriş karnesi düzenleme yetkisi veren maddelerinin yürürlükten kaldırılması ve bu hizmetlerin söz konusu belgeler yerine aynı Yönetmeliğin 453 üncü maddesi gereğince gümrük idarelerince taşıt giriş çıkış formu düzenlenerek yerine getirilmesi,

Ülkemizin taraf olduğu uluslararası sözleşmeler uyarınca gümrük konusunda düzenlenen belgelerle ilgili olarak kefil kuruluş tespiti ve bu kuruluşlara imtiyaz anlamına gelebilecek yetkiler verilmesi gerektiği hallerde ise, bunun için öncelikle ilgili mevzuatı gereği bu işin hangi kuruluşça yürütüleceğine ilişkin tespit işleminin yapılması ve sonra da muhatap ile Anayasa ve Danıştay Kanunu uyarınca imtiyaz sözleşmesi düzenlenerek Danıştay'ın uygun görüşünden sonra imtiyaz devrinin gerçekleştirilmesi, yönünde görüş bildirilmektedir.

Malumları olduğu üzere; geçici ithalat rejimi kapsamında yurda giriş yapan özel ve ticari kullanıma mahsus kara taşıtlarına uygulanan işlemler, Türkiye'nin taraf olduğu, Özel

Kullanıma Mahsus Karayolu Taşıtlarının Geçici İthaline İlişkin Gümrük Sözleşmesi, Ticari Karayolu Taşıtlarının Geçici İthaline İlişkin Gümrük Sözleşmesi, İstanbul Sözleşmesi gibi uluslararası sözleşmeler, 4458 sayılı Gümrük Kanununun Geçici İthalat Rejimi başlıklı 128 ile 131 inci maddeleri, 4458 sayılı Gümrük Kanununun Bazı Maddelerinin Uygulanması Hakkındaki Kararın Yürürlüğe Konulmasına Dair 07.01.2000 gün ve 2000/69 sayılı Bakanlar Kurulu Kararının 19 ve 20 nci maddeleri, Gümrük Yönetmeliği, Özel Kullanıma Mahsus Kara Taşıtlarına İlişkin Gümrük Genel Tebliği (Seri No 6) ve Ticari Kullanıma Mahsus Kara Taşıtlarına İlişkin Gümrük Genel Tebliği (Seri No 2) hükümleri uyarınca yürütülmektedir.

Türkiye Turing ve Otomobil Kurumunun kefaleti altında AIT ve FIA üyesi yabancı otomobil kulüpleri tarafından düzenlenen Gümrükten Geçiş Karnesi (CPD) ile yurda giriş yapan özel ve ticari taşıtlara ilişkin takibat işlemleri, 7/14975 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı eki "Özel Karayolu Araçlarının Geçici İthaline Dair Gümrük Sözleşmesi" ile 2005/8513 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı eki "Ticari Karayolu Taşıtlarının Geçici İthaline İlişkin Gümrük Sözleşmesi" hükümleri kapsamında yapılmakta olup, her iki sözleşme hükümlerini de kapsayan, 2004/7905 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı eki "Geçici İthalat Sözleşmesi"nin birinci maddesinin (d) bendinde; Geçici İthalat Belgeleri "Eşyanın (taşıma araçları dahil) ayniyet tespitine yarayan ve gümrük vergileri ve ithalatta alınan diğer vergilerin uluslararası alanda geçerli şekilde teminata bağlandığını gösteren, gümrük beyannamesi olarak kabul edilen, uluslararası bir gümrük belgesi; anlamına gelir." şeklinde tanımlanmıştır.

Anılan Sözleşmenin 5 inci maddesi; "Ek-E kapsamındaki geçici ithalat faaliyetlerine hâlel getirmeksizin, her Akit Taraf kendi ulusal gümrük belgeleri yerine ve Ek-A'nın 8 inci maddesinde belirtilen miktarların teminatı olmak üzere, söz konusu Ek'de konulan şartlara uygun olarak düzenlenen ve kullanılan geçici ithalat belgelerini, bu Sözleşmenin bu Akit Tarafça kabul edilen diğer Ek'lerine göre geçici olarak ithal edilen eşya (taşıma araçları dahil) için kendi topraklarında geçerli sayar." hükmünü amirdir.

Sözleşmenin Geçici Kabul Belgelerine ilişkin ek Ek-A'da :

c) "CPD Karnesi" deyimi; taşıma araçlarının geçici ithali için kullanılan geçici ithalat belgesi;

d) "Teminat Zinciri" deyimi; teminat kurumlarının bağlı oldukları bir uluslararası kuruluş tarafından yürütülen bir teminat sistemi;

e) "Uluslararası Örgüt" deyimi; teminat ve geçici ithalat belgesi verme yetkisine sahip ulusal kuruluşların üyesi olduğu bir örgüt;

f) "Kefil Kuruluş" deyimi; bir Akit Taraf ülkesinde bu Ek'in 8 inci maddesinde öngörülen miktarı garanti etmeye o Akit Taraf Gümrük Makamlarınca yetkili kılınan ve teminat zincirine bağlı olan kuruluş;

g) "Belge Veren Kuruluş" deyimi; Gümrük makamlarınca geçici ithalat belgelerini vermeye yetkili olduğu kabul edilen ve doğrudan ya da dolaylı olarak bir teminat zincirine bağlı olan kuruluş;"olarak tanımlanmıştır.

EK-A'nın 4 üncü maddesi; "1. Her Akit Taraf, tespit edeceği teminata ve belirleyeceği şartlara uygun olarak, kefil kuruluşları, doğrudan doğruya veya belge veren kuruluşlar aracılığı ile teminat ve geçici ithalat belgesi vermeye yetkili kılabilir.

2. Bir kefil kuruluşu vereceği teminat, müteakıl belge veren kuruluşlarca verilecek geçici ithalat belgeleriyle o ülke içinde yapılacak işlemlerden doğacak yükümlülükleri kapsamadıkça, hiç bir Akit Tarafça kefil kuruluş olarak onaylanamaz."

8 inci maddesinin birinci fıkrası ise; "1. Her kefil kuruluş, kurulduğu ülkenin gümrük makamlarına, müteakıl belge veren kuruluş tarafından çıkarılan geçici ithalat belgeleri ile o ülkeye ithal edilen eşya (taşıma araçları dahil) konusunda geçici ithalat ve gümrük transiti için tespit edilmiş şartlara uyulmamış olması halinde, Sözleşmenin 4 üncü maddesinin, 4 üncü paragrafında sözü edilenler hariç olmak üzere, ithal vergi ve resimleri ile ödenmesi gereken sair meblağı ödemeyi taahhüt edecektir. Bu kuruluş yukarıda sözü edilen meblağın

ödenmesi konusunda, bu meblağları ödeyecek olan kişilerle müşterek ve müteselsil olarak sorumludur."

hükümlerini içermektedir.

Bugüne kadar ki uygulamada; söz konusu uluslararası sözleşmeler taraf olan ve Türkiye Turing ve Otomobil Kurumunun kefalet ettiği AIT ve FIA üyesi ülkelerin otomobil kulüplerince düzenlenen CPD karneleri kabul edilerek, söz konusu belgenin ibraz edilmemesi halinde ise herhangi bir kefalet sistemine dahil olmaksızın taşıt giriş çıkış formu düzenlenerek taşıt girişine izin verilmiş ve takibat işlemleri bu belge üzerinden yerine getirilmiş ise de, ülkemiz ile sınır komşularımız arasında kara sınır kapılarından yapılan giriş ve çıkış işlemlerindeki bürokrasinin ve kırtasiyeciliğin azaltılması, giriş ve çıkışların güvenli, hızlı ve kolay bir şekilde gerçekleştirilmesi amacıyla 24.03.2006 tarih ve 26118 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan 2006/11 sayılı Başbakanlık Genelgesine istinaden 01.06.2006 tarihi itibarıyla taşıt giriş çıkış formu uygulanmasına son verilmesi üzerine, özel taşıtlar 1 Nolu, ticari taşıtlar ise 2 Nolu Taşıt Takip Programına kaydedilmek suretiyle giriş, çıkış ve takip işlemleri yerine getirilmektedir.

Diğer taraftan, Türkiye'ye belirli bir süredeki görevi yerine getirmek veya öğrenimde bulunmak için gelenler ile Türkiye'de geçici olarak oturan haiz emekli yabancılar (çift uypruklu Türk vatandaşları ile Türk vatandaşlığından çıkanlar hariç) tarafından geçici ithalat rejimi kapsamında ithalat vergilerinden tam muafiyet uygulanmak suretiyle yurda getirilen özel kullanıma mahsus kara taşıtları, Türkiye Turing ve Otomobil Kurumu tarafından düzenlenen teminat hükmünde ulusal bir belge olan yabancı taşıtlar geçici giriş karnesi ile ithal edilmekte ve takibat işlemleri anılan Kurum nezdinde yapılarak taşıtın yurtdışı edilmesi veya yurtdışı edilme hükmünde gümrük idaresine teslim edilmesi halinde, kefaleti sona ermekte olup, aksi takdirde taşıta isabet eden gümrük vergi ve resimleri kurumdan tahsil edilmektedir.

Türkiye'nin taraf olduğu Özel Kullanıma Mahsus Karayolu Taşıtlarının Geçici İthaline İlişkin Gümrük Sözleşmesi, Ticari Karayolu Taşıtlarının Geçici İthaline İlişkin Gümrük Sözleşmesi, İstanbul Sözleşmesi gibi uluslararası sözleşmeler ile 4458 sayılı Gümrük Kanununun Geçici İthalat Rejimi başlıklı 128 ila 131 inci maddeleri, 4458 sayılı Kanunun Bazı Maddelerinin Uygulanması Hakkındaki Kararın Yürürlüğe Konulmasına Dair 07.01.2000 gün ve 2000/69 sayılı Bakanlar Kurulu Kararının 19 ve 20 nci maddeleri, Gümrük Yönetmeliği, Özel Kullanıma Mahsus Kara Taşıtlarına İlişkin Gümrük Genel Tebliği (Seri No 6) ve Ticari Kullanıma Mahsus Kara Taşıtlarına İlişkin Gümrük Genel Tebliği (Seri No 2) hükümleri uyarınca Türkiye Turing ve Otomobil Kurumu tarafından yürütülen işlemlerin, İçişleri Bakanlığı Mülkiye Başmüfettişi Murat Koca tarafından düzenlenen söz konusu İnceleme Araştırma Raporunda ifade edildiği gibi, Anayasa'nın 155 ve Danıştay Kanununun 23, 42 ve 46 ncı maddeleri kapsamında "imtiyaz hükmünde" değerlendirilip değerlendirilemeyeceği konusunda tereddüde düşülmüştür.

Bu nedenle, Türkiye Turing ve Otomobil Kurumu tarafından yürütülmekte olan işlemlerin İçişleri Bakanlığı Mülkiye Başmüfettişi ... tarafından düzenlenen 21.02.2005 tarih ve 25/1 sayılı İnceleme Raporunda ifade edildiği gibi, Anayasa'nın 155 ve Danıştay Kanununun 23, 42 ve 46 ncı maddeleri kapsamında " imtiyaz hükmünde" değerlendirilip değerlendirilemeyeceği konusundaki görüşün, gerektiğinde Danıştay 1 inci Daire Başkanlığının istişari görüşü de alınmak suretiyle bildirilmesini arz ederim" denilmektedir.

Dairemizce yapılan çağrı üzerine gelen Ulaştırma Bakanlığı Hukuk Müşaviri ..., Daire Başkanı ..., Gümrük Müsteşarlığı Gümrükler Kontrol Genel Müdürlüğü Şube Müdürleri ... ve ..., Gümrük Müsteşarlığı Hukuk Müşaviri ..., Dış Ticaret Müsteşarlığı Hukuk Müşavir ..., Avrupa Birliği Genel Müdür Yardımcısı ..., İçişleri Bakanlığı I. Hukuk Müşaviri ..., Emniyet Genel Müdürlüğü I. Hukuk Müşaviri ... ve Emniyet Müdürü ...'ın sözlü açıklamaları dinlendikten sonra konu incelenerek,

Gereği Görüşölüp Düşünöldü :

Gömrük Yönetmeliğinin 454 üncü, 455 inci ve 456 ncı maddelerinin verdiği yetki üzerine Türkiye Turing ve Otomobil Kurumunca düzenlenen triptik karnesi, gömrüklerden geçiş karnesi ve yabancı taşıtlar için geçici giriş karnesine ilişkin işlemlerin, kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesine konu olup olamayacağı hususunda düşölen duraksamanın giderilmesi istenilmektedir.

Dosyanın incelenmesinden, İçişleri Bakanının 28.4.2003 tarih ve sayısız onayı ve İçişleri Bakanlığı Teftiş Kurulu Başkanlığının 28.4.2003 tarih ve 1977 sayılı görev emirleriyle Türkiye Turing ve Otomobil Kurumuna Gömrük Yönetmeliğı ve Karayolları Trafik Yönetmeliğı ile verilen imtiyaz, görev ve yetkilerin başka bir dernek, vakıf veya kurumca yürütölüp yürütölemeyeceğı hususunun inceleme ve araştırma konusu yapılmasının uygun bulunduğı, konuyla ilgili olarak Mülkiye Mufettişı ... tarafından inceleme-araştırma yapıldığı, bu kapsamda görüşlerine başvuru olan kamu kurumlarından Gömrük Müsteşarlığınca verilen 22.7.2003 tarih ve 9984 sayılı yazıda; Gömrük Yönetmeliğı uyarınca Türkiye Turing ve Otomobil Kurumuna verilen yetkilerin uluslararası sözleşmeler uyarınca Uluslararası Tur İttifakı (AIT) ve Uluslararası Otomobil Federasyonu (FIA) üyesi kulüpler tarafında yerine getirildiğı, Ölkemizde bu iki yere üye olan Türkiye Turing ve Otomobil Kurumunun akredite olan kefil kuruluş olduğı, Türkiye Turing ve Otomobil Kurumunun kefil olduğı araçlarla ilgili geçici gömrük rejimine aykırılık olması halinde bu taşıtlara ait vergilerin bu kefil kuruluştan tahsil edildiğı, Türkiye Turing ve Otomobil Kurumunca yürütölen hizmetlerde kayda değeri bir aksaklığın meydana gelmediğı yönünde cevap verildiğı, yapılan inceleme-araştırma sonucunda 21.2.2005 tarih ve 25/1 sayılı raporun düzenlendiğı, raporun sonuç kısmında özetle; (1) Türkiye Turing ve Otomobil Kurumunun 5253 sayılı Dernekler Kanununa tabi bir dernek olması nedeniyle özel hukuk tüzel kişisi olduğı, (2) Türkiye Turing ve Otomobil Kurumuna Gömrük Yönetmeliğinin 454 üncü maddesi ile triptik karnesi, 455 inci maddesiyle gömrüklerden geçiş karnesi, 456 ncı maddesiyle yabancı taşıtlar için geçici giriş karnesi, Karayolları Trafik Yönetmeliğinin 80 ncı maddesiyle de uluslararası sürücü belgesi düzenleme yetkisinin verildiğı, (3) Gömrük Yönetmeliğı ve Karayolları Trafik Yönetmeliğı gereğı Türkiye Turing ve Otomobil Kurumuna verilen yetkilerin kamu hizmetine ve imtiyaza ilişkin olduğı, (4) Türkiye Turing ve Otomobil Kurumuyla imtiyaz sözleşmesi düzenlenmeden ve Danıştayın uygun görüşü alınmadan Yönetmeliklerle imtiyaz verildiğı, bunun anılan düzenlemelere aykırı olduğı, (5) Gömrük Yönetmeliğinde değışiklik yapılarak bu Yönetmelik ile Türkiye Turing ve Otomobil Kurumuna verilen yetkilerin Gömrük Müsteşarlığına, Karayolları Trafik Yönetmeliğinde değışiklik yapılarak bu Yönetmelik ile Türkiye Turing ve Otomobil Kurumuna verilen yetkilerin Emniyet Genel Müdürlüğüne verilmesinin gerektiğı, (6) Ölkemizin taraf olduğı uluslararası sözleşmeler uyarınca gömrük konusunda düzenlenen belgelerle ilgili olarak kefil kuruluş tespiti ve bu kuruluştara imtiyaz anlamına gelebilecek yetkiler verilmesi gerekmekte ise, bunun için öncelikle ilgili mevzuatı gereğı bu işin hangi kuruluşca yürütöleceğıne ilişkin tespit işlemi yapıp sonra da muhatap ile Anayasa ve Danıştay Kanunu uyarınca imtiyaz sözleşmesi düzenlenerek Danıştayın uygun görüşünden sonra imtiyaz devrinin gerçekleştirilmesi gerektiğı, (7) Türkiye Turing ve Otomobil Kurumuna anılan Yönetmelikler uyarınca verilen yetkilerin başka bir dernek, vakıf veya kurumca yürütölmesinin mümkün olduğı tespitlerine yer verildiğı, anılan raporun İçişleri Bakanlığı Dernekler Dairesi Başkanlığının 10.1.2008 tarih ve 110 sayılı yazısıyla Gömrük Müsteşarlığına gönderilmesi üzerine Gömrük Müsteşarlığınca kendi Hukuk Müşavirliğı ve bağılı bulunduğı Başbakanlığın Hukuk Müşavirliğinden görüş alınmadan ve süre gelen uygulamanın devamı veya değıştirilmesi konusunda bir irade ortaya konmadan anılan inceleme-araştırma raporu üzerine istişari düşünce verilmesi istemiyle Dairemize başvurulduğı görölmektedir.

Bu durumda, İçişleri Bakanlığı tarafından düzenlenen 21.2.2005 tarih ve 25/1 sayılı inceleme-araştırma raporu üzerine Gömrük Yönetmeliğinin 454 üncü, 455 inci ve 456 ncı maddelerinin verdiği yetki uyarınca Türkiye Turing ve Otomobil Kurumunca triptik karnesi,

gümrüklerden geçiş karnesi ve yabancı taşıtlar için geçici giriş karnesi düzenlenmesine ilişkin hukuki uygulamanın devamı ya da Ülkemizin taraf olduğu uluslararası sözleşmeler de dikkate alınmak suretiyle pozitif hukukta yapılacak değişikliklerle bu uygulamaya son verilmesi ve anılan hizmetlerin doğrudan kamu otoritesince veya imtiyaz sözleşmesiyle anılan hizmetlerin özel hukuk tüzelkişileri eliyle gördürülmesi konusunda bir irade ortaya konulmadan, Gümrük Müsteşarlığı Hukuk Müşavirliği ve Başbakanlık Hukuk Müşavirliğinin görüşleri de alınmadan, bu işlemlerin kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesine konu olup olamayacağı hususunda düşülen duraksamanın giderilmesi istemi hakkında görüş bildirilmesine olanak bulunmadığı sonucuna varılarak dosyanın Başbakanlığa iade edilmek üzere Danıştay Başkanlığına sunulmasına 25.5.2009 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

KAMU TÜZELKİŞİLERİ VE KURUMLARI ARASINDA TAŞINMAZ DEVRİ

T.C. DANIŞTAY Birinci Daire

Esas No : 2009/89

Karar No : 2009/273

Özeti : TCDD İşletmesi Genel Müdürlüğünün, mülkiyeti Belediyeye ait taşınmazın TCDD İşletmesi Genel Müdürlüğüne tahsis edilmesi amacıyla kamu yararı kararı verilmesi isteminin 2942 sayılı Yasanın 30 uncu maddesinde düzenlenen devir konusundaki anlaşmazlığın çözümüne ilişkin olarak yapılacak talebe uygun olmadığının anlaşıldığı hakkında.

TCDD İşletmesi Genel Müdürlüğü tarafından Tarsus Belediye Başkanlığına ait ... Mahallesi ... ada, ... parsel sayılı taşınmazın 409,00 m2'lik bölümü ile tescil harici olarak yoldan 70,00m2'lik alanın tahsisi için 2942 sayılı Kamulaştırma Kanununun 30 uncu maddesinin 2 nci fıkrası uyarınca kamu yararı kararı verilmesi isteğine ilişkin TCDD İşletmesi Genel Müdürlüğünün 14.1.2009 günlü dilekçesinde aynen;

"1- Dünya Bankasından kredi alınmak suretiyle müvekkilim kuruluş tarafından Boğazköprü-Yenice ve Mersin-Toprakkale hat kesimlerinde Trafik Yönetim Sisteminin kurulması amacıyla bazı istasyon yollarının uzatılması kapsamında, Tarsus İstasyonunda yaklaşık 5.411,00 M'lik sahanın kamulaştırılması TCDD Yönetim Kurulumuzun 25.12.2007 tarih ve 26/259 sayılı kararı ile kararlaştırılmış ve bu karar Ulaştırma Bakanlığı tarafından 21.01.2008 tarihinde onaylanmıştır.

2- Tarsus Gar sahasında kamulaştırılması planlanan arazinin planlarının hazırlanması sırasında yapılan ölçümler sonucunda, TCDD Yol Dairesi Başkanlığınca kamulaştırılması talep edilen arazinin yaklaşık 5.411,00 m2 geldiği ve bu arazinin bir bölümünün 3. şahıs parsellerin yola cepheli ön kısımlarına isabet ettiğinden, yola cephesi kalmayacak parsellerin tamamının alınması zarureti ortaya çıkacağından ve bu durumun kamulaştırma maliyetini çok yüksek miktarlara ulaştıracağı düşünülerek kamulaştırma sınırlarının tekrar tetkik edilerek yeniden belirlenmesi 16.04.2008 t. ve 84.00.08-752-(5006-84)/20153 sayılı yazısı ile TCDD Yol Dairesi Başkanlığından istenilmiştir.

3- Yapılan incelemeler neticesinde daha önceden hazırlanan tevsiat planında kamulaştırma sınırına servis yolunun da dahil edildiği ve kamulaştırma sınırının geniş tutulduğu, yeniden hazırlanan tevsiat planında yaklaşık 480 m2'lik sahanın

kamulaştırılmasının yeterli olacağı TCDD Yol Dairesi Başkanlığının 09.05.2008 tarih ve 10.00.02-753.01-2414 sayılı yazısıyla bildirilmiştir.

4- Bu durum sonucunda, yeniden belirlenen kamulaştırma sınırlarına göre Tarsus İstasyonunun bulunduğu ... Mahallesi'ne ait kamulaştırma planı ... Mühendislik Firması tarafından hazırlanmış ve ilgili Kadastro Müdürlüğü tarafından tasdiki sağlanmıştır.

5- Söz konusu planlar çerçevesinde Tarsus Belediyesine ait ... ada ... parselden kamulaştırılacak 409,00 m2'lik alan ile 70.00 m2'lik tescil harici saha olmak üzere toplam 479.00 m2'lik alanın 2942 sayılı Kamulaştırma Kanununun 30. maddesi gereğince m2 birim fiyatı ... YTL olmak üzere toplam ... YTL bedel karşılığında kamulaştırılabilmesi için müvekkilim kuruluş tarafından 19.09.2008 tarih ve 18/752/22770 sayılı yazı ile davalı Tarsus Belediyesinden muvafakat istenilmiş ancak, davalı belediye 10.10.2008 t. ve M.33.6.TAR.0.13.01-769-242/876 sayılı cevabi yazıda bedel konusuna değinilmeden kamulaştırmaya muvafakat edilmediğini bildirmiştir.

6- Söz konusu kamulaştırma işlemlerinin yapılabilmesi için 26.11.2008 tarih ve 84.00.08/752 (50-06-84) 51920/54716 sayılı Genel Müdürlük Emri gereği 2942 sayılı Kamulaştırma Kanununun 30. maddesine göre söz konusu taşınmazların kuruluşumuz adına tahsis ve tescili için konu TCDD 6. Bölge Müdürlüğü Hukuk Müşavirliğimize intikal ettirilmiştir.

Arz ve izah edilen nedenlerle, davaya konu taşınmazların müvekkilim kuruluş adına tahsis ve tescili için, kuruluşumuz lehinde kamu yararı kararı verilmesini talep ediyoruz.

HUKUKİ SEBEBLER : İ.Y.U.K., 2942 Sayılı Kamulaştırma Kanunu ile ilgili tüm mevzuat

MADDİ DELİLLER : İşlem dosyası, dilekçe ekinde sunmuş olduğumuz belge ve deliller ile kamulaştırma planı, yasal her türlü delil.

SONUÇ VE İSTEM : Arz ve izah edilen nedenler ve Sayın Başkanlığınız tarafından re'sen nazar-ı itibara alınacak hususlarla, tetkik esnasında belirecek durumlar karşısında; Mülkiyeti davalı belediyeye ait Mersin İli, Tarsus İlçesi, ... Mahallesi ... ada, ... no.lu taşınmazın 409,00 m2'lik bölümü ile tescil harici 70,00 m2 yolun kuruluşumuz adına tahsisi için, 2942 Sayılı Kamulaştırma Kanunu'nun 30. maddesinin 2. fıkrası uyarınca Kuruluşumuz lehinde "kamu yararı kararı" verilmesine, yargılama giderleri ile vekalet ücretinin davalıdan tahsiline, karar verilmesini saygı ile vekaleten arz ve talep ederim." denilmektedir.

Gereği Görüşülüp Düşünüldü :

Dosyanın incelenmesinden, Boğazköprü - Yenice ve Mersin- Toprakkale hat kesimlerinde Trafik Yönetim Sisteminin kurulması amacıyla bazı istasyon yollarının uzatılması kapsamında bazı alanların kamulaştırılmasına ilişkin TCDD İşletmesi Genel Müdürlüğü Yönetim Kurulunca 25.12.2007 günlü, 26/259 sayılı kararın alındığı, bu kararın Ulaştırma Bakanınca onaylanması üzerine bedel tespitine ilişkin çalışmalara başlanıldığı, tespit edilen bedel ile birlikte anılan taşınmazların belirtilen kısımlarının devri istemiyle 19.9.2008 gün ve 33770 sayılı yazı ile Tarsus Belediye Başkanlığına başvurulduğu, ancak Tarsus Belediye Başkanlığının 10.10.2008 gün ve 2876 sayılı yazısı ile devir isteminin reddedildiği, bu ret kararı üzerine TCDD İşletmesi Genel Müdürlüğü'nün 14.1.2009 günlü yazısı ile Dairemize başvurularak anılan taşınmazların belirtilen kısımlarının tahsisi amacıyla TCDD İşletmesi Genel Müdürlüğü lehine kamu yararı kararı verilmesinin istenildiği anlaşılmıştır.

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 kamulaştırılmayacağı, 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.

Yukarıda yer alan bu hükümle Dairemize verilen görev, kamu tüzel kişileri ve kurumları arasında taşınmaz devri istemleri nedeniyle çıkan uyuşmazlıkların kamu yararı gözetilerek çözümlenmesinden ve yasal koşullar oluşmuşsa taşınmazın devrine karar vermekten ibaret olup, istem dilekçesinde belirtilen şekilde tahsis amacıyla kamu yararı kararı verilmesi gibi bir görevin Dairemize tevdi edilmediği açıktır.

Açıklanan nedenlerle, TCDD İşletmesi Genel Müdürlüğü'nün, mülkiyeti Tarsus Belediyesine ait anılan taşınmazın belirtilen kısmının, TCDD İşletmesi Genel Müdürlüğü'ne tahsis edilmesi amacıyla kamu yararı kararı verilmesi isteminin 2942 sayılı Yasanın 30 uncu maddesinde düzenlenen devir konusundaki anlaşmazlığın çözümüne ilişkin olarak yapılacak talebe uygun olmadığına anlaşıldığı bu istemle ilgili olarak da Dairemizce karar verilmesi mümkün olmadığından istemin bu aşamada incelenmeksizin reddine ve dosyanın Danıştay Başkanlığına sunulmasına 11.2.2009 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

MEMURLAR VE DİĞER KAMU GÖREVLİLERİNİN YARGILANMALARINA İLİŞKİN KARARLAR

T.C. DANIŞTAY Birinci Daire

Esas No : 2008/1222

Karar No : 2008/1319

Özeti : Promosyonun bir kamu geliri olduğu ve ilgili kamu idaresinin bütçesine gelir olarak kaydedilmesi gerektiği hakkında.

KARAR

Hakkında Soruşturma

İzni İstenenler :

1- ... - ... Valisi

2- ... - ... İl Özel İdaresi Genel Sekreteri

İtiraz Edilen Karar : İçişleri Bakanının soruşturma izni verilmesine ilişkin 14.7.2008 günlü, Tef.Ku.Bşk.2008/136 sayılı kararı

Karara İtiraz Edenler : 1- ... 2- ...

Soruşturulacak Eylem : ... Bankasınca ... İl Özel İdaresine verilen ... YTL banka promosyonunun harcanmasında usulsüzlük yapmak

Eylem Tarihi : 2005 yılı

İçişleri Bakanlığının 15.10.2008 günlü, 13995 sayılı yazısı ile gönderilen dosya, İçişleri Bakanının 14.7.2008 günlü, Tef.Ku.Bşk.2008/136 sayılı soruşturma izni verilmesine ilişkin kararı ve bu karara yapılan itirazlar, Tetkik Hakimi Bekir Özçelik'in açıklamaları dinlendikten sonra, 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun uyarınca incelendi;

Gereği Görüşülüp Düşünüldü :

5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanununun 1 inci maddesinde, bu Kanunun amacının, kalkınma planları ve programlarında yer alan politika ve hedefler doğrultusunda kamu kaynaklarının etkili, ekonomik ve verimli bir şekilde elde edilmesini ve kullanılmasını, hesap verilebilirliği ve mali saydamlığı sağlamak üzere, kamu mali yönetiminin yapısını ve işleyişini, kamu bütçelerinin hazırlanmasını, uygulanmasını, tüm mali işlemlerin muhasebeleştirilmesini, raporlanmasını ve mali kontrolünü düzenlemek olduğu, 2 nci maddesinde, bu Kanunun merkezi yönetim kapsamındaki kamu idarelerini, sosyal güvenlik

kurumlarını ve mahalli idarelerden oluşan genel yönetim kapsamındaki kamu idarelerinin mali yönetimini ve kontrolünü kapsadığı, 3 üncü maddesinin (e) bendinde, mahalli idarenin, yetkileri belirli bir coğrafya olan ve hizmetlerle sınırlı olarak kamusal faaliyet gösteren belediye, il özel idaresi ile bunlara bağlı veya bunların kurdukları veya üye oldukları birlik ve idareler olduğu, (g) bendinde, kamu kaynaklarının, borçlanma suretiyle elde edilen imkanlar dahil kamuya ait gelirler, taşınır ve taşınmazlar, hesaplarda bulunan para, alacak ve haklar ile her türlü değerler olduğu, (i) bendinde, kamu gelirinin, kanunlarına dayanılarak toplanan vergi, resim, harç, fon kesintisi, pay veya benzeri gelirler, faiz, zam ve ceza gelirleri, taşınır ve taşınmazlardan elde edilen her türlü gelirler ile hizmet karşılığı elde edilen gelirler, borçlanma araçlarının primli satışı suretiyle elde edilen gelirler, sosyal güvenlik primi kesintileri, alınan bağış ve yardımlar ile diğer gelirler olduğu, 11 inci maddesinde, bakanlıklarda müsteşarın, diğer kamu idarelerinde en üst yöneticinin, il özel idarelerinde valinin ve belediyelerde belediye başkanının üst yönetici olduğu, üst yöneticilerin, idarelerinin stratejik planlarının ve bütçelerinin kalkınma planına, yıllık programlara, kurumun stratejik plan ve performans hedefleri ile hizmet gereklerine uygun olarak hazırlanması ve uygulanmasından, sorumlulukları altındaki kaynakların etkili, ekonomik ve verimli şekilde elde edilmesi ve kullanımını sağlamaktan, kayıp ve kötüye kullanımının önlenmesinden, mali yönetim ve kontrol sisteminin işleyişinin gözetilmesini, izlenmesini ve bu Kanunda belirtilen görev ve sorumlulukların yerine getirilmesinden Bakana, mahalli idarelerde ise meclislerine karşı sorumlu oldukları, 40 inci maddesinde, kamu idarelerine yapılan her türlü bağış ve yardımın bütçelerine gelir kaydedileceği, 77 nci maddesinde de, sosyal güvenlik kurumları ve mahalli idare bütçelerinin hazırlanması ve uygulanması ile diğer mali işlemlerin, bu Kanun hükümleri saklı kalmak kaydıyla, ilgili kanunlarındaki hükümlere tabi olduğu, 5302 sayılı İl Özel İdaresi Kanununun 44 üncü maddesinde, ilin stratejik planına uygun olarak hazırlanan bütçenin, il özel idaresinin mali yıl ve izleyen iki yıl içindeki gelir ve gider tahminlerini göstereceği, gelirlerin toplanmasına ve harcamaların yapılmasına izin vereceği, bütçeye ayrıntılı harcama programları ile finansman programlarının ekleneceği, bütçe dışı harcama yapılamayacağı, Vali ve harcama yetkisi verilen diğer görevlilerin bütçe ödeneklerinin verimli, tutumlu ve yerinde harcanmasından sorumlu olduğu, 48 inci maddesinde, il özel İdaresi bütçesi ile muhasebe işlemlerine ilişkin esas ve usullerin Maliye Bakanlığının görüşü alınarak İçişleri Bakanlığı tarafından çıkarılacak yönetmelikle düzenleneceği, İl Özel İdare Bütçe ve Muhasebe Usulü Yönetmeliğinin 83 üncü maddesinde, il özel idaresince bağış ve yardım olarak tahsil olunan paraların bütçe gelirleri hesabına alacak olarak kaydedileceği, 13 üncü maddesinde, gelir bütçesinin vergi gelirleri, vergi dışı gelirler, yardım ve fonlardan oluştuğu hükümlerine yer verilmiştir.

Dosyanın incelenmesinden ... İl Özel İdaresi ile ... Bankası arasında imzalanan 6.4.2005 tarihli maaş ödeme protokolü uyarınca İl Özel İdaresi personelinin maaşlarının ... Bankasına yatırılması karşılığında anılan banka tarafından ... YTL tutarında promosyonun İl Özel İdaresine verilmesinin kararlaştırıldığı, 20.4.2005 tarihinde promosyon parasının İl Özel İdaresi hesabına yıllık maaş protokolü için ödenen bağış olarak yatırıldığı, ... Valisi ... tarafından beğenilen ve pazarlığı yapılan 2001 model ... marka aracın alınması amacıyla 20.4.2005 tarihinde İl Özel İdare Müdürü ...' ın yazılı talimatıyla promosyondan ... YTL'nin aracın satıcısına gönderildiği, aracın ... Bankasınca alınmadığı sadece banka üzerinden para transferi yapıldığı, promosyon parasından geriye kalan ... YTL'nin ise plazma televizyon, bilgisayar gibi İl Özel İdaresinin diğer ihtiyaçları için kullanıldığı, ön incelemeci tarafından anılan promosyon hesabından ...'un eşinin uçak biletlerinin ödendiği bu şekilde kişisel harcamalarda kullanıldığı iddia edilmekte ise de uçak biletlerinin ...'un şahsına ait kredi kartı ile ödendiği, promosyondan kişisel bir harcamasının bulunmadığı, ancak yukarıda anılan hükümlere göre, ... Bankası tarafından İl Özel İdaresine promosyon adı altında bağış olarak verilen ... YTL' nin bir kamu geliri olduğu, bu nedenle öncelikle İl Özel İdaresi bütçesinin alacak hesabına gelir olarak kaydedilerek, etkili, ekonomik ve verimli şekilde kullanılması

gerektiği dikkate alındığında ilgililer tarafından yapılan harcamaların mevzuata uygun olarak yapılmadığı anlaşıldığından, İçişleri Bakanının soruşturma izni verilmesine ilişkin 14.7.2008 günlü, Tef.Ku.Bşk.2008/136 sayılı kararına yapılan itirazların reddine, dosyanın gereği yapılmak üzere karar ekli olarak Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığına, kararın birer örneğinin İçişleri Bakanlığı ile itiraz edenlere gönderilmesine 3.12.2008 gününde oyçokluğuyla karar verildi.

KARŞI OY

X- Dosyanın incelenmesinden, ... İl Özel İdaresi ile ... Bankası arasında yapılan antlaşma uyarınca 6.4.2005 tarihinde ... Bankasınca YTL'nin banka promosyonu olarak İl Özel İdaresine verildiği, promosyon parasının ... YTL'si ile İl Özel İdaresine hizmet aracının alındığı, alınan bu araç ile aynı model bir aracın piyasa değerinin Türkiye Sigorta ve Reasürans Şirketleri Birliğince ... YTL olduğunun belirtildiği, ön inceleme tarafından anılan promosyon hesabından ...'un eşinin uçak biletlerinin ödendiği bu şekilde kişisel harcamalarda kullanıldığı belirtilmekte ise de uçak biletlerinin incelenmesinden uçak biletlerinin ...'un şahsına ait kredi kartı ile ödendiğinin anlaşıldığı, ... Bankası maaş promosyonu hesabından yapılan ödemelere ait cari hesap ekstresinde yeralan ödemelerden de yapılan tüm harcamaların kamu yararına yapıldığı şahsi olarak herhangi bir harcamanın bulunmadığı, kaldı ki niteliği itibarıyla 5018 sayılı Kanun kapsamında olmayan ve anılan banka promosyonlarının harcandığı dönem itibarıyla nasıl değerlendirileceği konusunda herhangi bir düzenlemenin bulunmadığından usulsüz harcanmasından söz edilemeyeceği, eylem tarihi itibarıyla bu fiilin suç olarak belirleyen herhangi bir kanuni düzenlemenin bulunmadığı, bu nedenle ilgililere isnat edilen eylemin haklarında soruşturma yapılmasını gerektirecek nitelikte bulunmadığından yetkili merciin soruşturma izni verilmesine ilişkin 14.7.2008 günlü, Tef.Ku.Bşk.2008/136 sayılı kararına yapılan itirazların kabul edilerek kararın kaldırılması gerektiği görüşü ile çoğunluk kararına katılmıyorum.

KARŞI OY

XX- ... eski valisi ... ve İl Özel İdaresi Genel Sekreteri ... hakkında soruşturma izni verilmesine ilişkin dosya ve eklerinin incelenmesinde;

Vali hakkında ileri sürülen iddiaların açık ve somut kanıtlarının tam olarak ortaya konulmadığı, adı geçen tarafından savunmasına eklenen bilgi ve belgelerin ön inceleme ve karar aşamasında değerlendirilmediği, aracın hasarlı olduğu iddiasının aracın tesliminden sonra meydana geldiğine ilişkin savunmada yer ve zaman gösterilip tanık ifadesine başvurulması istenilmesine rağmen bu talebin dikkate alınmadığı; benzer şekilde valinin eşi için alındığı iddia edilen biletlerin ödemesinin şüpheli tarafından ödendiğini gösterir belgelerin değerlendirmeye alınmadığı, araç alımının promosyonu veren banka tarafından alınmasına ve araç bedelinin uluslararası standartlara göre fiyat belirleyen Türkiye Sigorta ve Reasürans Şirketleri Birliğinin belirttiği kasko değerinin altında olmasına rağmen verilen kararda bu hususun gözardı edilerek valinin kamu çıkarına aykırı davrandığı iddiasının yenilendiği; il ölçeğinde alınması ve kullanılması doğal olan televizyon, bilgisayar gibi malzemelerin hangi kaynakla alınırsa alınsın suç oluşturmayan uygulama olduğu açıktır.

İddialar arasında valiye yöneltilen en somut iddiaların ... araç alımında izlenen yol ve yöntem olduğu görülmektedir. Yapılan ön inceleme ve verilen kararda idari düzenlemelere ve 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanununun hükümlerine sıkça yer verilmekte ve oluşturulan kararın dayanakları burada aranmaktadır.

Öncelikle idarenin düzenleyici metinleri ile ceza kuralı ihdas etmek mümkün değildir. Bu kuralların yaptırımı, şartları, varsa disiplin veya tanzimine ilişkin düzenlemelerde aranabilir.

Rapor ve kararda yer alan 5018 sayılı Kanuna yapılan atıflar bu Yasanın 71. maddesinde yaptırıma bağlanmada ancak somut olayda bu maddenin uygulama şartları

mevcut değildir. Ayrıca anılan yasaya göre ortaya çıkmış bir kamu zararı da söz konusu değildir.

Kamu Mali Kontrol Yasası ve 5302 sayılı İl Özel İdaresi Yasası ile valilere verilen görev ve sorumlulukların yerine getirilmediğinin somut kanıtı ortaya konulmadan kıyas, yorum yapılarak suç kanıtları yaratılmaya çalışmıştır. 20.7.2007 gün ve 26588 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan ve Kamu Kuruluşlarındaki promosyon Uygulamasına Standartlar ve ilkeler getirilen Başbakanlık Tebliği'nden önce bankalar promosyanlarının nasıl kullanılacağı konusunda herhangi bir ölçü mevcut değilken, iddiaların bu genelgeye göre yorumlanmasının ve değerlendirilmesinin mümkün olmayacağı açıktır. Kaldı ki bu genelge daha önce yapılmış sözleşmeleri geçerli saymıştır.

Valiler, 5302 Sayılı Yasanın 30. maddesinin (2) bendi uyarınca şartsız bağışları kabul etme yetkisine sahip yürütme organıdır. Promosyon ise bağış değildir. Çünkü bağışlar karşılıksız yapılan yardımlardır. Burada bankanın bağışta bulunma iradesi mevcut değildir. Şayet bu durum söz konusu olsaydı promosyon ihalesine gerek olmazdı. Dolayısıyla Başbakanlık Genelgesinde de belirtildiği üzere bankalar bir karşılık olarak bu parayı vermektedirler. İdareye verilen paralar ise ... yılının Temmuz ayına göre ilgililerin insiyatifi ile kullanılmıştır. Dolayısıyla ... Valiliği ile bu ildeki ... Bankası yetkilileri arasında düzenlenen protokol çerçevesinde, personelin maaşlarının bankada bulunacağı sürede elde etmeyi umduğu gelir beklentisine karşılık verilen paranın bir bölümünün valiliğe araç alımında kullanılması 2005 yılı promosyon uygulamalarındaki serbestlik çerçevesinde suç oluşturmamaktadır.

Alınan aracın köy muhtarlığı adına tescil ettirilmesinin ise çıkar sağlamakla ilgili bulunmamaktadır. Hukuken ve fiilen il özel idarelerince bu köylere araç dahil her türlü yardımın yapılmasına engel bir durum yoktur.

İl Özel İdaresi bütçesine girmemiş bir paranın, bütçeleştirilerek yetkili organlarının onayından sonra harcanabilir hale gelen ödenekle de bir benzerliği bulunmamaktadır. Bankadan alınan promosyon bedelleri ne bağış, ne de yardımdır, bu nedenle 5018 sayılı Yasa kapsamında değerlendirilebilecek bir harcama da değildir.

Kamu Mali Kontrol Yasasının 11. maddesinde Valilikçe ve diğer üst yöneticilerin de sorumluluğunu irdelleyen Sayıştay Genel Kurulu'nun 14.6.2007 gün ve 5189/1 sayılı kararında;... genelleme yaparak üst yöneticilerin, işlemlerin hukuka uygun olarak yürütülmesinden sorumlu olacakları ya da olmayacakları yönünde görüş belirtmesi uygun bulunmamaktadır." denilmek suretiyle bu yöneticilerin her şeyden sorumlu olmayacağı ifade edilmiştir.

237 Sayılı Taşıt Kanununun 21.4.2005 gün ve 5335 sayılı Yasa ile getirilen imkanlar valilikçe il özel idaresi bütçesinden araç alma imkanı sağlanmaktadır. Buna ek olarak hizmet alımı yoluyla araç gereksinimlerini karşılama imkanı da tanımıştır. 4734 sayılı Kamu İhale Kanununa tabi olmayan köylerle, köylerin oluşturduğu birliklerin mevcut mevzuat çerçevesinde her türlü aracı almaya müsait oldukları da gözardı edilemez.

Promosyon karşılığı araç alınması yoluyla ortaya çıkmış kamu zararının varlığını gösteren hiçbir kanıt bulunmaması, görevde yetkiyi kötüye kullanma suçunun oluşması için yasadaki şartların oluşmadığı göstermektedir.

Banka promosyonu ile valinin eşine uçak bileti alınması ile ilgisi iddiada yer alan hususların, dosyada belgeler ışığında tutanağı değerlendirildiğinde bir dayanağının bulunmadığı, böyle bir ödemenin olması halinde bile il özel idare bütçesinden yapılacak temsil, Ağırhlama ve Tören Giderleri Yönetmeliğinin (Sayıştay Başkanlığının 5.1.1988 gün ve 233933/2 sayılı görüşü ile yürürlüğe konulmuştur.) 3. maddesinde yer alan; "Temsil, ağırhlama ve törenlere ait giderlerin, konu, kapsam ve miktarı ile davet edileceklerin tayini valinin taktirindedir. Bu giderlerin yapılmasını gerektiren tören ve toplantıya valinin katılması şartı aranmaz. Bu törene toplantılar Valinin tensibi ile eşi veya valinin vereceği yetki içerisinde vali yardımcısı ve ilçe kaymakamları tarafından da düzenlenir" şeklinde yeralan

düzenleme karşısında uygulamanın suç olarak nitelendirilemeyeceği açıktır. Bu uygulamayı yapanların eylemleri, töresel değerler ve tazmin hukukuna uyulmamasından dolayı işleme tabi tutulması gerektiği düşünülebilse de ceza yasasına göre soruşturma şartlarının bulunmadığı açıktır. Oysa ki dosyadaki belgelere göre vali eşi için alınan uçak biletinin kredi kartıyla ve promosyon hesabının kapatılmasından sonra alındığı görülmektedir.

Dosyadaki bilgi ve belgeler ışığında ... eski valisi ... ile ... İl Özel İdare Genel Sekreteri ...'nın yaptığı iş ve işlemlerde kamu zararı oluşmadığı gibi özel harcama yapıldığına ilişkin herhangi bir somut kanıt bulunmadığı bu nedenle yetkili merciin soruşturma izni verilmesine ilişkin 14.7.2008 günlü, Tef.Ku.Bşk.2008/136 sayılı kararına yapılan itirazların kabul edilerek kararın kaldırılması gerektiği görüşü ile çoğunluk görüşüne katılmıyorum.

T.C.
DANIŞTAY
Birinci Daire

Esas No : 2009/306

Karar No : 2009/433

Özeti : Vakıfların üniversite hizmet binalarında ve müstemilatında faaliyet göstermesinin 5072 sayılı Dernek ve Vakıfların Kamu Kurum ve Kuruluşları ile İlişkilerine Dair Kanunun 2 nci maddesine aykırı olduğu hakkında.

KARAR

Şüpheli : ...- ... Üniversitesi Öğretim Üyesi

Suç : ... Üniversitesi Yaşatma ve Geliştirme Vakfının, ... üniversitesi hizmet binalarında ve müstemilatında faaliyet göstermesine göz yummak suretiyle 5072 sayılı Dernek ve Vakıfların Kamu Kurum ve Kuruluşları İle İlişkilerine Dair Kanunun 2 nci maddesine aykırı hareket etmek

Suç Tarihi : 2004 yılı ve devamı

İncelenen Karar : Yükseköğretim Kurulu Başkanlığınca oluşturulan Kurulun 2.7.2008 gün ve 2008/9 sayılı lüzum-u muhakeme kararı

Karara İtiraz Eden : ...

İnceleme Nedeni : İtiraz üzerine

Yükseköğretim Kurulu Başkanlığının 27.2.2009 günlü, 1312 sayılı yazısı ile gönderilen soruşturma dosyası ve yukarıda belirtilen Kurul kararı, Dairemizin 30.1.2009 günlü, E:2008/1190, K:2009/ 193 sayılı kararı da dikkate alınarak Tetkik Hakimi Aylin Coşkun'un açıklamaları dinlendikten sonra, 2547 sayılı Yükseköğretim Kanununun 53 üncü maddesi uyarınca itiraz edenler yönünden incelendi;

Gereği Görüşülüp Düşünüldü :

Şüphelinin üstüne atılı suçu işlediğini doğrulayacak ve hakkında kamu davası açılmasını gerektirecek yeterli kanıtın dosyada mevcut olduğu anlaşıldığından, Yükseköğretim Kurulu Başkanlığınca oluşturulan Kurulun 2.7.2008 gün ve 2008/9 sayılı lüzum-u muhakeme kararının onanmasına, eylemine uyan 5072 sayılı Dernek ve Vakıflarının Kamu Kurum ve Kuruluşları İle İlişkilerine Dair Kanunun 3 üncü maddesi uyarınca yargılanmasına, yargılamanın Konya Sulh Ceza Mahkemesinde yapılmasına, dosyanın ... yönünden gereğinin yapılması için Konya Cumhuriyet Başsavcılığına, kararın birer örneğinin ... Üniversitesi Rektörlüğüne, Yükseköğretim Kurulu Başkanlığına ve itiraz edene gönderilmesine 6.3.2009 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

T.C.
DANIŞTAY
Birinci Daire
Esas No : 2009/423
Karar No : 2009/610

Özeti : Tam günlük öğretim üyesi olarak çalışmasına karşın özel bir hastanede de hasta takip ve tedavisi yapan öğretim üyesinin görevi kötüye kullandığı hakkında.

KARAR

Şüpheli : ... - ... Üniversitesi, Tıp Fakültesi, Kadın Hastalıkları ve Doğum Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

Suç : Tam günlük öğretim üyesi olarak çalışmasına karşın özel bir hastanede de hasta takip ve tedavisi yaparak görevi kötüye kullanmak

Suç Tarihi : 2006 yılı ve sonrası

İncelenen Karar: ... Üniversitesi Rektörlüğünce oluşturulan Yetkili Kurulun 14.1.2009 gün ve 2009/5 sayılı men-i muhakeme kararı

Karara İtiraz Eden : Yok

İnceleme Nedeni : Yasa gereği kendiliğinden

... Üniversitesi Rektörlüğünün 10.3.2009 gün ve 02237 sayılı yazısı ekinde gönderilen soruşturma dosyası ile yukarıda belirtilen Kurul kararı Tetkik Hakimi Bekir Özçelik'in açıklamaları dinlendikten sonra, 2547 sayılı Yükseköğretim Kanununun 53 üncü maddesi uyarınca incelendi;

Gereği Görüşülüp Düşünüldü :

Dosyanın incelenmesinden, ... Üniversitesi, Tıp Fakültesi, Kadın Hastalıkları ve Doğum Anabilim Dalı öğretim üyesi olarak görev yapan şikayetçi hakkında, tam günlük olarak çalışmasına rağmen ... Tüp Bebek Merkezi adlı özel bir Hastanede hasta takip ve tedavisi yaptığı ve hastalarını bu Merkeze yönlendirdiği iddiası ile yapılan şikayet üzerine başlatılan soruşturmada alınan tanık ifadeleri ile söz konusu iddiaların doğrulandığı bu nedenle şüphelinin atılı suçu işlediğini doğrulayacak ve hakkında kamu davasının açılmasını gerektirecek yeterli kanıtın dosyada mevcut olduğu anlaşıldığından, ... Üniversitesi Rektörlüğünce oluşturulan Yetkili Kurulun 14.1.2009 gün ve 2009/5 sayılı men-i muhakeme kararının bozulmasına, şüphelinin lüzum-u muhakemesine ve eylemine uyan Türk Ceza Kanununun 257 nci maddesi gereğince yargılanmasına, yargılamanın Samsun Asliye Ceza Mahkemesinde yapılmasına, dosyanın Samsun Cumhuriyet Başsavcılığına, kararın bir örneğinin ... Üniversitesi Rektörlüğüne gönderilmesine 9.4.2009 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

T.C.
DANIŞTAY
Birinci Daire
Esas No : 2009/647
Karar No : 2009/696

Özeti : Geçici işçi olarak üniversitede çalışan ve hakkında hakaret ve özel hayatın gizliliğini ihlal etmek suçlaması bulunan kişi hakkında Cumhuriyet Başsavcılığınca genel hükümlere göre işlem yapılması gerektiği hakkında.

KARAR

Şüpheli : ...-... Üniversitesi Sosyal Tesis ve Konukevi Müdürü

Suç : Şikayetçi ...'ya hakaret etmek ve özel hayatın gizliliğini ihlal etmek

Suç Tarihi : 2007 yılı

İncelenen Karar : Aydın Valiliği İl İdare Kurulunun 12.11.2008 tarih ve 02 sayılı men-i muhakeme kararı

Karara İtiraz Eden : Yok

İnceleme Nedeni : Yasa gereği kendiliğinden

Aydın Valiliğinin 14.4.2009 tarih ve 2932 sayılı yazısı ekinde gönderilen soruşturma dosyası ile yukarıda belirtilen Kurul kararı, Tetkik Hakimi Sebahattin Ünal'ın açıklamaları dinlendikten sonra, 2547 sayılı Yükseköğretim Kanununun 53 üncü maddesi uyarınca incelendi;

Gereği Görüşülüp Düşünüldü :

Dosyanın incelenmesinden, ... Üniversitesi Araştırma Görevlisi ...'ın misafiri olarak 8.5.2007 tarihinde Üniversitenin Konukevine gelen şikayetçinin, boş oda bulunmaması nedeniyle bir süre lobide bekledikten sonra istirahat etmek için Konukevinde kalan ve ... ile ortak arkadaşları olan ...'ın odasına adı geçenle birlikte gitmesi sonrasında Konukevi görevlilerince izinsiz kamera çekimi yapılmasına çalışıldığı ve şikayetçiye hakaret edildiği iddialarının tanık ifadeleri ile doğrulanmadığı, bu nedenle şüpheli ...'ın atılı suçları işlediğini doğrulayacak ve hakkında kamu davası açılmasını gerektirecek yeterli kanıtın dosyada bulunmadığı anlaşıldığından, Aydın Valiliği İl İdare Kurulunun 12.11.2008 tarih ve 02 sayılı men-i muhakeme kararının onanmasına,

Diğer taraftan şikayet dilekçesinde ismi belirtilen diğer şüpheli ... hakkında düzenlenen inceleme raporunda, Üniversitenin kadrolu personeli olmaması nedeniyle soruşturma açılmasına gerek bulunmadığı sonucuna varılmış ise de, geçici işçi olarak Üniversitede çalışan ve hakkında yukarıda belirtilen olay nedeniyle hakaret ve özel hayatın gizliliğini ihlal etmek suçlaması bulunan ... hakkında Aydın Cumhuriyet Başsavcılığınca genel hükümlere göre işlem yapılması gerektiğinden, dosyanın ... yönünden gereğinin yapılması için Aydın Cumhuriyet Başsavcılığına iletilmek üzere Aydın Valiliğine, kararın bir örneğinin ... Üniversitesi Rektörlüğüne gönderilmesine 28.4.2009 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

T.C.

DANIŞTAY

Birinci Daire

Esas No : 2009/633

Karar No : 2009/877

Özeti : 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 merciin saptanması gerektiği hakkında.

KARAR

Hakkında Ön İnceleme Yapılanlar :

1- ...- Manisa İli, ... Belediye Başkanı (SYDV Müttevelli Heyeti Üyesi)

2- ...- " " " " " " " " Üyesi

İtiraz Edilen Karar : Hakkında ön inceleme yapılanların tümü için soruşturma izni verilmemesine ilişkin İçişleri Bakanının 4.2.2009 gün 2009/23 sayılı kararı

Karara İtiraz Eden : Turgutlu Cumhuriyet Savcısı ...

Soruşturulacak Eylem : ... Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışma Vakfı Mütevelli Heyeti üyeliği denetim görevini gereği gibi yapmamak suretiyle Vakıf Saymanı ...'nın iş ve işlemleri sonucu vakfın zararına uğramasına neden olmak

Eylem Tarihi : 2000 - 2006 yılları

İçişleri Bakanlığının 14.4.2009 günlü ve 6050 sayılı yazısı ile gönderilen dosya, İçişleri Bakanının 4.2.2009 günlü ve 2009/23 sayılı soruşturma izni verilmemesine ilişkin kararı ve bu karara yapılan itiraz, Tetkik Hakimi Arzu Bozkurt Şen'in açıklamaları dinlendikten sonra, 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun uyarınca incelendi;

Gereği Görüşölüp Düşünölldü :

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 olduğı; 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 mercinin yargı çerçevesinde bulunduğı 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 edildiğı 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 değışen memurlar ve diğer kamu görevlileri hakkında suçun işlendiğı tarihteki görevin esas alınması suretiyle izin vermeye yetkili mercinin saptanması gerekmektedir.

Dosyanın incelenmesinden; ... Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışma Vakfının uğradığı zarardan 2000- 2006 yılları arasında vakfın mütevelli heyeti üyesi olarak görev yapanların sorumlu görölmeleri üzerine Manisa Valisinin 26.9.2008 günlü, 2008/78 sayılı kararıyla ilgililer hakkında soruşturma izni verilmesine karar verildiğı, yapılan itirazlar üzerine Manisa Bölge İdare Mahkemesinin 5.11.2008 günlü E: 2008/120, K: 2008/126 sayılı kararıyla ... İlçesi eski ve yeni belediye başkanları hakkında soruşturma izninin İçişleri Bakanı tarafından verilmesi gerekirken Manisa Valisince verilmiş olduğundan bahisle 26.9.2008 günlü 2008/78 sayılı kararın kaldırılmasına karar verildiğı, bu karar üzerine yeniden yapılan ön inceleme sonrasında İçişleri Bakanınca ... Belediye Başkanları ... ve ... hakkında soruşturma izni verilmemesine karar verildiğı, bu karara karşı ise Turgutlu Cumhuriyet Savcısı tarafından Dairemize itirazda bulunulduğu anlaşılmıştır.

Hakkında soruşturma izni istenen ... Belediye Başkanlarının aynı zamanda ... İlçesi Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışma Vakfı Mütevelli Heyeti Üyesi oldukları ve üzerlerine atılı eylemin Mütevelli Heyeti Üyeliğı görevlerinden kaynaklandığı; 4483 sayılı Kanunun 3 üncü maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca memur ve diğer kamu görevlilerinin isnat edilen eylem tarihindeki görevin esas alınması nedeniyle Mütevelli Heyeti üyeliğı görevinin 4483 sayılı Kanunun 3 üncü maddesinin (j) bendi kapsamında değeriendirilmesi ve haklarında bu madde kapsamında aynı fiile Mütevelli Heyet Başkanı olarak ilçe kaymakamının katılımı da

gözetilerek Manisa Valisince karar verilmesi gerektiğinden ilgililer hakkında soruşturma izni verilmemesine ilişkin İçişleri Bakanının 4.2.2009 gün 2009/23 sayılı kararının bu nedenle kaldırılmasına, bu konuda karar vermeye yetkili mercie iletmek üzere dosyanın İçişleri Bakanlığına iadesine, kararın bir örneğinin itiraz edene gönderilmesine 27.5.2009 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

T.C.
DANIŞTAY
Birinci Daire

Esas No : 2009/806
Karar No : 2009/1073

Özeti : Hakaret fiilinin kamu görevlisi olan dekana karşı görevinden dolayı işlendiğinin sabit olması karşısında şikayetçi şikayetinden vazgeçmiş olsa da suçun soruşturulması ve kovuşturulmasının şikayete bağlı olmaması nedeniyle şikayetten vazgeçmenin ceza soruşturmasını nihayete erdirmeyeceği hakkında.

KARAR

Şüpheli : ... - ... Üniversitesi Fen Edebiyat Fakültesi Öğretim Üyesi

Suç : Kimya Bölümü Kurul Toplantısında şikayetçi Fen Edebiyat Fakültesi Dekanı ...'a hakaret etmek.

Suç Tarihi : 25.6.2008

İncelenen Karar : ... Üniversitesi Rektörlüğünce oluşturulan Kurulun 16.3.2009 tarih ve 2009/3 sayılı men-i muhakeme kararı

Karara İtiraz Eden : Yok

İnceleme Nedeni : Yasa gereği kendiliğinden

... Üniversitesi Rektörlüğünün 25.5.2009 tarih ve 08024 sayılı yazısı ekinde gönderilen soruşturma dosyası ile yukarıda belirtilen Kurul kararı, Tetkik Hakimi Bihter Akdaş'ın açıklamaları dinlendikten sonra, 2547 sayılı Yükseköğretim Kanununun 53 üncü maddesi uyarınca incelendi;

Gereği Görüşölüp Düşünölldü :

Dosyanın incelenmesinden, şüpheli hakkında yapılan soruşturma kapsamında alınan tanık ifadelerinden, şüphelinin Fen Edebiyat Fakültesi Kimya Bölümü Kurul Toplantısına katılarak konuşma yapan Fakülte Dekanı ...'a "kıvırtma, şerefsiz, haysiyetsiz" gibi kelimelerle hakaret ettiğinin sabit olduğu, ancak daha sonra şüphelinin özür dilemesi üzerine şikayetçinin şikayetinden vazgeçtiğı, buna dayanarak soruşturmacı tarafından şüphelinin men-i muhakemesinin önerildiğı, Yetkili Kurulca da bu yönde karar verildiğı anlaşılmıştır.

Türk Ceza Kanununun hakaret suçunu düzenleyen 125 inci maddesinin 3-a bendinde, hakaret suçunun kamu görevlisine karşı görevinden dolayı işlenmesi halinde, cezanın alt sınırının bir yıldan az olamayacağı hükmünün yer aldığı, aynı Kanunun 131 maddesinin 1 inci bendinde ise, kamu görevlisine karşı görevinden dolayı işlenen hariç; hakaret suçunun soruşturulması ve kovuşturulmasının, mağdurun şikayetine bağlı olacağının belirtildiğı, olayda, hakaret fiilinin kamu görevlisi olan Dekana karşı görevinden dolayı işlendiğinin sabit olması karşısında ve yukarıdaki hükümler dikkate alındığında, her ne kadar şikayetçi şikayetinden vazgeçmiş olsa da suçun soruşturulması ve kovuşturulmasının şikayete bağlı olmaması nedeniyle şikayetten vazgeçmenin ceza soruşturmasını nihayete erdirmeyeceğı, şüphelinin üstüne atılı suçu işlediğini doğrulayacak ve hakkında kamu davasının açılmasını gerektirecek yeterli kanıtın dosyada mevcut olduğı anlaşıldığından, ...

Üniversitesi Rektörlüğünce oluşturulan Yetkili Kurulun 16.3.2009 tarih ve 2009/3 sayılı men-i muhakeme kararının bozulmasına, şüphelinin lüzum-u muhakemesine ve eylemine uyan Türk Ceza Kanununun 125 inci maddesi gereğince yargılanmasına, yargılamanın Trabzon Asliye Ceza Mahkemesinde yapılmasına, dosyanın Trabzon Cumhuriyet Başsavcılığına, kararın bir örneğinin ... Üniversitesi Rektörlüğüne gönderilmesine 25.6.2009 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

T.C.
DANIŞTAY
Birinci Daire

Esas No : 2009/1217
Karar No : 2009/1290

Özeti : Vali hakkında Vali Yardımcısı tarafından şikayet konusu ile ilgili olarak yapılan incelemeye dayanılarak İçişleri Bakanı tarafından verilen işleme konulmama kararının yerinde görülmediği hakkında.

KARAR

Hakkında İşleme Konulmama Kararı Verilen :

... -... Valisi

İtiraz Edilen Karar : Şikayetin işleme konulmamasına ilişkin İçişleri Bakanının 9.6.2009 tarih ve 9854 sayılı kararı

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

Soruşturulacak Eylem : ... Valiliği Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışma Vakfı aracılığıyla halka düşük kalorili kömür dağıtarak hava kirliliğine neden olmak

Eylem Tarihi : 2008-2009 yılı

İçişleri Bakanlığının 14.8.2009 tarih ve 13740 sayılı yazısı ekinde gönderilen dosya, İçişleri Bakanı tarafından verilen 9.6.2009 tarih ve 9854 sayılı şikayetin işleme konulmaması kararı ile bu karara şikayetçi vekili tarafından yapılan itiraz, Tetkik Hakimi Ayşe Bilge Çapraz'ın açıklamaları dinlenildikten sonra, 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun uyarınca incelendi;

Gereği Görüşölüp Düşünölldü:

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 yaptırılabilirceği, inceleme yapacakların, izin vermeye yetkili merciin bulunduğu kamu kurum veya kuruluşunun içerisinde 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 konulmaması 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 ...'ın Muğla Cumhuriyet Başsavcılığına verdiği dilekçede ... Valisi ... hakkında şikayetçi olduğunu belirttiği, Başsavcılığının 6.1.2009 tarih ve Soruşturma No:2008/5415 sayılı görevsizlik kararı üzerine Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının 5.3.2009 tarih ve yazısıyla ilgili hakkında ön inceleme yapılmasının istenildiği, söz konusu talebe rağmen Bakanlığın 16.3.2009 tarih ve 4835 sayılı yazısıyla ... Valiliğinden, iddia konusu hakkında araştırma yaptırılmasının istendiği, Vali Yardımcısı tarafından yapılan inceleme sonucunda İçişleri Bakanı tarafından 9.6.2009 tarih ve 9854 sayılı şikayetin işleme konulmaması kararı verildiği ve anılan kararın Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığına tebliğ edildiğine dair tebliğ alındısının dosyada bulunmadığı görülmüştür.

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

Ayrıca, ihbar ve şikayetlerin işleme konulmaması kararlarının 4483 sayılı Kanunun 4 üncü 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 inci maddesinde 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, ... Valisi hakkında ... Vali Yardımcısı tarafından şikayet konusu ile ilgili olarak yapılan incelemeye dayanılarak İçişleri Bakanı tarafından verilen işleme konulmama kararı bu yönüyle de yerinde görülmemiştir.

Bu durumda dosyada yer alan belgelerde şikayetçinin belli, şikayet konusu eylemin somut olduğu, kişi ve olay belirtildiği, iddiaların da ciddi bulgu ve belgelere dayandığı ve şikayet hakkında ön inceleme yaptırılmak üzere dosyanın Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı tarafından yetkili mercie gönderildiği anlaşıldığından, 4483 sayılı Kanunun yukarıda belirtilen hükümleri uyarınca, yetkili merci tarafından ön inceleme emri verilmesi, bu emre dayalı olarak ön inceleme raporu düzenlenmesi, yetkili merci tarafından söz konusu ön inceleme raporu 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 bildirimlerle ilişkin günlük ve imzalı bildirim alındıları ile itiraz dilekçelerinin de eklenerek dosyanın Dairemize gönderilmesi gerektiğinden, itirazın kabulü ile İçişleri Bakanı tarafından ihbar ve şikayetin işleme konulmamasına ilişkin olarak verilen 9.6.2009 tarih ve 9854 sayılı kararın kaldırılmasına, dosyanın İçişleri Bakanlığına, kararın bir örneğinin itiraz eden şikayetçi vekiline gönderilmesine 1.10.2009 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 9.6.2009 tarih ve 9854 sayılı şikayetin işleme konulmaması kararına yapılan itirazın incelenmeksizin reddi gerektiği görüşüyle çoğunluk kararına katılmıyorum.

YARGI KARARLARI

BAŞKANLAR KURULU KARARLARI

T.C.
DANIŞTAY
Başkanlar Kurulu
Esas No : 2009/13
Karar No : 2009/17

Özeti : Davacının özlük dosyasında yer verilmesini istemediği kayıt ve belgelerin iptali istemine ilişkin uyuşmazlığın, Beşinci Dairece çözülmesi gerektiği hakkında.

... tarafından, Kültür ve Turizm Bakanlığına karşı açılan dava sonucunda, Ankara 2. İdare Mahkemesince verilen 27/02/2007 günlü ve E:2005/2718, K:2007/441 sayılı kararın temyizen incelenmesi aşamasında, Danıştay İkinci ve Beşinci daireleri arasında çıkan görev uyuşmazlığına ilişkin dosya incelendi.

Gereği görüşülüp düşünüldü:

Dördüncü Daire Başkanı ... ile Beşinci Daire Başkanı ...'ın, "16/06/2004 günlü ve 2004/13 sayılı Danıştay Başkanlar Kurulu kararı ile kamu personelinin sicillerine ilişkin dava ve temyiz başvurularının Danıştay İkinci Dairesinde görülmesi öngörülmüştür.

657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun, 'Siciller' başlıklı 6'ncı Bölümünde yer alan 109 ve 110'uncu maddelerde, her memur için birer özlük ve sicil dosyasının tutulacağı kurala bağlanmış; 657 sayılı Kanuna dayanılarak çıkarılan Devlet Memurları Sicil Yönetmeliğinin 6'ncı maddesinin son fıkrasında da, bu Yönetmeliğin uygulanmasında özlük dosyalarının memurların sicillerinin bir parçası sayılacağı ve gizli sicil raporlarının doldurulması esnasında ilgili sicil amirlerince incelenebileceği kuralına yer verilmiştir.

Devlet memurlarının özlük ve sicil dosyası ile ilgili düzenlemelere 657 sayılı Kanunun 'Siciller' başlığı altında yer verilmesi ve özlük dosyalarının memurların sicillerinin bir parçası sayılacağı yolundaki Yönetmelik kuralı karşısında davacının, özlük (sicil) dosyasında bulunan bazı kayıt ve belgelerin iptali isteminden doğan uyuşmazlığın, kamu personelinin sicilleriyle ilgili dava kapsamında değerlendirilmesi gerektiği açıktır.

Buna göre, uyuşmazlığın görümü ve çözümü görevi, 16/06/2004 günlü ve 2004/13 sayılı Başkanlar Kurulu kararı uyarınca, İkinci Daireye ait bulunmaktadır." yolundaki ayrışık oylarına karşılık,

Dava, Kültür ve Turizm Bakanlığında uzman olarak görev yapan davacı tarafından, özlük (sicil) dosyasında bulunan ve aleyhine kullanıldığını ileri sürdüğü bazı kayıt ve belgelerin iptali istemiyle açılmıştır.

2575 sayılı Danıştay Kanunu'nun 29'uncu maddesinde, kamu görevlilerine ait mevzuattan doğan uyuşmazlıklara ilişkin davaların Beşinci Dairece çözümleneceği kurala bağlanmıştır.

657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 110'uncu maddesinde, her Devlet memurunun bir sicil dosyasının bulunacağı, sicil amirleri tarafından düzenlenecek sicil raporları ile varsa müfettişler tarafından verilen denetleme raporları ve memurların mal beyannamelerinin sicil dosyalarına konulacağı kuralına yer verilmiştir.

Devlet Memurları Sicil Yönetmeliğinin 6'ncı maddesinde de, her memur için kurumlarınca bir özlük dosyası düzenleneceği öngörülmüş; özlük dosyasında bulunacak belgeler arasında, memur hakkında yapılan disiplin soruşturmalarına dair evrak ve verilen

disiplin cezaları, herhangi bir suçtan dolayı hakkında dava açılmış ise hükümlülük (affedilmiş olsalar bile) men'i muhakeme veya beraat kararı sayılmıştır.

İnceleme konusu olayda; uyuşmazlık, davacının geçmişte yargılandığı bir ceza davasında mahkemece verilen beraat kararına, yine aynı olaydan dolayı Çankaya Belediye Başkanlığı tarafından verilen kınama cezasına ve Ankara Sıkıyönetim Komutanlığı Askeri Savcılığı tarafından verilen takipsizlik kararına özlük dosyasında yer verilmesi sonucu, bu kayıt ve belgelerin, başka bir göreve atanması nedeniyle açtığı davada aleyhine kullanıldığından bahisle özlük dosyasından çıkarılması isteminden doğmuştur.

Buna göre, davacının özlük dosyasında yer verilmesini istemediği kayıt ve belgelerin, mesleki ehliyeti ile genel durum ve davranışlarının değerlendirildiği sicillerine ilişkin olmadığından ortada bir sicil uyuşmazlığının varlığından söz etme imkanı bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle, kamu personelinin özlük dosyasında yer verilecek kayıt ve belgelere ilişkin bulunan uyuşmazlığın görümü ve çözümü görevinin 2575 sayılı Kanunun 29'uncu maddesi uyarınca Beşinci Daireye ait bulunduğu, dosyanın anılan Daireye gönderilmesine 12/06/2009 gününde oyçokluğu ile karar verildi.

T.C.

DANIŞTAY

Başkanlar Kurulu

Esas No : 2009/19

Karar No : 2009/19

Özeti : Madencilik fonu kesintisine ilişkin uyuşmazlığın, Sekizinci Dairece çözümlenmesi gerektiği hakkında.

... Madencilik ve Elektrik Üretim Sanayi Ticaret Anonim Şirketi tarafından, Maliye Bakanlığına karşı açılan davada, Danıştay Sekizinci ve Yedinci daireleri arasında çıkan görev uyuşmazlığına ilişkin dosya incelendi.

Gereği görüşülüp düşünüldü:

Dava, Gümrük Müsteşarlığı Gümrükler Genel Müdürlüğü'nün 29/04/2008 günlü ve 10966 sayılı yazısında yer verilen; "Yürürlükte bulunan Maden Kanunu Uygulama Yönetmeliğinde fon kesintisinin konusunu, oranını, ödeme usulünü ve süresini belirleyen hükümler yer almadığı gerekçesiyle dayanağı kalmayan fon kesintilerinin durdurulmasına karar verildiği, 09/04/2008 tarihi itibarıyla (bu tarih dahil) madencilik fonu kesintisi yapılmaması ve bu tarihten önce yapılan fon kesintilerinin de iade edilmemesi gerektiği"ne ilişkin Maliye Bakanlığının 24/04/2008 günlü ve 42581 ile 25/04/2008 günlü ve 43627 sayılı yazılarında yer alan '... bu tarihten önce yapılan fon kesintilerinin de iade edilmemesi gerektiği' yolundaki ibarenin iptali istemiyle açılmıştır.

2575 sayılı Danıştay Kanunu'nun 32'nci maddesinin (d) bendinde; Sekizinci Dairenin, maden, taşocakları ve orman mevzuatına ilişkin davaları çözümleyeceği kurala bağlanmıştır.

3213 sayılı Maden Kanunu'nun mülga 34'üncü maddesi ile Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı nezdinde kurulmuş bulunan Madencilik Fonu; söz konusu 34'üncü maddenin, 4629 sayılı Bazı Fonların Tasfiyesi Hakkında Kanunun 1/j maddesi ile yürürlükten kaldırılması suretiyle tasfiye edilmiş; ancak 4629 sayılı Kanunun Geçici 1/A-a-5 maddesinde, bu Kanun ile yürürlükten kaldırılan fonların gelirlerine ilişkin olarak, bu konularda yeni bir düzenleme yapıncaya kadar, 3213 sayılı Maden Kanunu'nun 34'üncü maddesi uyarınca maden ithalat ve ihracatı üzerinden mülga Madencilik Fonu adına tahsil edilmekte olan fon kesintilerinin, bu Kanunla yürürlükten kaldırılan hükümler çerçevesinde tahsil edilmeye devam edileceği ve

doğrudan bütçeye gelir yazılacağı kurala bağlanmış; aynı Kanunun Geçici 1-D maddesinde de, "Bu Kanunla ve diğer şekillerde kaldırılan fonların tasfiyesine ilişkin olarak gerekli her türlü düzenlemeyi yapmaya ilgisine göre Maliye Bakanı, Devlet Planlama Teşkilatı Müsteşarlığı ve Hazine Müsteşarlığının bağlı olduğu Bakanlar yetkilidir." kuralına yer verilmiştir.

03/02/2005 günlü ve 25716 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Maden Kanunu Uygulama Yönetmeliğinin 133'üncü maddesi ile yürürlükten kaldırılan 22/08/1985 günlü ve 18850 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Maden Kanununun Uygulanmasına Dair Yönetmeliğin 36'ncı maddesinde, Fon'un kuruluş amacının, madencilik sektöründe arama, teknolojik araştırma, geliştirme, proje, tesis alt yapı, istihsal ve ihracat konularında finansman kredisi vermek ve Maden Kanununun 34'üncü maddesinin son fıkrası gereğince alınacak Bakanlar Kurulu Kararında belirtilecek konularda subvansiyon ödemelerinde bulunmak olarak kurala bağlanmış; 50'nci maddesinde, fonun gelirleri arasında maden ithalat ve ihracatından alınacak fon kesintileri de sayılmış bulunmaktadır.

Yukarıda aktarılan mevzuat hükümlerine göre Maden Kanunu ve bu Kanuna dayanılarak çıkarılan Yönetmeliğin dayanağını oluşturduğu uyumsuzluk konusu madencilik fonu kesintileri, bir vergi, resim, harç veya benzeri mali yüküm olmadığı gibi söz konusu kesintilerin vergi ile bağlantısı ve etkileşimi de bulunmamaktadır.

Buna göre, maden mevzuatının uygulanmasından kaynaklanan davanın görümü ve çözümü görevinin 2575 sayılı Danıştay Kanunu'nun 32/d maddesi uyarınca Sekizinci Daireye ait bulunduğu, dosyanın anılan Daireye gönderilmesine 12/06/2009 gününde oybirliği ile karar verildi.

T.C.
DANIŞTAY
Başkanlar Kurulu
Esas No : 2009/30
Karar No : 2009/24

Özeti : İlköğretim okullarında öğle yemeği uygulamasından kaynaklanan uyumsuzluğun, Sekizinci Dairece çözülmesi gerektiği hakkında.

... tarafından, İstanbul Valiliğine karşı açılan dava sonucunda, İstanbul 5. İdare Mahkemesince verilen 30/04/2008 günlü ve E:2007/1801, K:2008/901 sayılı kararın temyizen incelenmesi aşamasında, Danıştay Onuncu ve Sekizinci daireleri arasında çıkan görev uyumsuzluğuna ilişkin dosya incelendi.

Gereği görüşülüp düşünüldü:

Dava, İstanbul İl Milli Eğitim Müdürlüğünün Etüt ve Beslenme Okulları haricindeki okullarda 19/10/2007 tarihinden itibaren yemek verilmemesine ilişkin 18/10/2007 tarihli işlemi ve bu işlem gereğince yemek dağıtımının yasaklanması yönünde tesis edilen ... İlköğretim Okul Müdürlüğü işleminin iptali istemiyle açılmıştır.

2575 sayılı Danıştay Kanunu'nun 32'nci maddesinin (f) bendinde, öğrenci ve öğrenim işlerine ilişkin davaların, Danıştay Sekizinci Dairesince çözümleneceği kurala bağlanmıştır.

1739 sayılı Milli Eğitim Temel Kanunu'nun 16'ncı maddesinde, eğitim kurumlarının amaçlarının gerçekleştirilmesine katkıda bulunmak için okul ile aile arasında iş birliğinin sağlanacağı, bu amaçla okullarda okul-aile birliklerinin kurulacağı; okul-aile birliklerinin diğer faaliyetleri yanında okulların bünyesinde bulunan kantin, açık alan, salon ve benzeri yerleri

işlettirebilecekleri veya işletebilecekleri kuralına yer verilmiş; Kanunun bu hükmüne dayanılarak çıkarılan ve 31/05/2005 günlü ve 25831 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Milli Eğitim Bakanlığı Okul-Aile Birliği Yönetmeliğinin 4'üncü maddesinde, bu Yönetmelikte geçen "Kantin"in, okullardaki büfe, kantin, çay ocağı, yemekhane ve kafeteryaları ifade edeceği; 17'nci maddesinde, bu yerlerin okul aile birliklerince işletileceği veya üçüncü kişilere kiraya verilmek suretiyle işletirileceği öngörülmüştür.

İnceleme konusu olayda, davalı idarece, öğle yemeği uygulamasının, 1739 sayılı Milli Eğitim Temel Kanunu, 222 sayılı İlköğretim Eğitim Kanunu ve İlköğretim Kurumları Yönetmeliğine dayanılarak Milli Eğitim Bakanlığının 26/04/1996 günlü oluru ile çıkarılan Milli Eğitim Bakanlığı İstanbul İli Etüt ve Beslenme İlköğretim Okulu Yönergesinde yer alan kurallara göre yürütüldüğü, mülkiyeti il özel idaresine ait ilköğretim okullarında ise kantin dışında yemekhane açılmasının İl Daimi Encümeninin 21/10/2002 günlü ve 4214 sayılı kararı ile yasaklandığı ifade edilmiştir.

Buna göre, ... İlköğretim Okulunda verilen öğle yemeğinin kaldırılmasından doğan uyuşmazlığın, yukarıda yer verilen milli eğitim mevzuatı çerçevesinde değerlendirilerek çözümleneceği; başka bir anlatımla, uyuşmazlığın öğrenci ve öğrenim işine ilişkin bulunduğu açıktır.

Açıklanan nedenlerle, davanın görümü ve çözümü görevinin 2575 sayılı Danıştay Kanunu'nun 32'nci maddesinin (f) bendi uyarınca Sekizinci Daireye ait bulunduğu, dosyanın anılan Daireye gönderilmesine 12/06/2009 gününde oybirliği ile karar verildi.

T.C.
DANIŞTAY
Başkanlar Kurulu
Esas No : 2009/38
Karar No : 2009/26

Özeti : Enerji Piyasası Düzenleme Kurumunda hizmet sözleşmesi ile çalışan personelin kadrolu bir göreve naklen atanmasına ilişkin uyuşmazlığın, Beşinci Dairece çözümlenmesi gerektiği hakkında.

... tarafından, Enerji Piyasası Düzenleme Kurumuna karşı açılan davada, Danıştay Beşinci ve Onikinci daireleri arasında çıkan görev uyuşmazlığına ilişkin dosya incelendi.

Gereği görüşülüp düşünüldü:

Onuncu Daire Başkanı ... Sekizinci Daire Başkanı ... ile Beşinci Daire Başkanı ...'ın, "Uyuşmazlık, davacının, Enerji Piyasası Düzenleme Kurumunda 'Yerli Uzman' olarak hizmet sözleşmesi ile çalışmakta iken, 5784 sayılı Kanunun Geçici 2'nci maddesi hükmünden yararlandırılmak suretiyle 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'na tabi 'Yönetim Görevlisi' kadrosuna atanmasına ilişkin işlemde kaynaklanmakta; dolayısıyla, Kurumda hizmet sözleşmesi ile asli ve sürekli görevler dışında istihdam edilen yerli uzmanların 657 sayılı Kanunun 48'inci maddesinin (A) bendinde belirtilen şartları taşımaları halinde kadro karşılığı bir göreve atanmalarına ilişkin bulunmaktadır.

Buna göre, hizmet sözleşmesi ile asli ve sürekli görevler dışında çalıştırılmak üzere istihdam edilen davacının, kadro karşılığı bir göreve atanmasının ağıktan kamu görevine atanma niteliğinde bir işlem olması nedeniyle davanın, Danıştay Başkanlar Kurulunun 17/01/1995 günlü ve 1995/8 sayılı kararı uyarınca Onikinci Dairece çözümlenmesi gerekmektedir." yolundaki ayrışık oylarına karşılık,

Dava, Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu Elektrik Piyasası Dairesi Başkanlığında "Yerli Uzman" olarak görev yapan davacı tarafından, aynı Daire Başkanlığına "Yönetim Görevlisi" olarak atanmasına ilişkin 15/10/2008 günlü ve 727 sayılı işlem ile Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu Teşkilatı Personelinin Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmeliğin 13/d maddesinin iptali ve işleminden kaynaklanan mali ve özlük haklarına ilişkin zararın tazmini istemiyle açılmıştır.

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

4628 sayılı Elektrik Piyasası Kanunu'nun 9'uncu maddesinin, 2'nci fıkrasında, kurum hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevlerin, idari hizmet sözleşmesi ile sözleşmeli olarak istihdam edilen personel eliyle yürütüleceği, kurum personelinin ücret ve mali haklar dışında 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'na tabi olacağı; 4'üncü fıkrasında, yerli ve yabancı uzmanların, birinci fıkrada belirtilen yönetmelik kapsamında, Başkanlığın hazırlayıp Kurulun onayı ile yürürlüğe konacak yönetmelik esaslarına göre istihdam edilebilecekleri öngörülmüş; Kanunun bu hükmüne dayanılarak çıkarılan ve 12/02/2002 günlü ve 24669 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu Yerli ve Yabancı Uzman İstihdamına İlişkin Yönetmeliğin 4'üncü maddesinde de, "Uzman Personelin", kurumda asli ve sürekli görevler dışındaki uzmanlık gerektiren görevlerde sözleşme ile istihdam edilen yerli ve yabancı uzmanları ifade edeceği; 6'ncı maddesinde, uzman personelin sosyal güvenlik açısından, 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'na tabi olacağı kurala bağlanmıştır.

26/07/2008 günlü ve 26948 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 5784 sayılı Elektrik Piyasası Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun Geçici 2'nci maddesinde, "Bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihte Enerji Piyasası Düzenleme Kurumunda yerli ve yabancı uzman statüsünde görev yapmakta olanlardan, 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 48'inci maddesinin (A) bendinde belirtilen şartları taşıyanlar, bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren bir ay içerisinde başvurmaları halinde, 657 sayılı Kanunun sınav ve adaylık hükümlerine tabi olmaksızın Enerji Piyasası Düzenleme Kurumunda durumlarına uygun boş kadrolara atanırlar.

Birinci fıkra uyarınca ataması yapılanların, daha önceki 657 sayılı Devlet Memurları Kanununa tabi olmayan hizmet süreleri kazanılmış hak aylık, derece ve kademelerinin tespitinde değerlendirilir. Atama sebebiyle boşalacak yerli ve yabancı uzman pozisyonları kendiliğinden iptal edilmiş sayılır." kuralına yer verilmiştir.

İnceleme konusu olayda, Enerji Piyasası Düzenleme Kurumunda hizmet sözleşmesi ile "Yerli Uzman" olarak görev yapan davacının, 5784 sayılı Kanunun Geçici 2'nci maddesi hükmünden yararlandırılmak suretiyle Elektrik Piyasası Dairesi Başkanlığı emrine "Yönetim Görevlisi" olarak yapılan ataması, kariyer ve liyakat ilkeleri gözetilmeksizin tesis edildiği gerekçesiyle dava konusu edilmiştir.

Buna göre, davacının, Enerji Piyasası Düzenleme Kurumunda hizmet sözleşmesi ile çalışan kamu personeli iken, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'na tabi kadrolu bir göreve naklen atamasının yapıldığı; dolayısıyla, davacının anılan Kanunun 48'inci maddesi uyarınca açıktan ataması yapılacak kişi durumunda bulunmadığı görülmektedir.

Açıklanan nedenlerle, kamu görevlisi olan davacının, naklen atanmasına ilişkin uyuşmazlığın görümü ve çözümü görevinin, Danıştay Başkanlar Kurulunun 17/01/1995 günlü ve 1995/8 sayılı kararı uyarınca Beşinci Daireye ait bulunduğu, dosyanın anılan Daireye gönderilmesine 12/06/2009 gününde oyçokluğu ile karar verildi.

T.C.
DANIŞTAY
Başkanlar Kurulu
Esas No : 2009/48
Karar No : 2009/40

Özeti : Tedavi Yardımına İlişkin Uygulama Tebliğinden kaynaklanan uyuşmazlığın, Danıştay Başkanlar Kurulunun 2007/18 sayılı kararı uyarınca, İkinci Dairece çözülmesi gerektiği hakkında.

... tarafından, Maliye Bakanlığı ile Sosyal Güvenlik Kurumu Başkanlığına karşı açılan davada, Danıştay İkinci ve Onbirinci daireleri arasında çıkan görev uyuşmazlığına ilişkin dosya incelendi.

Gereği görüşülüp düşünüldü :

Dava, emekli polis memuru olan davacı tarafından, tedavisinde kullanılan tıbbi malzemeye ilişkin bedelin eksik ödenmesine ilişkin işlem ile 2006-6 sayılı Tedavi Yardımına İlişkin Uygulama Tebliğinin 20.2'nci maddesinin 4'üncü paragrafının iptali ve 12.897,60 TL'nin tazminine karar verilmesi istemiyle açılmıştır.

Danıştay Başkanlar Kurulunun 19/06/2007 günlü ve 2007/18 sayılı kararı ile Tedavi Yardımına İlişkin Uygulama Tebliğinden kaynaklanan uyuşmazlıkları bir dairede toplamak ve bu dosyaların süratle sonuçlandırılmasını sağlamak amacıyla herhangi bir ayırım yapılmaksızın Danıştayın ilgili idari dava dairelerinde görülmekte olan, Tedavi Yardımına İlişkin Uygulama Tebliğinden kaynaklanan ilk derece ve temyiz başvurularını çözümleme görevi Danıştay İkinci Dairesine verilmiştir.

Buna göre, uyuşmazlığın, Tedavi Yardımına İlişkin Uygulama Tebliği hükmü ve bu Tebliğe dayalı olarak tesis edilen işlemin iptali istemine ilişkin bulunması nedeniyle davanın görümü ve çözümü görevinin, Danıştay Başkanlar Kurulunun 2007/18 sayılı kararı uyarınca İkinci Daireye ait bulunduğu, dosyanın anılan Daireye gönderilmesine 15/07/2009 gününde oybirliği ile karar verildi.

İDARİ DAVA DAİRELERİ KURULU KARARLARI

AVUKATLIK İŞLERİ

T.C.
DANIŞTAY
İdari Dava Daireleri
Kurulu

Esas No: 2009/391

Karar No: 2009/1696

Özeti : Silahlı gasp suçundan dolayı ağır hapis cezası ile cezalandırılmasına karar verilen davacının uyuşmazlık tarihinde yürürlükte bulunan mevzuat uyarınca memnu haklarının iadesine karar verilmesinin 1136 sayılı Avukatlık Kanununun 5. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendinde sayılan ehliyetsizliğini ortadan kaldıracağı, ancak davacının mahkumiyetine neden olan eylemin niteliği dikkate alındığında, bu eylemin, hukukun üstünlüğü ve insan haklarını korumakla görevli avukatlık mesleğinin ilke ve amaçlarıyla bağdaşmadığı açık olduğundan, 1136 sayılı Avukatlık Kanununun 5. maddesinin birinci fıkrasının (c) bendi uyarınca, avukatlık mesleğine yaraşmayacak tutum ve davranışlarının çevresinde bilindiğinden bahisle baro levhasına yazılmasının uygun bulunmadığına ilişkin işlemde hukuka aykırılık bulunmadığı gibi, anılan kanun maddesinin Anayasaya da aykırı olmadığı hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan (Davalı) : Adalet Bakanlığı

Diğer Davalı : Türkiye Barolar Birliği Başkanlığı

Vekili : Av. ...

Karşı Taraf (Davacı) : ...

Vekili : Av. ...

İstemin Özeti : Ankara 1. İdare Mahkemesinin 29.12.2008 günlü, E:2008/1631, K:2008/2167 sayılı ısrar kararının temyizen incelenerek bozulması davalı idarelerden Adalet Bakanlığı tarafından istenilmektedir.

Savunmanın Özeti : Temyiz isteminin reddi gerektiği savunulmaktadır.

Danıştay Tetkik Hakimi Şehnaz Gençay Karabulut'un Düşüncesi : Temyiz isteminin reddi ile ısrar kararının onanması gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı Elmas Mucukgil'in Düşüncesi : İdare mahkemesince, Danıştay Sekizinci Dairesinin; karar düzeltme isteminin kabulü ile onama kararının kaldırılarak, mahkeme kararının bozulması yolunda verilen 7.10.2008 tarih ve E:2008/3604, K:2008/5592 sayılı kararına uyulmayarak, verilen ısrar kararının, Dairenin anılan kararında belirtilen gerekçe ile bozulmasının uygun olacağı düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulunca 1136 sayılı Avukatlık Kanununun 5. maddesinin birinci fıkrasının (c) bendinin, Anayasanın çalışma hak ve özgürlüğünü düzenleyen 48. ve 49. maddeleri hükmüne aykırı olduğu ve iptali için Anayasa Mahkemesine başvurulması gerektiği yolundaki Danıştay Onuncu Dairesi Başkanı ..., Danıştay Onbirinci Dairesi Başkanı ..., Danıştay Beşinci Daire Başkanı ..., Danıştay Sekizinci Daire Üyesi ..., Danıştay İkinci Daire Üyesi ..., Danıştay Onikinci Daire Üyesi ..., Danıştay Altıncı Daire Üyesi ..., Danıştay Onuncu Daire Üyeleri ..., ... ve Danıştay İkinci Daire Üyesi ...'ün azlık oyuna karşın, Anayasa Mahkemesine itiraz yoluyla başvurulmasına gerek olmadığına karar verilerek dosya incelendi, gereği görüldü;

Dava İstanbul Barosu Yönetim Kurulu tarafından baro levhasına yazılmasına karar verilen davacının, avukatlık mesleğine yaraşmayacak tutum ve davranışlarının çevresince bilindiğinden bahisle baro levhasına yazılmasının uygun bulunmadığına ilişkin 12.7.2005 günlü, 387-3 sayılı Türkiye Barolar Birliği Yönetim Kurulu kararı ile bu kararın onaylanmasına ilişkin 8.9.2005 günlü, 17649 sayılı Adalet Bakanlığı işleminin iptali istemiyle açılmıştır.

Ankara 1. İdare Mahkemesinin 21.6.2006 günlü, E:2005/1903, K:2006/1542 sayılı kararıyla, 6136 sayılı Kanuna muhalefet ve silahlı gasp suçundan mahkumiyeti bulunan ve cezaların infazından sonra memnu haklarının iadesine karar verilen davacının, avukatlık mesleğine yaraşmayacak tutum ve davranışlarının çevresince biliniyor olmasından söz edilmesi için, bu hususun baroca yapılacak araştırma sonucu tespit edilmesi gerektiği, bu yönde bir araştırma yapılmadan tesis edilen işlemlerde hukuka uyarlık bulunmadığı gerekçesiyle dava konusu işlemlerin iptaline karar verilmiştir.

Anılan karar, karar düzeltme aşamasında Danıştay Sekizinci Dairesinin 7.10.2008 günlü, E:2008/3604, K:2008/5592 sayılı kararıyla; 1136 sayılı Avukatlık Kanunun 5. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendinde, taksirli suçlar hariç kesinleşmiş bir kararla iki yıldan fazla hapis veya bir yıldan fazla ağır hapis cezasıyla veya basit ve nitelikli zimmet, irtikap, rüşvet, hırsızlık, dolandırıcılık, sahtecilik, inancı kötüye kullanmak ve dolanlı iflas gibi yüz kızartıcı suçlarla, istimal ve istihlak kaçakçılığı hariç kaçakçılık, ihaleye fesat karıştırmak suçlarından biri ile hüküm giymiş olmanın; (c) bendinde ise, avukatlık mesleğine yaraşmayacak tutum ve davranışları çevresince bilinmiş olmanın avukatlığa kabule engel haller arasında sayıldığı; dosyanın incelenmesinden, davacı hakkında 6136 sayılı Yasaya muhalefet suçundan dolayı verilen cezanın Bakırköy 7. Asliye Ceza Mahkemesinin 16.3.2001 günlü, 2001/45 Müt. sayılı kararıyla, silahlı gasp suçundan verilen cezanın ise Bakırköy 2. Asliye Ceza Mahkemesinin 5.4.2004 günlü, 2004/73 D.İş sayılı kararıyla adli sicil kaydından silinmesine karar verildiği, İstanbul 1. Ağır Ceza Mahkemesinin 26.3.2004 günlü, Müt.2004/90 sayılı kararı ile memnu haklarının iadesine karar verilen davacının baro levhasına yazılmak istemiyle yaptığı başvurunun İstanbul Barosunca kabul edilmesine rağmen, Türkiye Barolar Birliği Yönetim Kurulu'nun 12.7.2005 günlü, 1387-3 sayılı kararıyla, davacının avukatlık mesleğine yaraşmayacak tutum ve davranışlarının çevresince bilindiğinden bahisle 1136 sayılı Yasanın 5/1-c maddesi uyarınca kabul edilmediği, bu kararın Adalet Bakanlığının 8.9.2005 günlü, 17649 sayılı işlemi ile onaylandığının anlaşıldığı; yargının kurucu unsurlarından olan bağımsız savunmayı temsil eden avukatlık mesleğine kabulün, yukarıda Yasa maddesinde belirtilen bir kısım usuli işlemler ve onaylar sonucu gerçekleştiği, davacının avukatlık stajına kabul edilerek staj eğitimini tamamlamasının avukatlığa kabul edildiği anlamını taşımadığı; öte yandan, davacının işleyerek yargılandığı ve ağır hapis cezasına mahkum olduğu fiillerin niteliği dikkate alındığında, bu fiillerin 1136 sayılı Yasanın 5/1-c maddesi uyarınca avukatlık mesleğine kabule engel teşkil ettiği gerekçesiyle davacı hakkında tesis edilen işlemlerin iptaline karar veren mahkeme kararı bozulmuş ise de, İdare Mahkemesi bozma kararına uymayarak, işlemlerin iptali yolundaki ilk kararında ısrar etmiştir.

Davalı idarelerden Adalet Bakanlığı, Ankara 1. İdare Mahkemesinin 29.12.2008 günlü, E:2008/1631, K:2008/2167 sayılı ısrar kararının temyizden incelenerek bozulmasını istemektedir.

1136 sayılı Avukatlık Kanununun 5. maddesinin birinci fıkrasının uyuşmazlık tarihinde yürürlükte bulunan (a) bendinde, "taksirli suçlar hariç kesinleşmiş bir kararla iki yıldan fazla hapis veya bir yıldan fazla ağır hapis cezasıyla veya basit ve nitelikli zimmet, irtikap, rüşvet, hırsızlık, dolandırıcılık, sahtecilik, inancı kötüye kullanmak ve dolanlı iflas gibi yüz kızartıcı suçlarla, istimal ve istihlak kaçakçılığı hariç kaçakçılık, ihaleye fesat karıştırmak suçlarından biri ile hüküm giymiş olmak", (c) bendinde ise "avukatlık mesleğine yaraşmayacak tutum ve davranışları çevresince bilinmiş olmak" avukatlığa kabule engel olan haller arasında sayılmıştır.

Temyiz istemine konu dosyanın incelenmesinden, silahlı gasp suçundan dolayı İstanbul 1. Ağır Ceza Mahkemesinin 7.12.1982 günlü, E:1981/312, K:1982/387 sayılı kararıyla ağır hapis cezası ile cezalandırılmasına karar verilen davacının, bu cezası ile ilgili kaydın Bakırköy 2. Asliye Ceza Mahkemesinin 5.4.2004 günlü, 2004/73 D.İş sayılı kararıyla adli sicilinden silindiği ve İstanbul 1. Ağır Ceza Mahkemesinin 26.3.2004 günlü, Müt.2004/90 sayılı kararıyla da davacının memnu haklarının iadesine karar verildiği anlaşılmaktadır.

Danıştay, kararlarında "Memnu hakların iadesi kararı", ister Türk Ceza Kanunundan, ister özel bir yasadaki kaynaklınsın kamu hizmetlerinden yasaklanma, memuriyetten mahrumiyet, seçme ve seçilme hakkından yoksun kılınma gibi temel hak ve özgürlükler alanındaki ehliyetlilikleri gelecek için ortadan kaldıran bir karar olarak tanımlanmış ve memnu hakların iadesinin ilgiliye kullanılması menedilen hakları kullanma yetkisi verdiği kabul edilmiştir.

Bu açıdan değerlendirildiğinde davacının memnu haklarının iadesinin, 1136 sayılı Kanunun 5. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendinde sayılan ehliyetliliklerini ortadan kaldırdığı tartışmasızdır.

Ancak, davacının mahkumiyetine neden olan eylemin niteliği dikkate alındığında, davacının bu eyleminin, hukukun üstünlüğü ve insan haklarını korumakla görevli avukatlık mesleğinin ilke ve amaçlarıyla bağdaşmadığı açık olup, İstanbul Barosu Yönetim Kurulu tarafından baro levhasına yazılmasına karar verilen davacının, avukatlık mesleğine yaraşmayacak tutum ve davranışlarının çevresinde bilindiğinden bahisle baro levhasına yazılmasının uygun bulunmadığına ilişkin dava konusu işlemlerde hukuka aykırılık bulunmadığından, dava konusu işlemleri iptal eden İdare Mahkemesinin ısrar kararında hukuka ve mevzuata uyarlık görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle, davalı idarelerden Adalet Bakanlığının temyiz isteminin kabulüne, Ankara 1. İdare Mahkemesinin 29.12.2008 günlü, E:2008/1631, K:2008/2167 sayılı ısrar kararının Danıştay Sekizinci Dairesince verilen karar doğrultusunda bozulmasına, dosyanın anılan Mahkeme'ye gönderilmesine 25.6.2009 gününde oyçokluğu ile karar verildi.

KARŞI OY

X- Temyiz dilekçesinde ileri sürülen hususlar Ankara 1. İdare Mahkemesinin 29.12.2008 günlü, E:2008/1631, K:2008/2167 sayılı ısrar kararının bozulmasını gerektirecek nitelikte bulunmadığından, temyiz isteminin reddi ile anılan kararın onanması oyuyla, karara karşıyız.

KARŞI OY

XX- 1136 sayılı Avukatlık Kanununun 5. maddesinin birinci fıkrasının uyuşmazlık tarihinde yürürlükte bulunan (a) bendinde, "taksirli suçlar hariç kesinleşmiş bir kararla iki yıldan fazla hapis veya bir yıldan fazla ağır hapis cezasıyla veya basit ve nitelikli zimmet, irtikap, rüşvet, hırsızlık, dolandırıcılık, sahtecilik, inancı kötüye kullanmak ve dolanlı iflas gibi yüz kızartıcı suçlarla, istimal ve istihlak kaçakçılığı hariç kaçakçılık, ihaleye fesat karıştırmak

suçlarından biri ile hüküm giymiş olmak", (c) bendinde ise "avukatlık mesleğine yaraşmayacak tutum ve davranışları çevresince bilinmiş olmak" avukatlığa kabule engel olan haller arasında sayılmıştır.

Dava dosyasının incelenmesinden, hukuk fakültesi 1. sınıf öğrencisi iken silahlı gasp suçundan dolayı ağır hapis cezası ile cezalandırılan davacının şartla tahliyesinin ardından memnu haklarının iadesine karar verilmesi üzerine avukatlık stajı yapmak için yaptığı başvurusunun İstanbul Barosunca kabul edildiği; stajının bitmesi sonucu yaptığı baro levhasına yazılma isteminin ise öğrenci iken işlediği silahlı gasp suçunun 1136 sayılı Avukatlık Kanununun 5/1-c maddesinde yer alan "avukatlık mesleğine yaraşmayacak tutum ve davranışlar" kapsamında değerlendirilerek Türkiye Barolar Birliği Yönetim Kurulunca kabul edilmediği anlaşılmaktadır.

Öğrenci iken işlediği suçtan dolayı cezasını çeken ve hakkında memnu hakların iadesi kararı verilen davacının 1136 sayılı kanunun 5/1-a maddesi uyarınca ehliyetsizliği ortadan kalkmış olup, aynı Kanunun 5/1-c maddesinde yer alan avukatlık mesleğine yaraşmayacak tutum ve davranışlarının varlığına ilişkin ortada bir tespitin de bulunmaması karşısında, silahlı gasp eyleminin yukarıda anılan madde kapsamında değerlendirilerek baro levhasına yazılma istemine onay verilmemesine yönelik işlemlerde hukuka uyarlık bulunmadığından, ısrar kararının onanması gerektiği oyuyla, anılan kararın bozulması yolundaki karara bu gerekçe ile karşıyım.

BELEDİYE İŞLERİ

T.C.
DANIŞTAY
İdari Dava Daireleri
Kurulu
Esas No:2008/105
Karar No:2009/144

Özeti : Belediye meclis onayına sunulmadan önce hukuka aykırı olduğu savıyla idarece geri alınan bir atama işleminin iptali istemiyle açılan davada, geri alma nedeninin hukuka uygunluğunun incelenmesi gerektiği, şehir plancısı kadrosunda olup görevlendirme ile imar işleri müdürlüğü görevini yürüten davacının, mahalli idareler seçimine çok kısa bir süre kala ve yeniden aday olmayacağı kesinleşen belediye başkanı tarafından belediye başkanına çok yakın çalışan ve onun yetkilerini devralabilen belediye başkan yardımcısı kadrosuna atanmasına ilişkin işlemde kamu yararına ve hukuka uygunluk bulunmadığı hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan (Davacı) : ...
Vekili : Av. ...
Karşı Taraf (Davalı) : Çankaya Belediye Başkanlığı
Vekili : Av. ... - Av. ...

İstemin Özeti : Ankara 8. İdare Mahkemesinin, 11.10.2007 günlü, E:2007/970, K:2007/2226 sayılı ısrar kararını davacı temyiz etmekte ve bozulmasını istemektedir.

Savunmanın Özeti : Savunma verilmemiştir.

Danıştay Tetkik Hakimi Bülent Küfüdür'ün Düşüncesi : Belediye başkanı onayına dayalı olarak belediye başkan yardımcılığı görevine yapılan bir atamanın açık hata oluşturduğunun anlaşılması durumunda bu atamanın belediye meclisinin onayına sunulması zorunlu olmadığı gibi, bu atama işleminin geri alınması sırasında belediye meclisinin onayının alınmasının da gerekmediği, bu tür bir geri alma işlemine karşı açılan davada idarece ileri sürülen geri alma nedeninin hukuka uygunluğunun incelenmesinin gerektiği, incelenen olayda ise, davacının belediye başkan yardımcılığı görevinden alınmasını gerektirecek hukuken geçerli bir neden bulunmadığından, dava konusu işlemde bu yönüyle hukuka uyarlık bulunmadığı ve İdare Mahkemesi kararının bu gerekçeyle bozulması gerekeceği düşünülmüştür.

Danıştay Savcısı Kemal Bilecen'in Düşüncesi : İleri sürülen nedenlere göre, Danıştay 5. Dairesince verilen 1.6.2007 tarihli, E:2006/8545, K:2007/2808 sayılı olup karar düzeltme isteminin kabulü ile Ankara 8. İdare Mahkemesinin 17.12.2004 gün ve E:2004/1538 K:2004/1888 sayılı kararının bozulmasına dair kararda yer verilen gerekçenin yasal bulunması nedeniyle, temyiz isteminin kabulü ile Ankara 8. İdare Mahkemesince verilen 11.10.2007 gün ve E:2007/970, K:2007/2226 sayılı ısrar kararının bozulması gerektiği düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulunca dosyanın tekemmül ettiği anlaşıldığından, davacının yürütmenin durdurulması istemi hakkında bir karar verilmeksizin dosya incelendi, gereği görüldü:

Dava; Çankaya Belediye Başkan Yardımcısı olan davacının, 19.3.2004 günlü atama onayının iptal edilerek eski kadro ve görevi olan şehir plancılığına iadesine ilişkin 8.4.2004 günlü işlemin iptali ve bu işlem nedeniyle yoksun kaldığı özlük ve parasal haklarının yasal faiziyle birlikte ödenmesine karar verilmesi istemiyle açılmıştır.

Ankara 8. İdare Mahkemesi 17.12.2004 günlü, E:2004/1558, K:1888 sayılı kararı ile; davacının şehir plancısı olarak atandığı asil kadrosu dışındaki tüm görevleri görevlendirme yoluyla yürüttüğü, Başkan Yardımcılığı görevine ise, yalnızca Başkan onayı ile atandığı, bu onayın 1580 sayılı Yasa'nın öngördüğü biçimde belediye meclisine sunulmadığı; buna göre davacının, yasaya uygun yöntemle atanmadığı başkan yardımcılığı görevinden alınmasına ilişkin dava konusu işlemde hukuka aykırılık bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar vermiştir.

Bu karar, temyiz incelemesi sonucunda Danıştay Beşinci Dairesinin 10.4.2006 günlü, E:2005/1200, K:2007/2808 sayılı kararı ile; onanmış; ancak, davalı idarenin karar düzeltme istemi kabul edilerek anılan karar kaldırılmış ve Danıştay Beşinci Dairesinin 1.6.2007 günlü, E:2006/8545, K:2007/2808 sayılı kararı ile; davacının, belediye başkan yardımcılığı görevine atandığı tarihte yürürlükte olan 1580 sayılı Kanun'un 96. maddesine aykırı olarak, bu atamasının belediye meclisinin onayı alınmadan gerçekleştirilmiş olmasının, ilgilinin bu görevden alınırken de belediye meclis onayı alınmaması sonucunu doğurmayacağı, böyle bir yaklaşımın idare hukukun genel ilkelerinden biri olan usulde ve yetkide paralellik ilkesinin yasal hükümlere aykırı ve keyfi nitelikte kullanılmasına yol açacağı; olayda, davacının belediye başkan yardımcılığı görevinden alınarak, şehir plancılığı görevine atanmasına ilişkin dava konusu işlemin ilk toplantısında belediye meclisinin onayına sunulmaması karşısında, söz konusu atama işleminde 1580 sayılı Yasa'ya ve usulde ve yetkide paralellik ilkelerine uyarlık bulunmadığı gerekçesiyle bozulmuş ise de; İdare Mahkemesi, bozma kararına uymayarak davanın reddi yolundaki ilk kararında ısrar etmiştir.

Davacı, Ankara 8. İdare Mahkemesinin 11.10.2007 günlü, E:2007/970, K:2007/2226 sayılı ısrar kararının temyizen incelenerek bozulmasını istemektedir.

Dava konusu işlemin tesis edildiği tarihte yürürlükte olan ve belediye memurlarının atanmalarında izlenecek yolu gösteren 1580 sayılı Belediye Kanunu'nun 96. maddesinin (B) bendinin 2. fıkrasında "...bilumum belediye memurları ilk içtimasında belediye meclisince tasdik olunmak şartıyla belediye reisi tarafından intihap ve tayin olunurlar." hükmüne yer verilmiş, Kanunun 54. maddesinde de, belediye meclisinin adi toplantısının Ekim, Şubat ve Haziran ayları başında olmak üzere yılda üç defa olduğu, önemli ve acele bir iş çıkarsa belediye başkanının yazılı çağrısı veya üyeden üçte birinin gerekçeli teklifi veyahut valinin doğrudan doğruya çağırması üzerine meclislerin olağanüstü toplanacağı, olağanüstü toplantılarda çağırıcıyı gerektiren konudan başka bir işin görüşülemeyeceği hükmü yer almıştır.

1580 sayılı Kanunun 96. maddesinin (B) bendinin 2. fıkrasının yukarıda metni yazılı hükmü ile tüm belediye memurlarının belediye başkanınca tayin edildikten sonra atamalarının belediye meclisince onaylanması koşulu getirilmiştir.

Belirtilen düzenlemeye göre belediye memurlarının ve başkan yardımcılarının atama işlemleri belediye başkanı tarafından, belediye meclisinin onayı koşuluna bağlı olarak yapılacak tayin ve belediye meclisinin onayı ile tamamlanmakta ve onaylanmayan tayin işlemi ise onayın reddi tarihine kadar hüküm ifade etmektedir. Atama konusunda, belediye başkanı ile belediye meclisi arasında mutabakat bulunmaması ve bunun başkan ile meclis arasında bir ihtilaf mevzu yapılması halinde uygulanacak izlenecek yol ise aynı Kanunun 97. maddesinde gösterilmiş ve bu halde meclis kararına karşı dava açılabilmesi belirtilmiştir.

Belirtilen hukuksal duruma göre, belediye meclisinin onayı yürürlük koşulu değil geçerlik koşuludur. Yasa hükmünün açık ifadesinde de anlaşılacağı gibi, belediye meclisinin onama yetkisi, atama işleminden sonra yapılacak ilk toplantı dönemi ile sınırlıdır. Konu, 1580 sayılı Yasanın bütünlüğü içinde incelendiğinde, yasa koyucunun, bu yönde hüküm getirirken bir yandan onama yetkisinin temelinde yatan denetim amacının kısa sürede gerçekleşmesini sağlamayı, öte yandan, belediye başkanının atama işlemiyle görevine başlamış olan memurun statüsünün uzun süre askıda kalmaması ve böylece memur güvencesinin zedelenmemesi gibi olumsuz bir durumun doğmasını önlemeyi amaçladığı anlaşılmaktadır.

Bununla beraber, belediye meclisinin söz konusu onama yetkisi, atama işleminin, konuya ilişkin mevzuat hükümlerine uygun olup olmadığının araştırılması ve incelenmesine yöneliktir. Bu nedenle, belediye meclisinin bu konudaki yetkisi sınırlı bir yetkidir. Belediye başkanı tarafından ataması yapılan kişi belediye meclisinin onayına sunulmadan önce fiilen göreve başlatılmakta, aylık ve özlük haklarını almakla kısacası statüye girmektedir. Belediye meclisi belediye başkanı tarafından yapılmış olan atamayı onaylarsa ilgilinin statüsü devam etmekte, onaylanmaz ise statüsü sona ermektedir.

Diğer taraftan, unsurlarında hukuki noksanlıklar, sakatlıklar bulunan idari işlemler, işlemi yapan idari makam tarafından bazı kayıt ve şartlar altında re'sen geri alınabilirler. İdari işlemin geri alınması prensip olarak onu yapan makama aittir. Ayrıca, işlemi yapmaya yetkili makamın, işlemin bir üst organ, meclis ya da vesayet makamınca onanmasından önce gerekli koşullara uyarak geri alabileceğini de kabul etmek gerekir.

Bu bağlamda; belediye başkanı tarafından yapılan ancak, açıkça hukuka aykırı olduğu sonradan anlaşılan bir atamanın belediye meclisi onayına sunulması (tekemmül ettirilmesi) zorunlu olmadığı gibi, unsurlarında hukuki sakatlık bulunan ve belediye meclis onayına sunulmamış olan bir atama işlemi, atamayı yapan makam olan belediye başkanı tarafından geri alınabileceğinden, bu şekilde geri alma işleminde belediye meclisinin onayı gerekmemektedir.

Dolayısıyla, belediye meclis onayına sunulmadan önce hukuka aykırı olduğu savıyla idarece geri alınan bir atama işleminin iptali istemiyle açılan davada, geri alma nedeninin hukuka uygunluğunun incelenmesi gerekir.

Dosyanın incelenmesinden; davacının, davalı Belediye İmar Müdürlüğü emrinde şehir plancısı kadrosunda ve görevlendirme ile İmar İşleri Müdürü olarak görev yapmakta iken, belediye başkan yardımcısı olan bir kişinin istifa ederek ayrılması üzerine boşalan

belediye başkan yardımcılığı görevine 19.3.2004 tarihli Belediye Başkanı onayı ile atamasının yapıldığı, daha sonra belediye başkan yardımcılıklarına yapılan atamaların ve diğer bazı atamaların mahalli idareler seçimine on gün gibi kısa bir süre kala ve tekrar aday olmayacağı belli olan önceki belediye başkanı tarafından yapılmasının kamu yararına olmayacağı gibi etik bir davranışta olmadığı yönündeki Belediye Hukuk Müşavirliğinin görüş yazısı ile, Belediye Teftiş Kurulu Başkanlığı'nın bu atamaların Kanuna aykırı olduğu yolundaki yazısı üzerine atama işleminin kurulmasından 19 gün sonra Belediye Başkanı onayına dayalı 8.4.2004 tarihli işlem ile, söz konusu atamanın kamu yararı ve hizmet gerekleri ilkesine ve hukuka aykırı olduğu gerekçesiyle geri alınarak, davacının önceki görevi olan şehir plancılığına iade edilmesi üzerine bakılan davanın açıldığı, ayrıca davacının belediye başkan yardımcılığı görevine atandığı 19.3.2004 tarihinden sonra ilk belediye meclis toplantısının mülga 1580 sayılı Kanunun 54. maddesine göre Haziran-2004'de olduğu, dolayısıyla dava konusu işlemin tesis edildiği tarihte henüz ilk toplantı zamanının gelmemiş olduğu ve olağanüstü toplantı yapıldığına dair bilgi ve belgenin de dosyada mevcut olmadığı anlaşılmıştır.

Dava konusu işlem tarihinde yürürlükte olan 1580 sayılı Belediye Kanununun 101. maddesinde, belediye başkanının kendi sorumluluğu ve gözetimi altında görevlerinden bir kısmını, başkan adına yürütmek ve sonuçlandırmak üzere yardımcılara verme yetkisine sahip olduğu belirtilmiş, aynı Kanunun 95, 96 ve 100. maddelerinde belediye başkan yardımcılarının durumuna değinilmiş ve Kanunun 126. maddesinde de belediye başkanlarının kendi sorumlulukları altında yardımcılara ita amirliği yetkisi verebilecekleri belirtilmiştir.

Anılan Yasa hükümleri, belediye başkan yardımcılarının, belediye başkanına çok yakın çalışan, onun yetkilerini devralan ve onun adına hareket eden kadrolar olduğunu göstermektedir.

İncelenen olayda ise, mahalli idareler seçimlerine on gün gibi çok kısa bir süre kala tekrar aday olmayacağı kesinleşen belediye başkanı tarafından boş olan müdürlükler ile uzun süredir görevlendirme ile yürütülmekte olan belediye başkan yardımcılığı kadrosuna asaleten atamalar yapılmış olup, bu kapsamda davacı da dava konusu işlemle belediye başkan yardımcısı kadrosuna atanmıştır.

Bu durumda; şehir plancısı kadrosunda olup, görevlendirme ile İmar İşleri Müdürlüğü görevine yürüten davacının, mahalli idareler seçimlerine çok kısa bir süre kala, belediye başkanına çok yakın çalışan ve onun yetkilerini devralabilen belediye başkan yardımcısı kadrosuna atanmasına ilişkin işlemde kamu yararına ve hukuka uygunluk bulunmaması karşısında, söz konusu atamanın kısa bir süre sonra (19 gün sonra) geri alınarak davacının önceki görevi olan şehir plancılığına atanmasına ilişkin işlemde hukuka aykırılık olmadığından, İdare Mahkemesi'nin davanın reddi yolundaki ısrar kararı sonucu itibarıyla hukuka uygun bulunmaktadır.

Açıklanan nedenlerle; davacının temyiz isteminin reddi ile temyize konu Ankara 8. İdare Mahkemesinin 11.10.2007 günlü, E:2007/970, K:2007/2226 sayılı ısrar kararının, yukarıda belirtilen gerekçeyle onanmasına, dosyanın anılan İdare Mahkemesine gönderilmesine, 26.2.2009 tarihinde oyçokluğu ile karar verildi.

KARŞI OY

X- Dava, Çankaya Belediyesinde Belediye Başkan Yardımcısı olarak görev yapan davacının, bu göreve atanmasına ilişkin 19.3.2004 günlü atama onayının iptal edilerek önceki görevi olan şehir plancılığına iade edilmesine ilişkin işlemin iptali ve yoksun kaldığı parasal ve özlük haklarının yasal faiziyle birlikte ödenmesine karar verilmesi istemiyle açılmıştır.

Dava konusu işlemin kurulduğu tarihte yürürlükte olan 1580 sayılı Belediye Kanununun 94. maddesinin (B) bendinin 2. fıkrası hükmüne göre, belediye başkan yardımcısı kadrosuna belediye başkanınca atama yapılacağı ve bu atamanın belediye meclisinin ilk toplantısında meclisin onayına sunulması gerektiği, bu şekilde gerçekleşmiş bir atamadan sonra anılan görevden alırken de aynı usule uyulması gerekeceği açıktır.

Bununla birlikte belediye başkanının onayına dayanılarak belediye başkan yardımcısı kadrosuna yapılmış olan bir atamanın çok ağır sakatlıklar oluşturduğunun sonradan anlaşılması durumunda bu atamanın tekemmül etmesi için belediye meclisinin onayına sunulması zorunlu olmadığı gibi, açık bir şekilde hukuka aykırı ve meclis onayına sunulmamış olan bir atamanın, atamayı yapan belediye başkanı tarafından geri alınabileceği, dolayısıyla böyle bir durumda geri alma işlemi için belediye meclisinin onayına gerek bulunmadığı da kuşkusuzdur.

İncelenen olayda; davacının belediye başkan yardımcısı kadrosuna atamasının yetkisiz makam tarafından yapıldığı veya davacının bu kadroya atanması için aranan koşulları taşımadığı yönünde bir saptama olmadığı gibi idarenin de bu yönde savı bulunmamaktadır.

Davacının atamasının mahalli idareler seçimine on gün kala tekrar aday olmayacağı belli olan belediye başkanı tarafından yapıldığı savının ise anılan atama işleminin geri alınmasını gerektirecek bir hukuki sakatlık oluşturmaması ve bunun dışında hukuken geçerli bir nedenin de ileri sürülememesi karşısında, davacının belediye başkan yardımcılığına atanmasına ilişkin işlemin geri alınmasına ilişkin dava konusu işlemde neden ve amaç unsurları yönünden hukuka uyarlık bulunmadığından, İdare Mahkemesinin ısrar kararının bu gerekçeyle bozulması gerektiği oyu ile çoğunluk kararına katılmıyoruz.

KARŞI OY

XX- Davacının, belediye başkan yardımcılığı görevine atandığı tarihte yürürlükte olan 1580 sayılı Belediye Kanununun 96. maddesinin (B) bendinin 2. fıkrasına aykırı olarak, bu görevine atamasının belediye meclisinin onayı alınmadan gerçekleştirilmiş olması, ilgilinin bu görevden alınırken de belediye meclisi onayı alınmaması sonucunu doğurmamaktadır. Böyle bir yaklaşımın, idare hukukunun genel ilkelerinden biri olan usulde ve yetkide paralellik ilkesinin yasal hükümlere aykırı ve keyfi nitelikte kullanılmasına yol açacağı tabidir.

Belediye meclisinin söz konusu onama yetkisinin, atama işleminden sonra yapılacak ilk toplantı dönemi ile sınırlı olması, bu yetkinin atama işleminin konuya ilişkin mevzuat hükümlerine uygun olup olmadığının araştırılmasına ve incelenmesine yönelik bir yetki olması nitekim belediye başkanının atama onayı ile birlikte ilgilinin fiilen belediye başkan yardımcılığı görevine başlaması ve aylık ve özlük haklarından yararlanması, bir başka anlatımla statüye girmesi karşısında belediye başkanının atama onayı ile birlikte atama işleminin tekemmül ettiğini kabul etmek gerekmektedir. Ayrıca, belediye başkanı tarafından yapılan bir atama işleminin, 1580 sayılı Yasanın 96. maddesinde öngörülen şekilde belediye meclisinin onayına sunulması konusunda idare bağlı yetki içerisinde olup, idarenin yapılan bir atamayı meclis onayına sunup, sunmama konusunda takdir yetkisi bulunmamaktadır. Bu nedenle, 1580 sayılı Kanunun 96. maddesi uyarınca belediye meclisinin onayı aranan atamalarda, atanırken olduğu gibi bu görevden de alınırken belediye meclisinin onayının alınması gerekmekte olup, atama sırasında bu usule uyulmamış olması, bu görevden alınırken de uyulmaması sonucunu doğurmamaktadır.

Bu bağlamda; davacının, belediye başkan yardımcılığı görevinden alınarak şehir plancılığı görevine atanmasına ilişkin dava konusu işlemin ilk toplantısında belediye meclisinin onayına sunulmaması karşısında, söz konusu atama işleminde 1580 sayılı Kanuna ve usulde ve yetkide paralellik ilkelerine uyarlık bulunmadığı, dolayısıyla İdare Mahkemesinin ısrar kararının Danıştay Beşinci Dairesinin anılan bozma kararı doğrultusunda bozulması gerektiği oyu ile karara katılmıyoruz.

KARŞI OY

XXX- Dava konusu atama işleminin, mülga 1580 sayılı Kanunun 96. maddesinin (B) bendinin 2. fıkrası uyarınca belediye meclisinin onayına sunulmamış olması nedeniyle şekil yönünden hukuka aykırı olduğundan bahisle iptali gerektiğinden, İdare Mahkemesinin ısrar

kararının bu gerekçeyle bozulması gerekeceği, bu nedenle davanın esasının incelemeyeceği gerekçesiyle karara katılmıyorum.

ENERJİ PİYASASI İŞLERİ

T.C.
DANIŞTAY
İdari Dava Daireleri
Kurulu
Esas No: 2008/3398
Karar No: 2009/60

Özeti : İdari para cezalarında, ceza verilmesinin dayanağı olan kuralın yürürlükten kaldırılması veya lehe düzenleme yapılması yoluyla ortaya çıkan yeni hukuki durumun dikkate alınmasının gerektiği; ancak, idarece verilen para cezasının tahsili aşamasında şayet ceza miktarında lehe bir değişiklik varsa, bu miktar esas alınarak tahsilat yapılacağından, bu durumun, tespit tarihinde yürürlükte bulunan mevzuata uygun olarak tesis edilen işlemin iptalini gerektirmeyeceği hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan (Davacı) : ... Ltd. Şti.

Vekilleri : Av. ... - Av. ...

Karşı Taraf (Davalı) : Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu

Vekili : Av. ...

İstemin Özeti : Danıştay Onüçüncü Dairesi'nin 30.6.2008 günlü, E:2006/1000, K:2008/5237 sayılı kararının temyizen incelenerek bozulması davacı tarafından istenilmektedir.

Savunmanın Özeti : Savunma verilmemiştir.

Danıştay Tetkik Hakimi Muhsin Yıldız'ın Düşüncesi : Temyiz isteminin reddi ile Daire kararının, lehe kanun hükmünün infaz aşamasında idarece dikkate alınacağına ilişkin gerekçenin eklenmesi suretiyle onanması gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı Birgül Kurt'un 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 dosya incelendi, gereği görüldü:

Dava, davacı şirkete lisanssız bayilik faaliyetinde bulunduğundan bahisle 5015 sayılı Petrol Piyasası Kanunu'nun 19. maddesinin ikinci fıkrasının (b) bendi ve dördüncü fıkrası uyarınca 57.156- lira idari para cezası verilmesine ilişkin Enerji Piyasası Düzenleme Kurulu'nun 23.11.2005 günlü, 582/86 sayılı kararının iptali istemiyle açılmıştır.

Danıştay Onüçüncü Dairesinin 30.6.2008 günlü, E:2006/1000, K:2008/5237 sayılı kararıyla; akaryakıt ticaretiyle uğraşan davacının işyerinde yapılan denetim sonucu düzenlenen mühürleme tutanağı ile bayilik lisansı olmadığı halde 20.3.2005 tarihinden sonra lisanssız piyasa faaliyetinde bulunduğu saptandığı anlaşıldığından, davacı hakkında idari para cezası uygulanmasına ilişkin olarak verilen Kurul kararında mevzuata aykırılık bulunmadığı; ancak davacıya ceza verilmesine dayanak olan 5015 sayılı Kanun'un 19. maddesinin 5728 sayılı Kanun'un 528. maddesiyle değişmesi karşısında bu değişikliğin dava konusu işlemin hukukiliğini etkileyip etkilemediğinin ayrıca irdelenmesinin gerektiği; işlem tarihinde yürürlükte bulunan 5015 sayılı Kanun'un 19. maddesinin ikinci fıkrasının (b) bendinin (1) numaralı alt bendinde lisanssız piyasa faaliyetinde bulunmak hali birinci derecede kusur sayılarak sorumluları hakkında ikiyüz milyar TL. idari para cezası uygulanacağını öngörüldüğü, 5728 sayılı Kanun'un 528. maddesiyle yapılan değişiklik sonucu da ceza miktarının ikiyüzellibin YTL olarak belirlendiği; adli para cezaları ile idari para cezaları arasındaki en önemli farkın, adli para cezasının yapılan yargılama sonucunda mahkeme kararı ile verilmesi, idari para cezasının ise, yetkili idari mercilerce tesis edilmesi olduğu; bu itibarla, adli para cezasına konu eylem hakkındaki uygulanacak cezada davanın görülmesi sırasında bir değişiklik olduğu takdirde, eylemin işlendiği tarihte yürürlükte bulunan ceza ile sonraki tarihli ceza arasında farklılık olması halinde, mahkemece kişi lehine olan hükmün uygulanacağını genel cezalandırma kuralı olduğu; ancak, idari para cezalarının da yer aldığı idari yaptırımlarda, yetkili idare tarafından idari işlem tesis edildikten sonra verilen idari para cezasına esas alınan yasa hükmünde bir değişiklik olduğu takdirde, işlemin sonuçlanarak hukuk alanında yer almış olması nedeniyle dayanak alınan yasa hükmünün idari yaptırımlarda tekrar uygulanmasına olanak bulunmadığı; bu durumda, uyumsuzluk konusu olayda, idari para cezasına dayanak alınan 5015 sayılı Kanun'un 19. maddesinde, 5728 sayılı Kanun'un 528. maddesiyle yapılan değişikliğin, dava konusu işlemin, Enerji Piyasası Düzenleme Kuruluna yasa değişikliğinden önce 23.11.2005 tarihinde tesis edilmiş olması karşısında uygulanmasına olanak bulunmadığı ve işlemin hukuki denetiminin tesis edildiği tarihte yürürlükte bulunan yasa hükmüne göre yapılacağını açık olduğu; bir başka anlatımla, olayda 5015 sayılı Kanun'un 08.02.2008 tarihinde yürürlüğe giren 5728 sayılı Kanun'un 528. maddesiyle değişik 19. madde hükmüne uygun bir hukukilik denetimi yapmaya olanak bulunmadığı; öte yandan 5015 sayılı Kanun'un işlemin tesis edildiği tarihte yürürlükte bulunan haliyle davacının eylemi birinci derecede kusur sayılarak ikiyüz milyar TL (ikiyüzbin YTL) idari para cezası verilmesi, 5015 sayılı Kanun'un 08.02.2008 tarihinde yürürlüğe giren 5728 sayılı Kanun'un 528. maddesiyle değişik 19. madde hükmüne göre ise, davacının eylemine ikiyüzellibin TL ceza verileceğinin öngörülmesi karşısında, yeni düzenlemenin, davacının lehine bir düzenleme olduğunu kabul etmeye de olanak bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir.

Davacı, savunması alınmadan ceza verildiğini, denetim esnasında lisans için başvurduğunu beyan etmesine karşın bu durumun dikkate alınmadığını, cezanın verildiği tarihte lisansının bulunduğunu, cezanın çok yüksek olduğunu ve ödeme imkanının bulunmadığını, yasa değişikliği ile ceza miktarının düşürülmesine karşın Dairece bunun gözdardı edildiğini öne sürmekte ve kararın temyizen incelenerek bozulmasını istemektedir.

2002 yılından bu yana bayilik faaliyetini yürüten davacı şirketin lisans almak için 4.8.2005 tarihinde Enerji Piyasası Düzenleme Kurulu'na başvurduğu ve 11.8.2005 tarihli Kurul kararıyla lisans verildiği, bu arada Şanlıurfa İl Jandarma Komutanlığına bağlı ekiplerce 5.8.2005 tarihinde yapılan denetim sonucu, ilgili şirketin bayilik lisansının olmadığı halde bayilik faaliyetinde bulunduğu tespit edilerek tutanak tutulduğu ve tesisin mühürlendiği, 11.8.2005 tarihinde lisans verilmesi üzerine de mühürlülük halinin sona erdirildiği, tutanağın Enerji Piyasası Düzenleme Kuruluna intikali üzerine 23.11.2005 günlü, 582/86 sayılı Kurul Kararı ile 5015 sayılı Petrol Piyasası Kanunu'nun 19. maddesinin ikinci fıkrasının (b-1) bendi

ile dördüncü fıkrası gereğince 57.156- lira idari para cezası verildiği dosyanın incelenmesinden anlaşılmaktadır.

5015 sayılı Petrol Piyasası Kanunu'nun 1. maddesinin birinci fıkrasında, Kanunun amacının; yurt içi ve yurt dışı kaynaklardan temin olunan petrolün doğrudan veya işlenerek güvenli ve ekonomik olarak rekabet ortamı içerisinde kullanıcılara sunumuna ilişkin piyasa faaliyetlerinin şeffaf, eşitlikçi ve istikrarlı biçimde sürdürülmesi için yönlendirme, gözetim ve denetim faaliyetlerinin düzenlenmesini sağlamak olduğu, ikinci fıkrasında da, bu Kanunun, petrole ilişkin piyasaların sağlıklı ve düzenli işlemlerinin sağlanmasına ve geliştirilmesine yönelik; düzenleme, yönlendirme, gözetim ve denetim işlemlerini kapsadığı belirtilmiştir.

Kanunun tanımları düzenleyen 2. maddesinin 6. bendinde; akaryakıt istasyonu; dağıtıcı veya bunlarla tek elden satış sözleşmesi yapmış bayilerce ilgili mevzuata uygun (teknik, kalite ve güvenlik) olarak kurulup, bir veya farklı alt başlıktan birer akaryakıt dağıtıcısının tescilli markası altında faaliyette bulunan ve esas itibarıyla araçların akaryakıt, madeni yağ, otopark LPG, temizlik ve ihtiyarî olarak bakım ile kullanıcıların tüplü LPG hariç diğer asgarî ihtiyaçlarını karşılayacak imkânları sunan yerler, 9. bendinde; bayi; bayilik faaliyeti için gerekli donanıma sahip gerçek ve tüzel kişiler, 10. bendinde; bayilik yükümlülüklerin ekinde fizibilite olan bir sözleşmeye bağlanarak akaryakıt dağıtım şirketleri tarafından gerçek ve tüzel kişilere akaryakıtın kullanıcılara ikmalî yetkisi verilmesi işlemi olarak tanımlanmıştır.

Kanunun "Lisansların tâbi olacağı usul ve esaslar" başlığını taşıyan, 3. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendinde; akaryakıt dağıtımı, taşıması ve bayilik faaliyetlerinin yapılması için lisans alınmasının zorunlu olduğu kurala bağlandıktan sonra, üçüncü fıkrasında, lisansların verilmesi, güncelleştirilmesi, geçici olarak durdurulması veya iptaline ilişkin işlemlerin Enerji Piyasası Düzenleme Kurumunca yapılacağı kuralı yer almıştır.

Kanunun "Bayiler" konusunu düzenleyen 8. maddesinin 1. fıkrasında, bayi lisanslarına ilişkin düzenlemelerin Kurum tarafından yapılacağı, bayilerin, dağıtıcıları ile yapacakları tek elden satış sözleşmesine göre bayilik faaliyetlerini yürütecekleri, 3. fıkrasında ise, bayiler ve dağıtıcıların, lisanslarına göre kurdukları akaryakıt istasyonlarını Kuruma bildirerek işletmeye başlayacakları belirtilmiştir.

Yine Kanunun Geçici 1. maddesinde, yeni sisteme geçiş için uyum kuralları düzenlenmiş ve " Bu Kanunun yürürlüğe girmesinden önce; 6326 sayılı Petrol Kanununa göre belge sahibi olan kişiler ile Bakanlıkça yapılan düzenlemelere istinaden faaliyetlerine izin verilen akaryakıt dağıtım ve pazarlama kuruluşlarının ilgili mevzuat kapsamında tanınan hak ve menfaatleri ile yükümlülüklerine ilişkin hükümler, bu Kanunda belirlenen süre ve esaslar dahilinde faaliyeti ile ilgili lisans verilinceye kadar saklıdır. Kanunun yürürlüğe girdiği tarihte fiilen, bu Kanunla yapılması için lisans alınması gereken faaliyetleri yürüten kişiler, bu Kanunun yayımı tarihinden sonra bir yıl içinde durumlarını bu Kanuna uygun hale getirerek, Kurum tarafından istenecek bilgi ve belgelerle Kuruma başvurmak zorundadır. Başvurusunu yapmış ancak işlemleri tamamlayamayan kişilerin faaliyetlerinin devamı için, üç ayı aşmamak üzere ek süre verilmesinde Kurum yetkilidir. Süresinde başvurmayan veya süresinde başvurduğu halde süresinde durumunu bu Kanuna uygun hale getirmeyenlerin faaliyetleri, sürenin bitim tarihi itibarıyla durdurulur. Daha önce verilen hak, izin ve yetki doğurucu her türlü karar, işlem ve evrak başkaca bir işleme gerek kalmaksızın hükümsüz hale gelir. " denilmiştir.

Belirtilen mevzuatın değerlendirilmesinden, petrol piyasalarının güvenli, istikrarlı, sağlıklı işlemesi amacıyla düzenlenen Petrol Piyasası Kanununda, bu amacın gerçekleşmesi için, petrol piyasalarında her türlü faaliyette bulunmak lisans alma koşuluna bağlanmıştır.

Öte yandan 5015 sayılı Kanunun Geçici 1. maddesi ile petrol piyasasında faaliyette bulunanların durumlarını Petrol Piyasası Kanununun getirdiği sistemle uyumlu kılmaları için, Kanunun yürürlüğe girdiği tarih olan 20.12.2003 tarihinden itibaren bir yıl sonra, 20.12.2004 tarihine kadar süre tanınmıştır. Kurul'un 14.12.2004 günlü, 394/82 sayılı kararında da, 6326

sayılı Petrol Kanunu'na göre belge sahibi olanların 20.12.2004 tarihine kadar lisans başvurusunda bulunmuş ve lisans başvuruları reddedilmemiş olması kaydıyla 20.03.2005 tarihine kadar faaliyetlerine izin verildiği, 20.03.2005 tarihinden itibaren de lisansını almamış hiç bir akaryakıt istasyonunun petrol piyasasında faaliyette bulunamayacağı belirtilmiştir.

Kanun'un "İdari para cezaları" başlıklı 19. maddesinin ikinci fıkrasında da idari para cezasını gerektirecek fiiller ve ceza miktarları düzenlenmiş; dördüncü fıkrasında ise bayiler için belirtilen cezaların beşte birinin uygulanacağı öngörülmüştür.

Dosyada bulunan 5.8.2005 günlü tutanaktan davacı şirketin lisansı olmadığı halde bayilik faaliyetinde bulunduğu anlaşıldığından, idari para cezası uygulanmasına ilişkin Enerji Piyasası Düzenleme Kurulu kararının iptali istemiyle açılan davayı reddeden Daire kararının bu konudaki gerekçesinde hukuki isabetsizlik görülmüştür.

5015 sayılı Kanun'un 19. maddesinin 8.2.2008 günlü, 26781 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 5728 sayılı Kanun'un 528. maddesiyle değiştirilmiş olması nedeniyle bu durumun dava konusu işlemin hukukiliğini etkileyip etkilemeyeceğine ilişkin olarak Daire kararında yer verilen gerekçeye gelince;

Dava konusu işlemin dayanağı olan 5015 sayılı Petrol Piyasası Kanunu'nun ihlalin tespiti tarihinde yürürlükte olan "İdari para cezaları" başlıklı 19. maddesinde, eylemlere göre idari para cezası miktarları düzenlenmiş, bu arada ikinci fıkrasının (b-1) bendinde, lisans almaksızın hak konusu yapılan tesislerin yapımına ve/veya işletimine başlanması ile bunlar üzerinde tasarruf hakkı doğuracak işlemlerin yapılması halinde ikiyüzmilyar (ikiyüzbin) Türk Lirası idari para cezası uygulanacağı, dördüncü fıkrasında ise bayiler için bu cezanın beşte birinin uygulanacağı öngörülmüştür. Maddede ayrıca; "... Cezalar tahsil edilinceye kadar, mahkeme kararı ile ilgililerin varlıklarına tedbir konulabilir....

Kurulun ceza vermesinde zamanaşımı süresi, ihlalin ve/veya olayın meydana geliş tarihinden itibaren beş yıldır...

Ay içinde tahsil edilen idari para cezaları müteakip ayın yirminci iş günü sonuna kadar irat kaydedilmek üzere Hazineye devrolunur.

....

İdari para cezalarının tahakkuk tarihini izleyen otuz gün içerisinde ödenmemesi halinde, cezanın ilgili vergi dairesi aracılığı ile tahsili sağlanır. Tahsilatta 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun hükümleri uygulanır.

İdari para cezalarının miktarları her yıl bir önceki yıla ilişkin olarak 213 sayılı Vergi Usul Kanununun mükerrer 298 inci maddesi uyarınca belirlenen yeniden değerlendirme oranında artırılmak suretiyle uygulanır...." hükümlerine yer verilmek suretiyle tahsil, zamanaşımı, artırım konularında özel düzenlemeler yapılmıştır. Nitekim maddede yer alan artırım hükmüne dayanılarak, 19. maddenin ikinci fıkrasının (b) bendindeki ceza miktarı 2004 yılında 257.000 .- TL'ye, 2005 yılında 285.784.- TL'ye, 2006 yılında 313.790 .- TL'ye, 2007 yılında 338.265.- TL'ye ve 2008 yılında da 362.62 .- TL'ye yükseltilmiştir.

Ancak, 8.2.2008 günlü, 26781 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 5728 sayılı Yasanın 528. maddesi ile 5015 sayılı Yasanın 19. maddesi yeniden düzenlenmiş ve maddenin ikinci fıkrasının (b-1) bendindeki ceza miktarı ikiyüzellibin Türk Lirası olarak belirlenmiştir. 5728 sayılı Yasa'da ayrıca 8.2.2008 tarihinden önce Kurulca verilen idari para cezalarının tahsilinde eski hükümlerin geçerli olacağı yönünde bir geçici madde düzenlemesi de yer almamıştır.

Bu arada 24.5.2006 tarihinde yürürlüğe giren 5496 sayılı Yasa'nın 5. maddesi ile 4628 sayılı Elektrik Piyasası Kanunu'nun 15. maddesine eklenen (e) fıkrası ile, Kurumun 5326 sayılı Kabahatler Kanunu hükümlerine tabi olmadığı düzenlenmişken, yine 5728 sayılı Kanun ile bu düzenleme de yürürlükten kaldırılmıştır.

5728 sayılı Yasanın gerek genel, gerekse madde "Gerekçe"sinde bu değişikliklerin nedeni" İdari yaptırım kararlarının tebliği, kesinleşmesi, takip ve tahsili ile zamanaşımı konularının Kabahatler Kanununun genel hükümler kısmında ayrıntılı olarak

düzenlendiğinden buna ilişkin düzenlemelere madde metninde yer verilmemiştir." denilerek açıklanmıştır.

Bu durumda, 5015 sayılı Kanun'un 19. maddesi uyarınca ilgililere verilen idari para cezalarının takip ve tahsilinde 5326 sayılı Kabahatler Kanunu hükümlerinin uygulanacağı sonucuna varılmıştır.

Bu bağlamda 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun 2. maddesinde; "Kabahat" deyiminin, kanunun karşılığında idari yaptırım uygulanmasını öngördüğü haksızlık anlamına geldiği belirtilmiş; aynı Kanun'un "Genel Kanun Niteliği" başlıklı, değişik, 3. maddesinde, Bu Kanunun;

-İdari yaptırım kararlarına karşı kanun yoluna ilişkin hükümlerinin, diğer kanunlarda aksine hüküm bulunmaması halinde,

-Diğer genel hükümlerinin, idari para cezası veya mülkiyetin kamuya geçirilmesi yaptırımını gerektiren bütün fiiller hakkında uygulanacağı

düzenlemesine yer verilmiştir. Öte yandan aynı Kanun'un "Zaman Bakımından Uygulama" başlıklı 5. maddesinin (1) numaralı fıkrasında 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun zaman bakımından uygulamaya ilişkin hükümlerinin kabahatler bakımından da uygulanacağı belirtilmiş, maddede gönderme yapılan 5237 sayılı Kanun'un "Zaman Bakımından Uygulama" başlıklı 7. maddesinin (2) numaralı fıkrasında "Suçun işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanun ile sonradan yürürlüğe giren kanunların hükümleri farklı ise, failin lehine olan kanun uygulanır ve infaz olunur." hükmüne yer verilmiştir.

Ayrıca, 5326 sayılı Kanun'un "İdari Para Cezası" başlıklı 17. maddesinin (7) numaralı fıkrasında "İdari para cezaları her takvim yılı başından geçerli olmak üzere o yıl için 4.1.1961 tarihli ve 213 sayılı Vergi Usul Kanununun mükerrer 298 inci maddesi hükümleri uyarınca tespit ve ilan edilen yeniden değerlendirme oranında artırılarak uygulanır." hükmü bulunmaktadır.

Yukarıda değinilen yasal hükümler karşısında; idari para cezalarında, ceza verilmesinin dayanağı kuralın yürürlükten kaldırılması veya lehe düzenleme yapılması yoluyla ortaya çıkan yeni hukuki durumun dikkate alınması gerekmektedir. Bu itibarla, Daire kararında yer alan, idari para cezası verildikten sonra idari para cezasına esas alınan Yasa hükümlerindeki değişikliğin tekrar dikkate alınmayacağı yolundaki gerekçede hukuki isabet bulunmadığı sonucuna varılmıştır.

Buna göre Enerji Piyasası Düzenleme Kurulu'nca ihlalin tespit edildiği tarih esas alınarak idari para cezası uygulanması gerekmeyle birlikte, işlem tarihindeki veya cezanın tahsili tarihindeki ceza miktarındaki lehe düzenlemelerin de gözönünde bulundurulması zorunludur.

Olayda 5015 sayılı Kanun'un 19. maddesinde, davacının ihlalinin tespit edildiği tarihteki ceza miktarının 285.784.- TL ve 2008 yılında da 362.620.- TL. olmasına karşın 8.2.2008 tarihinde yürürlüğe giren 5728 sayılı Kanunla yapılan yeniden değerlendirme sonucu 250.000.- TL'ye indirilmiş, bununla birlikte 2009 yılı için bu miktar 280.000.- TL. olarak belirlenmiştir. Görüldüğü üzere yeniden değerlendirme oranında artırım uygulaması nedeniyle para cezası yıllar itibarıyla farklı olarak saptanmaktadır.

Bu durumda, uyuşmazlıkta idarece verilen para cezasının tahsil edileceği tarihte şayet ceza miktarında lehe bir değişiklik varsa, bu miktar esas alınmak suretiyle tahsilat yapılacak olmasının, tespit tarihinde yürürlükte bulunan mevzuata uygun olarak tesis edilen işlemin iptalini gerektirmeyeceği sonucuna varılmıştır.

Açıklanan nedenlerle, davacının temyiz isteminin reddine, temyize konu Danıştay Onüçüncü Dairesinin 30.6.2008 günlü, E:2006/1000, K:2008/5237 sayılı kararının esasına ilişkin kısmının oybirliği ile onanmasına, lehe kanun uygulanmasına ilişkin kısmı yönünden ise yukarıda belirtilen gerekçeyle ve oyçokluğu ile onanmasına, 19.2.2009 gününde karar verildi.

KARŞI OY

X- Temyize konu Danıştay Onüçüncü Daire kararının usul ve hukuka uygun olduğu ve temyiz dilekçesinde ileri sürülen nedenlerin kararın bozulmasını gerektirecek nitelikte olmadığı anlaşıldığından, temyiz isteminin reddi ile kararın aynen onanması gerektiği görüşüyle, kararın gerekçe değiştirilerek onamaya ilişkin kısmına katılmıyoruz.

GENEL EĞLENCE VE DİNLENME YERLERİ

T.C.
DANIŞTAY
İdari Dava Daireleri
Kurulu
Esas No:2006/2856
Karar No:2009/1706

Özeti : Tapuda işyeri olarak gözüken yerlerde umuma açık istirahat ve eğlence yeri faaliyetlerinin yapılabilmesinin kat maliklerinin oyçokluğu ile vereceği karara bağlı kılınmasında kamu yararı bulunduğu hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan (Davalılar) : 1- Başbakanlık
2- İçişleri Bakanlığı

Karşı Taraf (Davacı) : Ankara Kahveciler Odası

Vekilleri : Av. ... - Av. ...

İstemin Özeti : Danıştay Sekizinci Dairesi'nin 26.4.2006 günlü, E:2005/4199, K:2006/1740 sayılı kararının temyizen incelenerek bozulması davalı idareler tarafından istenilmektedir.

Savunmanın Özeti : Danıştay Sekizinci 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 Tuncay DüNDAR'ın Düşüncesi : Temyiz isteminin reddi ile Daire kararının onanması gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı Radiye Tiryaki'nin Düşüncesi : 10.8.2005 gün ve 25902 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan İşyeri Açma ve Çalışma Ruhsatlarına İlişkin Yönetmeliğin 5.maddesinin (b) fıkrasında yer alan "Tapuda işyeri olarak görünen yerlerde, umuma açık istirahat ve eğlence yeri açılması durumunda, yönetim planında aksine bir hüküm yoksa, kat maliklerinin oyçokluğu ile aldığı kararın bulunması" kuralının iptali istemiyle açılan davada, dava konusu yönetmelik maddesinin iptaline karar veren Danıştay 8.Dairesi kararı davalılardan İçişleri Bakanlığınca temyiz edilerek bozulması istenilmektedir.

Davada, Danıştay 8.Dairesi kararındaki düşüncem doğrultusunda temyiz isteminin kabulü ile daire kararının bozulması gerekeceği düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulunca dosya incelendi, gereği görüldü:

Dava: 10.08.2005 gün ve 25902 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan İşyeri Açma ve Çalışma Ruhsatlarına İlişkin Yönetmeliğin 5. maddesinin (b) fıkrasında yer alan "Tapuda işyeri olarak görünen yerlerde, umuma açık istirahat ve eğlence yeri açılması durumunda,

yönetim planında aksine bir hüküm yoksa, kat maliklerinin oyçokluğu ile aldığı kararın bulunması" kuralının iptali istemiyle açılmıştır.

Danıştay Sekizinci Dairesi 26.4.2006 günlü, E:2005/4199, K:2006/1740 sayılı kararıyla, İşyeri açma ve Çalışma Ruhsatlarına İlişkin Yönetmeliğin, Tanımlar başlıklı 4/g maddesinde "Umuma açık istirahat ve eğlence yeri: Kişilerin tek tek veya toplu olarak eğlenmesi, dinlenmesi veya konaklaması için açılan otel, motel, pansiyon, kamping ve benzeri konaklama yerleri; gazino, pavyon, meyhane, bar, birahane, içkili lokanta, taverna ve benzeri içkili yerler; sinema, kahvehane ve kiraathaneler; kumar ve kazanç kastı olmamak şartıyla adı ne olursa olsun bilgi ve maharet artırıcı veya zeka geliştirici nitelikteki elektronik oyun alet ve makinelerinin, video ve televizyon oyunlarının içerisinde bulunduğu elektronik oyun yerleri; internet kafeler, lunaparklar, sirkler ve benzeri yerleri" ifade ettiği, aynı Yönetmeliğin iptali istenilen, işyerlerinde aranacak genel şartlar başlıklı 5. maddesinde de, işyeri açma ve çalışma ruhsatı verilen işyerlerinin taşınması zorunlu olan şartlar tek tek sayılmış, bunlar içinde (b-2) "Tapuda iş yeri olarak görünen yerlerde, umuma açık istirahat ve eğlence yeri açılması durumunda, yönetim planında aksine bir hüküm yoksa, kat maliklerinin oyçokluğu ile aldığı kararın bulunması"nın öngörüldüğü, 634 sayılı Kat Mülkiyeti Kanununun "yasak işler" başlıklı 24. maddesinin birinci paragrafında; anagayrimenkulün, kütükte mesken, iş veya ticaret yeri olarak gösterilen bağımsız bir bölümünde hastane, dispanser, klinik, poliklinik, ecza laboratuvarı gibi müesseselerin kurulamayacağı, ikinci paragrafında da; anagayrimenkulün, kütükte mesken olarak gösterilen bağımsız bir bölümünde sinema, tiyatro, kahvehane, gazino, pavyon, bar, kulüp, dans salonu ve emsali gibi eğlence ve toplantı yerleri ve fırın, lokanta, pastahane, süthane gibi gıda ve beslenme yerleri ve imalathane, boyahane, basımevi, dükkan, galeri ve çarşı gibi yerlerin, ancak kat malikleri kurulunun oybirliği ile vereceği kararla açılabilceğinin kurala bağlandığı; madde hükmünden, anagayrimenkulün, kütüğünde mesken, iş veya ticaret yeri olarak gösterilen bağımsız bir bölümünde hastane, dispanser, klinik, poliklinik, ecza laboratuvarı gibi müesseselerin kurulamayacağı, ayrıca anagayrimenkulün kütüğünde mesken olarak gösterilen bağımsız bir bölümünde maddenin ikinci paragrafında sayılan faaliyetlere, ancak kat malikleri kurulunun oybirliği ile alacağı bir kararla izin verilebileceği konusunun düzenlendiği, maddede bunun dışında bir sınırlama getirilmediği, esasen işyeri niteliğinde olan bağımsız bölümlerin 634 sayılı Yasanın 24. maddesi 2. paragrafı kapsamında bulunmadığı, kütüğünde işyeri olarak gösterilen bağımsız bir bölümde, umuma açık istirahat ve eğlence yerinin açılmasının ve işletilmesinin kat maliklerinin oyçokluğuyla verecekleri karara bağlayan Yönetmeliğin 5. maddesinin (b) fıkrasının 2. bendi mevzuata, mülkiyet hakkına ve çalışma özgürlüğüne uygun bulunmadığı gerekçesiyle dava konusu işlemin iptaline karar vermiştir.

Davalı idareler, bu tür işyerlerinin aynı binada oturan bina sakinlerinin rahatsızlıklarına ve şikayetlerine neden olmaması için bu düzenlemenin getirildiğini belirterek kararı temyiz etmekte ve bozulmasını istemektedirler.

Dava konusu Yönetmeliğin 1. maddesinde bu Yönetmeliğin amacının işyeri açma ve çalışma ruhsatlarının verilmesinde uygulanacak esas ve usulleri düzenlemek olduğu belirtilmiş; 3. maddesinde de Yönetmeliğin dayanağı kanunlar sayılmıştır.

İşyeri Açma ve Çalışma Ruhsatlarına İlişkin Yönetmelik'te yer alan umuma açık istirahat ve eğlence yerlerinde ve burayı işletecek ve çalıştıracak kişilerde aranan nitelikler incelendiğinde; kanun koyucunun amacının, işyerinin fen ve sağlık açısından uygunluğuyla birlikte çevrenin ve toplumun huzur ve güvenliğini de gözönünde tutmak olduğu anlaşılmaktadır.

634 sayılı Kat Mülkiyeti Kanununun 24. maddesinde tapuda mesken olarak görülen yerlerin eğlence, toplantı, gıda, beslenme, galeri, çarşı vb. gibi amaçlarla kullanılabilmesinin kat maliklerinin oybirliğiyle vereceği karara bağlı olduğu kurala bağlanmış, tapuda işyeri olarak görünen bölümlerin belirtilen amaçlarla kullanılabilmesi için açık bir hükme yer

verilmemiştir. Ancak, 634 sayılı Kanunun 28, 29, 30, 31, 32. maddelerinin birlikte değerlendirilmesinden, bu kanuna tabi binaların kullanma amaç ve şeklinin yönetim planında gösterileceği ve binanın yönetiminin kat malikleri kurulunca alınan kararlara göre yürütüleceği anlaşılmaktadır.

Durum böyle olunca, tapuda işyeri olarak gözükebilecek bu işyerlerinde dava konusu yönetmeliğe tabi istirahat ve eğlence yeri faaliyetlerinin yapılabilmesinin kat maliklerinin oyçokluğuyla vereceği karara bağlı kılınmasında kamu yararı bulunmaktadır. Öte yandan dava konusu yönetmeliğin dayanağını oluşturan Kanunlardan birisi olan 2559 sayılı Polis Vazife ve Selahiyetleri Kanununun 7. maddesinde dinlenme ve eğlence yerlerinin açılmasının mahallin en büyük mülki amirinin iznine bağlı olduğu hükmüne yer verilmiş, bu izinlerin verilmesi dava konusu yönetmelikle objektif ölçütlere bağlanmış olup, bu ölçütler arasında kat malikleri kurulunun oyçokluğuyla izin verdiğine ilişkin karar tutanağının sayılmış olması, kamu güvenliği ve esenliği için getirilmiş bir kural niteliğinde olduğundan hem Yönetmeliğin dayanağı Kanuna hemde Yönetmeliğin amacına aykırı olmadığı sonucuna ulaşılmaktadır.

Açıklanan nedenlerle davalı idarelerin temyiz istemlerinin kabulü ile Danıştay Sekizinci Dairesinin 26.4.2006 günlü, E:2005/4199, K:2006/1740 sayılı kararının bozulmasına, 9.7.2009 gününde oyçokluğu ile karar verildi.

KARŞI OY

X- Davalı idarelerin temyiz istemlerinin reddi ile hukuk ve usule uygun bulunan Danıştay Sekizinci Dairesince verilen 26.4.2006 günlü, E:2005/4199, K:2006/1740 sayılı kararın onanması oyu ile karara karşıyız.

İMAR İŞLERİ

T.C.
DANIŞTAY
İdari Dava Daireleri
Kurulu
Esas No:2005/3220
Karar No:2009/35

Özeti : Yol için rızaen yapılan terk ile yeşil alan için yapılan bağış düzenleme ortaklık payı kapsamında olduğundan 3194 sayılı İmar Kanununun 18. maddesi uyarınca düzenlemeye tabi tutulan yerlerden daha önce yapılan yola terk ile yeşil alan için yapılan bağış miktarını % 35'e tamamlayan fark kadar düzenleme ortaklık payı alınabileceği hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan (Davacı) : ...

Vekili : Av. ...

Karşı Taraf (Davalı) : Demirci Belediye Başkanlığı

İstemin Özeti : Manisa İdare Mahkemesinin 10.6.2005 günlü, E:2005/667, K: 2005/698 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 Tülin Özgenç'in Düşüncesi : Davacıya ait Demirci İlçesi ... Mahallesi, ... pafta, ... ada, ... parsel sayılı taşınmazı da kapsayan alanda 3194 sayılı Yasanın 18.maddesi uyarınca yapılan parselasyon işleminin iptali istemiyle açılan dava sonucunda, idare mahkemesince davanın reddi yolunda verilen kararı bozan Danıştay 6.Dairesinin 14.2.2005 günlü, E:2004/3189., K:2005/772 sayılı kararına uyulmayarak mahkemece eski kararında ısrar edilmesi yolunda verilen kararın temyizden incelenerek bozulması istenilmektedir.

İmar Kanununun 18.maddesi uyarınca Yapılacak Arazi ve Arsa Düzenlemesi ile İlgili Esaslar Hakkında Yönetmeliğin "Düzenleme Ortaklık Payı Oranına Ait Esaslar" başlığını taşıyan 11.maddesinde, düzenleme ortaklık payının bir düzenleme sahasında tesbit edilen düzenleme ortaklık payı miktarının bu saha içindeki kadastro veya imar parsellerinin yüzölçümü miktarına oranı olduğu, daha önceki imar uygulamaları nedeniyle düzenleme ortaklık payı veya bu amaçla başka isimlerle bir pay alınmış olan arazi veya arsaların bu ortaklık payı hesabına katılmayacağı, ancak taşınmaz sahiplerinin talepleri üzerine daha önce ifrazından alınan terk oranının %35'e tamamlayan fark kadar düzenleme ortaklık payı alınabileceği, hükme bağlanmıştır..

Dava konusu parselasyon işleminde 1995 yılında yapılan ifraz sırasındaki yola terk işlemi gözönüne alınarak D.O.P oranının hesaplanması gerekirken, bu husus gözönünde bulundurulmaksızın %35 oranından fazla D.O.P alınmasında hukuka uyarlık görülmemiştir.

Açıklanan nedenle, temyiz isteminin kabulü ile temyize konu ısrar kararının bozulması gerektiği düşünülmüştür.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulunca dosya incelendi, gereği görüldü:

Dava, Manisa, Demirci İlçesi, ... Mahallesi, ... pafta, ... ada, ... parsel sayılı davacıya ait taşınmazı kapsayan alanda 3194 sayılı İmar Kanununun 18. maddesi uyarınca parselasyon yapılmasına ilişkin 22.10.2002 günlü, 479 sayılı belediye encümeni kararının iptali istemiyle açılmıştır.

Manisa İdare Mahkemesi 24.2.2004 günlü, E:2003/257, K: 2004/155 sayılı kararıyla; yerinde yaptırılan keşif ve bilirkişi incelemesi sonucunda düzenlenen raporla dosyadaki bilgi ve belgelerin birlikte değerlendirilmesinden, ... ada, ... ve ... sayılı parsellerin 1995 yılında ... ada, ... sayılı parselin 3194 sayılı Yasanın 15 ve 16 ıncı maddelerine göre ifrazından oluştuğu, davacıya ait ... sayılı parselden % 35'in üzerinde düzenleme ortaklık payı alınmış ise de, daha önce yapılan ifraz sırasındaki yola rızaen yapılan terk ve davacı tarafından bağışlanan miktarın parselasyon işleminde dikkate alınmamasında ve buna göre düzenleme ortaklık payı hesaplanmasında mevzuata aykırılık bulunmadığı sonucuna varıldığı gerekçesiyle davanın reddine karar vermiştir.

Bu karar temyiz incelemesi sonucunda Danıştay Altıncı Dairesinin 14.2.2005 günlü, E:2004/3189, K:2005/772 sayılı kararıyla; İmar Kanununun 18. maddesi Uyarınca Yapılacak Arazi ve Arsa Düzenlemesi ile İlgili Esaslar Hakkında Yönetmeliğin 11. maddesi uyarınca taşınmaz sahiplerinin talepleri üzerine, mülga 6785-1605 sayılı İmar Kanununun 39. maddesine göre daha önce ifraz edilerek tescil edilen parsellerden düzenlemeye dahil edilenlerin, ilk parselin ifrazında alınan terk oranını % 35'e tamamlayan fark kadar düzenleme ortaklık payı alınacağına hükme bağlandığı, 1995 yılında yapılan ifraz sonucunda davaya konu taşınmazdan bedelsiz yola terk yapıldığının görüldüğü, bilirkişi raporunda da dava konusu parselasyon işlemi tesis edilirken bu rızai terk işlemi gözönünde bulundurulmadan davacıya ait taşınmazdan % 37.92 oranında düzenleme ortaklık payı

alınmasında anılan Yönetmelik hükmünde yer alan imar kanunun 18. maddesi uyarınca yapılacak parselasyon ile ilgili esaslara aykırılık bulunduğu gerekçesiyle bozulmuş ise de İdare Mahkemesince anılan bozma kararına uyulmayarak davanın reddi yolundaki ilk kararında ısrar edilmiştir.

Davacı 10.6.2005 günlü, E:2005/667, K:2005/698 sayılı ısrar kararını temyiz etmekte ve bozulmasını istemektedir.

İmar Kanununun 18.Maddesi Uyarınca Yapılacak Arazi ve Arsa Düzenlemesi ile İlgili Esaslar Hakkında Yönetmeliğin 11.maddesinde, düzenleme ortaklık payı oranının, bir düzenleme sahasında tespit edilen düzenleme ortaklık payı miktarının, bu saha içindeki kadastral veya imar parsellerinin yüzölçümü miktarına oranı olduğu, evvelce yapılan düzenlemeler dolayısıyla düzenleme ortaklık payı veya bu maksatla başka isimlerle bir pay alınmış arazi ve arsaların bu ortaklık payı hesabına katılmayacağı, ancak taşınmaz sahiplerinin talepleri üzerine, mülga 6785-1605 sayılı imar kanununun 39 uncu maddesine göre daha önce ifraz edilerek tescil edilen parsellerden düzenlemeye dahil edilenlerin, ilk parselin ifrazında alınan terk oranını % 35'e tamamlayan fark kadar düzenleme ortaklık payı alınabileceği hükme bağlanmıştır.

Dosyanın incelenmesinden, davacıya ait parselin kadastral ... ada, ... sayılı parselin 1995 yılında bir kısmının bedelsiz olarak yola terk edilmesi suretiyle ifrazından oluştuğu, 3194 sayılı Yasanın 18. maddesi uyarınca 2002 yılında tesis edilen dava konusu parselasyon işlemi sırasında da davacı tarafından parselinden 330 m2'nin hibe edilerek düzenleme alanında belirlenen düzenleme ortaklık payının karşılanmasında kullanıldığı, dolayısıyla davacının parselinden 1995 yılında gerçekleştirilen ifraz işlemi sırasında bedelsiz olarak yapılan yola terk ve 2002 yılında tesis edilen parselasyon işlemi sırasında da hibe adı altında imar planında yeşil alan olarak ayrılan alanda kullanılmak üzere kesinti yapıldığı, bu kesintinin yol, meydan, park, yeşil saha, genel otopark gibi umumi hizmete ayrılan alanların düzenleme dolayısıyla meydana gelen değer artışları karşılığında düzenlemeye tabi tutulan arazi ve arsaların düzenlemeden önceki yüzölçümlerinden işlem tarihi itibarıyla % 35'e kadar düşülebilen miktar karşılığı bedel olan düzenleme ortaklık payı kapsamında bulunduğu anlaşılmaktadır.

3194 sayılı İmar Kanunun 18. maddesi uyarınca düzenlemeye tabi tutulan yerlerin ihtiyaca olan yol, meydan, park, otopark, çocuk bahçesi, yeşil saha, cami ve karakol gibi umumi hizmetler için düzenleme ortaklık payı alınabilecek olması karşısında 1995 yılında yol için yapılan terkin, yeşil alan için 2002 yılında yapılan hibeden ayrı düşünülmemeyeceği, amacın aynı olduğu hususu göz önünde bulundurulduğunda, uyuşmazlıkta davacının taşınmazından yapılan yola terk ve yeşil alan için yapılan hibe miktarını % 35'e tamamlayan fark kadar düzenleme ortaklık payı alınabileceken bilirkişi raporunda da belirtildiği üzere dava konusu parselasyon işlemi tesis edilirken rızai terk edilen parselasyon ve hibe edilen miktar göz önünde bulundurulmadan davacıya ait parselden % 35'i aşan oranda düzenleme ortaklık payı alınmıştır.

Bu itibarla dava konusu işlemin iptali gerekirken davanın reddi yolunda verilen temyize konu İdare Mahkemesinin ısrar kararında hukuki isabet görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle Manisa İdare Mahkemesince verilen 10.6.2005 günlü, E:2005/667, K: 2005/698 sayılı ısrar kararın bozulmasına, dosyanın anılan Mahkemeye gönderilmesine 19.2.2009 gününde oybirliği ile karar verildi.

NOTER İŞLERİ

T.C.
DANIŞTAY
İdari Dava Daireleri
Kurulu
Esas No:2008/874
Karar No:2009/34

Özeti : Noterlik Kanununun 30/3. maddesinde, noterliğe atanan veya nakledilenlerin vazgeçme hakkının hangi koşullarda kullanılacağına ilişkin açık bir belirleme yapılmamış ise de değinilen hükmün, kamu hizmeti olarak nitelendirilen noterlik hizmetinin etkin ve sağlıklı yürütülmesi ile vazgeçme hakkının kullanımı arasındaki dengeyi sağlayacak şekilde uygulanması, yani noterlik belgesi sahibi iken vazgeçme hali ile noter olarak atandıktan sonraki vazgeçme halinin ayrı ayrı değerlendirilmesi gerektiği hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan (Davacı) : ...

Karşı Taraf (Davalı) : Adalet Bakanlığı

İstemin Özeti : Ankara 6. İdare Mahkemesinin 21.3.2008 günlü, E:2008/416, K:2008/493 sayılı ısrar kararının temyizden incelenerek bozulması davacı tarafından istenilmektedir.

Savunmanın Özeti : Ankara 6.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 gerektirdiği savunulmaktadır.

Danıştay Tetkik Hakimi Muhsin Yıldız'ın Düşüncesi : Temyiz isteminin kabulü ile ısrar kararının; davacının noter olarak atandıktan sonra üç vazgeçme hakkını doldurmadığı gerekçesiyle bozulması gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı Gülşen Bişkin'in Düşüncesi : Temyize konu ısrar kararının Danıştay 8. Dairesinin 22.3.2007 günlü ve E:2006/5484,K:2007/1608 sayılı kararında yer alan hukuksal nedenler ve gerekçe uyarınca bozulması gerektiği düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

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

Dava, Aydın ... İlçesinde Noter olarak görev yapan davacının 24.12.2004 günlü Resmi Gazete'de ilan edilen 2. sınıf noterliklerden birisine atanma istemiyle yaptığı başvurunun reddine ilişkin Adalet Bakanlığının 1.4.2005 günlü, 7147 sayılı işleminin iptali istemiyle açılmıştır.

Ankara 6. İdare Mahkemesinin 14.7.2006 günlü, E:2005/760, K:2006/1449 sayılı kararıyla; davacının noterlik belgesi sahibi olarak yaptığı atanma başvuruları üzerine Diyarbakır ... ve Ağrı ... Noterliğine atandığı, ancak atanma isteğinden vazgeçtiği; 1999 yılında Siirt ... Noterliğine atandıktan sonra ise iki yıllık süre sonunda atanma isteğinde bulunması üzerine Kahramanmaraş ... Noterliğine yapılan atamasından da vazgeçmiş olması

nedeniyle 1512 sayılı Yasanın 30. maddesinde açıkça belirlendiği şekli ile üç defa ile sınırlandırılan vazgeçme hakkının kullanılmış olduğu; bu nedenle davacının atanma talebinin nazara alınmamasına ilişkin olarak tesis edilen işlemde mevzuata aykırılık bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir.

Anılan kararın davacı tarafından temyiz edilmesi üzerine Danıştay Sekizinci Dairesi 22.3.2007 günlü, E:2006/5484, K:2007/1608 sayılı kararıyla; 1512 sayılı Noterlik Kanunu'nun 30. maddesinde yer alan hükmün vazgeçme hakkının kullanılmasını engellemeyecek, mesleğin yürütülmesinde zorunlu olan atama ve nakle ilişkin genel ilkelere uygun olacak bir yaklaşımla ele alınmasının hakkaniyet gereği olduğu; özellikle görev yerini değiştirme talebinin geri alınması hallerinde mesleğe başlarken veya mesleğin çeşitli dönemlerinde değişik görev yerlerinde meydana gelen üç defa vazgeçme halinin içtima ettirilerek bu durumda olanlara Kanunun 30. maddesinin üçüncü fıkrasının uygulanmasının ölçülü olmayan ve hakkaniyetle bağdaşmayan bir sonuç yaratacağı; anılan maddenin 16.11.1989 tarih ve 3588 sayılı Kanun ile değiştirilmeden önceki halinin içtimaya imkan verdiği halde değişikliklerle bu durumun ortadan kaldırıldığı; bu nedenle maddenin yürürlükte olan hükmünün aynı görev yerinde üç defa nakil talebinde bulunup vazgeçme olarak anlaşılması gerektiği; bu nedenle davacının noterlik belgesi sahibi iken iki kez, noterliğe atandıktan sonra bir kez atama ve nakil talebinden vazgeçtiğinden bahisle tesis olunan işlemde Kanunun amacı ve öngörüsüne uyarlık, aksi yöndeki Mahkeme kararında hukuki isabet görülmediği gerekçesiyle kararı bozmuş ise de; İdare Mahkemesi bozma kararına uymayarak davanın reddi yolundaki ilk kararında ısrar etmiştir.

Davacı, Ankara 6. İdare Mahkemesinin 21.3.2008 günlü, E:2008/416, K:2008/493 sayılı ısrar kararını temyiz etmekte ve bozulmasını istemektedir.

1512 sayılı Noterlik Kanunu'nun 1. maddesinde, noterlik bir kamu hizmeti olarak nitelendirilmiş; 4. maddesinde, noterliklerin dört sınıfa, noterlerin üç sınıfa ayrıldığı belirtilmiş; 22. maddesinde, boşalan, açılan veya dördüncü sınıftan üçüncü sınıfa geçirilen noterliklerin o yerde, İstanbul ve Ankara'da ve Adalet Bakanlığınca uygun görülecek diğer yerlerde çıkan birer gazete ve Resmi Gazete'de birer defa ilan olunacağı hükme bağlanmış; 23. maddesinde başvuru usulü gösterilmiş; 27. maddesinde, birinci sınıf noterliğe birinci sınıf, ikinci sınıf noterliğe birinci veya ikinci sınıf, üçüncü sınıf noterliğe birinci, ikinci veya üçüncü sınıf noterler arasından, 22. maddeye göre yapılan ilanları izleyen bir ay içinde başvuran isteklilerden birisinin Adalet Bakanı tarafından atanacağı, noterlik belgesi sahiplerinin üçüncü sınıf bir noterliğe atanabilmesinin, üçüncü veya daha üst sınıf noter isteklilerinin bulunmamasına bağlı olduğu, bulunduğu noterlikte iki yılını doldurmamış bulunan noterlerin atanma isteğinin nazara alınmayacağı öngörülmüş; 30. maddesinde ise "Noter sıfatı, noterliğe atama kararının tebellüğü ile kazanılır. Kendi sınıfında veya yukarı sınıfta başka bir noterliğe atanan veya nakledilen noter, atama yahut nakledilme kararını tebellüğ ettiği tarihte yeni noterlik sıfatını kazanmakla beraber eski noterlik sıfatı da sona erer.

Bir noterliğe atanan veya nakledilenler, atama veya nakledilme kararının tebliğinden itibaren bir ay içinde yeni görevlerine başlamak zorunluluğundadırlar. Atanan veya nakledilen kimsenin bu süre içinde haklı bir sebep olmaksızın göreve başlamaması veya atanma yahut nakledilme isteminden vazgeçme dilekçesinin atama ve nakil kararının kendisine tebliğinden sonra Bakanlığa ve Cumhuriyet Savcılığına verilmesi halinde, bu kimse noterlik mesleğinden istifa etmiş sayılır.

Bir noterliğe atanan kişi, atama veya nakil kararının kendisine tebliğinden önce Bakanlığa veya Cumhuriyet Savcılığına vereceği bir dilekçe ile isteminden vazgeçtiğini bildirebilir. Bu şekilde üç defa vazgeçenlerin daha sonraki atanma istekleri nazara alınmaz. Bunlar noterlik belgesi sahibi ise belgeleri iptal edilir. Atanma kararının tebliğinden önceki vazgeçmelerde yeniden ilan yapılmaksızın mevcut isteklilerden biri 24, 27 ve 29 uncu maddelerdeki esaslara göre o noterliğe atanır." düzenlemesine yer verilmiştir.

Davacının noterlik belgesi sahibi olarak yaptığı atanma başvuruları üzerine Diyarbakır ... ve Ağrı ... Noterliklerine atanmasının yapılmasına karşın bu atanma isteklerinden vazgeçtiği; 1999 yılında Siirt ... Noterliğine atandığı ve görevine başladığı, iki yıllık görev süresini doldurması üzerine atanma isteğinde bulunması nedeniyle Kahramanmaraş ... Noterliğine atandığı, ancak bu atama isteğinden de vazgeçtiği; daha sonra halen görev yaptığı Aydın ... noterliğine atandığı; 24.12.2004 günlü Resmi Gazete'de ilan edilen 2. sınıf noterliklerden birine atanma isteğinin 1512 sayılı Kanun'un 30/3. maddesi uyarınca nazara alınmayarak atamasının yapılmaması üzerine bakılmakta olan davayı açtığı dosyanın incelenmesinden anlaşılmaktadır.

Uyuşmazlığın çözümlenebilmesi için alıntısı yapılan Kanun kuralında üç defa ile sınırlandırılan vazgeçme hakkının hangi hallerde kullanılabileceğinin belirlenmesi zorunlu bulunmaktadır.

Yukarıda değinilen Kanun hükümlerinin birlikte incelenip değerlendirilmesinden; bir kamu hizmeti olan noterlik sıfatı ve statüsü atanılan görev yerine göre belirlenmiş, başka bir yere noter olarak atanabilmek için en son görev yapılan yerde en az iki yıl çalışma koşulu getirilmiş, bu sürenin tamamlanması halinde yeni bir noterliğe atanmak veya nakledilmek için başvurulara atanma veya nakil kararının kendilerine tebliğinden önce vazgeçme hakkı tanınmış ve bu hakkın kullanımı üç defa ile sınırlandırılmıştır.

Maddede vazgeçme hakkının hangi koşullarda kullanılacağına ilişkin açık bir belirleme yapılmamış ise de; bu hükmün, kamu hizmeti olarak nitelendirilen noterlik hizmetinin etkin ve sağlıklı yürütülmesi ile vazgeçme hakkının kullanımı arasındaki dengeyi sağlayacak şekilde uygulanması gerekmektedir.

Anılan maddenin 16.11.1989 tarihli ve 3588 sayılı Kanun ile değiştirilmeden önceki halinde yer alan; "Atanma veya nakil isteklerinden vazgeçme hakkı iki defa kullanılabilir. Vazgeçilen isteklerden birinin atanmaya, diğerinin nakle ilişkin olması halinde de aynı hüküm uygulanır. Bu durumdaki kimsenin daha sonraki atanma veya nakil istekleri nazara alınmaz.", hükmü atanma ve nakil istemlerinden vazgeçmenin, içtimasına imkan vermekte iken maddenin değiştirildikten sonraki halinde bu içtima durumu ortadan kaldırılmış; noterlik belgesi sahibi iken vazgeçme hali ile noter olarak atandıktan sonraki vazgeçme hali birbirinden ayrılmıştır. Nitekim maddede, noterlik belgesi sahibi iken üç defa vazgeçenlerin belgelerinin iptal edileceği, noter olarak atandıktan sonra atanma isteklerinden üç defa vazgeçenlerin ise daha sonraki atanma isteklerinin değerlendirilmeyeceği belirtilmek suretiyle bu duruma açıklık getirilmiştir.

Madde hükmünün aynı görev yerinde üç defa vazgeçme olarak anlaşılması gerekip gerekmediği hususuna gelince; Danıştay Sekizinci Dairesinin kararında Noterlik Kanununun 30. maddesi hükmünün, aynı görev yerinde üç defa vazgeçme olarak anlaşılmasının hakkaniyete uygun olacağı belirtilmiş ise de, maddede yer alan düzenlemenin böyle bir yorumu elvermediği, maddenin noterliğe atandıktan sonra aynı veya değişik görev yerlerinde nakil isteminden toplam üç defa vazgeçilebileceği şeklinde anlaşılması gerektiği sonucuna varılmıştır.

Bu durumda, davacının noterlik belgesi sahibi iken iki defa, noterliğe atandıktan sonra bir defa atanma ve nakil isteminden vazgeçtiği; diğer bir anlatımla noter olarak atandıktan sonra vazgeçme hakkını henüz bir defa kullandığı anlaşıldığından, 1512 sayılı Kanun'un 30/3. maddesinde öngörülen üç defa vazgeçme hakkını doldurulduğundan bahisle tesis edilen işlemde ve bu işlemin iptal istemiyle açılan davayı reddeden İdare Mahkemesi kararında hukuki isabet görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle, davacının temyiz isteminin kabulüne ve Ankara 6. İdare Mahkemesinin 21.3.2008 günlü, E:2008/416, K:2008/493 sayılı kararının yukarıda belirtilen gerekçeyle bozulmasına, kullanılmayan 22.90.- TL yürütmenin durdurulması harcının isteği halinde davacıya iadesine, dosyanın adı geçen Mahkemeye gönderilmesine, 19.2.2009 gününde esasta ve gerekçe de oyçokluğu ile karar verildi.

GEREKÇEDE KARŞI OY

X- Temyize konu Ankara 6. İdare Mahkemesi ısrar kararının, Danıştay Sekizinci Dairesinin 22.3.2007 günlü, E:2006/5484, K:2007/1608 sayılı bozma kararı doğrultusunda bozulması gerektiği oyuyla, karara gerekçe yönünden katılmıyoruz.

KARŞI OY

XX- Davacının temyiz isteminin reddi ve temyize konu Ankara 6. İdare Mahkemesinin 21.3.2008 günlü, E2008/416, K:2008/493 sayılı ısrar kararının onanması gerektiği oyuyla, karara katılmıyoruz.

ÖĞRETİM İŞLERİ

T.C.

DANIŞTAY

İdari Dava Daireleri

Kurulu

Esas No:2006/69

Karar No:2009/1089

Özeti : Yükseköğretim Kurumları Yönetici, Öğretim Elemanı ve Memurları Disiplin Yönetmeliğine göre, Yüksek Disiplin Kurulu kararları oybirliği veya çoğunlukla verilebilecek olup birden çok iradenin katılımı ile oluşan kararların, tarafların iddia ve savunmaları ve ileri sürülen delillerin, kurulu oluşturanlarca ortaya konulan görüş ve karşı görüşlerin tartışması sonucunda olduğu gözönüne alındığında, çoğunluk oyları kadar karşı görüşte olanların oylarının bilinmesi de önemli olup davacının savunma hakkını da ilgilendiren bu yöndeki bir eksikliğin esası etkileyen bir şekil noksanlığı olduğu hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan (Davacı) : ...

Vekili : Av. ...

Karşı Taraf (Davalı) : Yükseköğretim Kurulu Başkanlığı

Vekili : Av. ...

İstem Özet i : Adana 1. İdare Mahkemesinin 28.9.2005 günlü, E:2005/1297, K:2005/1336 sayılı ısrar kararının temyizen incelenerek bozulması davacı tarafından istenilmektedir.

Savunmanın Özet i : Adana 1. 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 Gülhan Akyüz'ün Düşüncesi : Temyiz isteminin kabulü ile ısrar kararının Danıştay Sekizinci Daire kararı doğrultusunda bozulması gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı Radiye Tiryaki'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 İdare Mahkemesince verilen ısrar kararının onanmasının uygun olacağı düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulunca dosya incelendi, gereği görüldü:

Dava, ... Üniversitesi Ziraat Fakültesi dekanı olan davacının yönetim görevinden ayırma cezası ile cezalandırılmasına ilişkin Yükseköğretim Kurulu'nun 26.2.2002 günlü 863-3787 sayılı işleminin iptali istemiyle açılmıştır.

Adana 1. İdare Mahkemesi 24.6.2003 gün ve E:2002/1834, K:2003/714 sayılı kararı ile, 2547 sayılı Yasanın 6/c, 13/b ve 58. maddelerinden söz edilerek, Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Tarım Orman Bakanlığı ile ... Üniversitesi Ziraat Fakültesi arasında yapılan Tarımsal Araştırma-Geliştirme Danışmanlık Hizmetleri Sözleşmesinin 5/b maddesine göre, telif ücretlerinin fakülte döner sermaye işletmesi aracılığıyla yapılması kararlaştırıldığı halde, yukarıda anılan yasa maddesi hükümleri ve Yükseköğretim Kurulu Başkanlığı Yürütme Kurulunun 28.12.1993 gün ve 9346.2327 sayılı kararı ile üniversitelerce, üniversite dışından alınacak projelerin üniversite döner sermayesince usule uygun olarak alınması ve bu konularda Vakıfların aracı olarak kullanılmamasında gerekli hassasiyetin gösterilmesi hususunun belirtilmesi konularının davacıya iletilmesine rağmen, telif ücretlerinin ... Üniversitesi Ziraat Fakültesi Araştırma Geliştirme Vakfı aracılığıyla ödenmesine devam edildiği anlaşıldığından davacının yönetim görevinden ayırma cezasıyla cezalandırılmasında hukuka aykırılık bulunmadığı, öte yandan, davacının yönetim görevinden ayırma cezası ile cezalandırılmasına ilişkin 01.02.2002 günlü Yüksek Disiplin Kurulu kararının oyçokluğu ile alınmasına karşın, karşı oy kullananlar ile nedenlerinin yazılmamasının dava konusu işlemin iptalini gerektirecek şekil eksikliği olarak kabul edilemeyeceği gerekçesiyle davanın reddine karar vermiştir.

Anılan kararın temyiz incelemesi sonucu, Danıştay Sekizinci Dairesi'nin 17.12.2004 günlü, E:2004/2829, K:2004/4963 sayılı kararı ile, ... Üniversitesi Ziraat Fakültesi dekanı olan davacıya, Kuzey Kıbrıs Türk tarımının gelişimi ve iyileştirilmesi için ... Üniversitesi Ziraat Fakültesi ile Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Tarım ve Orman Bakanlığı arasında imzalanan KKTC-TAGEP Tarımsal Araştırma-Geliştirme-Danışmanlık Hizmetleri Sözleşmesinin gereğinin yerine getirilmesi yolundaki Rektörlük talimatları doğrultusunda işlem yapmamakta direnmek, TAGEP Projesi kapsamındaki iş ve hizmetlerin aksatılmaması konusunda gerekli önlemleri almamak suçunu işlediğinden dolayı Yüksek Disiplin Kurulu sıfatıyla toplanan Yükseköğretim Genel Kurulunca yönetim görevinden ayırma cezası verilmesine karar verildiği, anılan kararın oyçokluğu ile verilmesine karşın, karşı görüşte olanların nedenlerini yazıp imzalamadıkları, bu durumda, Yükseköğretim Kurumları Yönetici, Öğretim Elmanı ve Memurları Disiplin Yönetmeliğinin 43. ve 44. maddelerine aykırı olarak alınan Yüksek Disiplin Kurulu kararının hukuka uygunluğundan söz edilemeyeceğinden, İdare Mahkemesince belirtilen noksanlık, işlemin iptalini gerektirecek nitelikte görülmeyle işin esası hakkında karar verilmesinde hukuka uyarlık bulunmadığı gerekçesiyle bozulmuş ise de Adana 1. İdare Mahkemesi bozma kararına uymayarak ilk kararında ısrar etmiştir.

Davacı, Adana 1. İdare Mahkemesinin 28.9.2005 günlü, E:2005/1297, K:2005/1336 sayılı kararının temyizen incelenerek bozulmasını istemektedir.

Yükseköğretim Kurumları Yönetici, Öğretim Elmanı ve Memurları Disiplin Yönetmeliğinin 43. maddesinde, Yüksek Disiplin Kurulunun karar usulü belirtilmiş olup, 44. maddesinde kararların verildikleri tarihten itibaren en geç 15 gün içinde rapörtörler tarafından gerekçeli olarak oybirliği veya çoğunlukla verildiğinin belirtilerek yazılacağı,

başkan ve üyeler tarafından imzalanacağı, karşı görüşte olanların nedenlerini yazıp imzalamaları gerektiği hükmüne bağlanmıştır.

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 2. maddesinde, hukuka aykırılığı iddia edilerek menfaatleri ihlal edilenler tarafından idari işlemlere karşı açılan iptal davalarında, işlemin şekil unsuru yönünden de yargısal denetime tabi olduğunun kabulü gerekeceğinden, idari işlemin tesisinde veya bir kararın alınmasında önceden Yasayla saptanmış bulunan usul kuralına uyulmaması kural olarak hukuka aykırılık halini oluşturmaktadır. Ancak, işlemin şekil unsuru üzerindeki yargı denetiminde, şekil unsurundaki aykırılık halinin işlem üzerindeki hukuki etkisine bakılması gerekmekte olup Yükseköğretim Kurumları Yönetici, Öğretim Elemanı ve Memurları Disiplin Yönetmeliği'nin 44. maddesinde karşı görüşte olanların nedenlerini yazıp imzalamaları gerektiğinin belirtildiği, birden çok iradenin katılımı ile oluşan kararların, tarafların iddia ve savunmaları ile ileri sürülen delillerin, kurulu oluşturanlarca ortaya konulan görüş ve karşı görüşlerin tartışılması sonunda oluşturduğu gözönüne alındığında, kararın değerlendirilmesinde çoğunluk oyları kadar karşı görüşte olanların oylarının da bilinmesi önemlidir. Dolayısıyla, davacının savunma hakkını da ilgilendiren bu yöndeki bir eksikliğin esası etkileyen şekil noksanlığı oluşturduğu tartışmasızdır.

Açıklanan nedenlerde davacının temyiz isteminin kabulüne, Adana 1. İdare Mahkemesi'nin 28.9.2005 günlü, E:2005/1297, K:2005/1336 sayılı ısrar kararının Danıştay Sekizinci Dairesi'nin 17.12.2004 günlü, E:2004/2829, K:2004/4963 sayılı kararı doğrultusunda bozulmasına, dosyanın anılan mahkemeye gönderilmesine 16.4.2009 gününde oyçokluğu ile karar verildi.

KARŞI OY

X- Temyiz edilen kararlar ilgili dosyanın incelenmesinden Adana 1. İdare Mahkemesince verilen kararının usul ve hukuka uygun bulunduğu, dilekçede ileri sürülen temyiz nedenlerinin kararının bozulmasını gerektirecek nitelikte olmadığı anlaşıldığından, davacının temyiz isteminin reddi ile temyize konu kararın onanması oyuyla karara katılmıyoruz.

ÜNİVERSİTE MENSUPLARI

T.C.
DANIŞTAY
İdari Dava Daireleri
Kurulu
Esas No:2005/128
Karar No:2009/19

Özeti : Üniversitelerde devamlı statüde çalışan doçent ve profesörlerin Yüksek Öğretim Kurumları dışındaki kuruluş ve kişilere doğrudan bilimsel görüş, proje araştırma ve benzeri hizmetleri vermelerinin mümkün bulunmadığı hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan (Davalı) : Üniversitelerarası Kurul Başkanlığı
Vekili : Av. ...
Karşı Taraf (Davacılar) : 1- Prof. Dr. ... 2- Prof. Dr.... 3- Dr. ...

İstemin Özeti : Danıştay Sekizinci Dairesi'nin 24.11.2004 günlü, E:2003/4491, K:2004/4455 sayılı kararının temyizden incelenerek bozulması davalı idare tarafından istenilmektedir.

Savunmanın Özeti : Savunma verilmemiştir.

Danıştay Tetkik Hakimi Gülhan Akyüz'ün Düşüncesi : Temyiz isteminin kabulü ile Daire kararının bozulması gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı A. Yahya Özdemir'in Düşüncesi : Uyuşmazlık konusu Üniversitelerarası Kurul kararının esas kararda belirtilen gerekçelerle;... bilimsel görüş bildirme, proje, makale ve kitap v.b. şeklindeki inceleme araştırma çalışmalarına ilişkin kısmının iptaline yönelik kararda hukuka aykırılık bulunmadığından Daire kararının bu kısmına dair temyiz isteminin reddi ile kararın bu kısmının onanmasının; temyize konu kararın... ile iş ve hizmet sözleşmelerine tabi işleri..... kısmının iptalinde hukuka aykırılık bulunmadığından bu kısım ile ilgili 2577 sayılı Kanunun 49uncu maddesi uyarınca istemin kabulü ile kararın bu kısmının bozulmasının uygun olacağı düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

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

Dava, 2547 sayılı Yasanın çalışma esaslarını düzenleyen 36. maddesinin uygulanmasına ilişkin Üniversitelerarası Kurulun 5.9.2002 günlü, 15 sayılı kararının iptali istemiyle açılmıştır.

Danıştay Sekizinci Dairesi 24.11.2004 günlü, E:2003/4491, K:2004/4455 sayılı kararı ile; 2547 sayılı Kanun ve 5846 sayılı Kanun'daki yasal düzenlemeler gereği, bilimsel görüş bildirme, proje, makale, kitap ve benzeri telif hakları kapsamındaki inceleme ve araştırma çalışmalarının Üniversite Yönetim Kurulunun saptadığı esaslar dahilinde yapılması ve döner sermayeye gelir kaydedilebilmesinin sadece, bu çalışmaların üniversite ve bağlı birimlerinden istenmesi durumunda mümkün olduğu, doğrudan eser sahibinden (ki olayımızda devamlı statüdeki öğretim elemanlarından) istenen çalışmalar dolayısıyla üniversite yönetim kurulunun yetkili kılınması ve bunlardan elde edilen gelirin de döner sermayeye gelir kaydedilmesinin mümkün olmadığı, oysa dava konusu işlem ile, üniversite veya bağlı birimlerinden istenmemiş olsa dahi, telif hakkı konusu olan çalışmaların üniversite yönetim kurulunca saptanacak esaslara tabi kılınması ve bundan doğan kazancın da döner sermayeye gelir kaydedilmesi sonucunun doğduğu, bu sonucun, 2547 ve 5846 sayılı Kanunlarla yapılan düzenlemelere aykırı olduğu gibi, bu çalışmalara katkısı olmadığı halde ilgili birimdeki diğer öğretim elemanlarına döner sermaye katkısı sağlaması yönüyle hakkaniyete de aykırı bulunduğu, öte yandan, üniversiteler ile öğretim üyeleri ve yardımcılarının serbestçe her türlü bilimsel araştırma ve yayında bulunabilmelerini öngören Anayasamızın 130. maddesindeki serbestinin sadece mesai saatlerine özgü olarak yorumlanamayacağı, aksi durumun, bilim ve sanat adamlarının sadece üniversitenin kurumsal kimliği altında bilimsel çalışma yapmalarına yol açacağı, mesai saatleri dışında kendilerine ait boş zamanlarda kendi kişisel kimliklerine özgü bilimsel ve sanatsal çalışmalar yapmaktan ve bunları yayımlamaktan alıkoymayabileceği, Üniversiteler ve bağlı birimlerinden istenmediği halde öğretim elemanlarının kişisel bilimsel ve sanatsal çalışmalarının, üniversitenin kurumsal denetimi altına alınması yönüyle dava konusu işlemin, anılan Anayasa hükmünde ifadesini bulan bilimsel özgürlüğe de aykırı olduğu gerekçesiyle dava konusu işlemin iptaline karar vermiştir.

Anılan kararı davalı idare temyiz etmekte ve bozulmasını istemektedir.

2547 sayılı Yükseköğretim Kanununun "Çalışma Esasları" başlıklı 36. maddesinin (a) fıkrasının (1) bendinde, üniversitede devamlı statüde görev yapan profesör ve doçentlerin bütün mesailerini üniversite ile ilgili çalışmalara hasredecekleri, bunların özel Kanunlarla

belirlenen görevler ve teklif hakları hariç olmak üzere yükseköğretim kurumlarından başka yerlerde ücretli veya ücretsiz, resmi veya özel başkaca herhangi bir iş göremeyecekleri, ek görev alamayacakları, serbest meslek icra edemeyecekleri, 37. maddesinde, yükseköğretim kurumları dışındaki kuruluş veya kişilerce, üniversite içinde veya hizmetin gerektirdiği yerde, üniversite ve bağlı birimlerden istenecek, bilimsel görüş, proje, araştırma ve benzeri hizmetler ile üniversitede ve üniversiteye bağlı kurumlarda, hasta muayene tedavisi ile bunlarla ilgili tahliller ve araştırmaların, üniversite yönetim kurulunca kabul edilecek esaslara bağlı olmak üzere yapılabileceği hükümlerine yer verilmiştir.

Üniversitelerarası Kurul dava konusu işlem ile, Üniversiteler ve bağlı birimlerinde devamlı statüde görev yapan öğretim elemanlarının; üniversite dışında kişi ve kuruluşlar tarafından istenilen bilimsel görüş bildirme, proje, makale ve kitap v.b. şeklindeki inceleme ve araştırma çalışmaları ile iş ve hizmet sözleşmesine tabi işleri, Üniversite Yönetim Kurulunun saptadığı esaslar dahilinde, Üniversite Yönetim Kurulunun onayı ile elde ettikleri kazançları da döner sermayeye gelir kaydedilmesine bağlı olarak yapabileceklerine karar vermiştir.

2547 sayılı Kanunun 36. maddesinde devamlı statüde görev yapan öğretim üyeleri bakımından genel kural belirtilmiş ve aynı maddede genel kuralın istisnalarına yer verilmiştir. Maddede öngörülen genel kural, devamlı statüde görev yapanların "tüm çalışmalarını üniversiteye özgülemeleri" ve "yüksek öğretim kurumlarından başka yerlerde herhangi bir iş görmemeleri ya da serbest meslek icra etmemeleri"dir.

Anılan madde de genel kuralın iki istisnası ise "özel kanunlarda belirtilen görevler" ile "teklif hakları" na ilişkindir.

Devamlı statüde çalışan doçent ve profesörlerin 36. maddede yer alan telif haklarına konu eserlerini; münhasıran bilimsel (makale, kitap v.b. gibi) çalışmalarının ürünü olan eserler olarak anlamak gerekir. Bu itibarla, üniversiteler dışındaki kuruluş ve kişilerin doğrudan talepleri üzerine, bu kuruluş ve kişilere 37. madde kapsamına giren çalışmalarda bulunmak ise serbest meslek icra etmek olarak tanımlanabilir ki, bu tür çalışmalar da 36. maddede yasaklanmış bulunmaktadır.

Öte yandan 37. maddede, 36. maddede yapılan sınırlanma, belli koşullara bağlı olarak kaldırılmakta ve devamlı statüde çalışan öğretim üyelerinin Yüksek Öğretim Kurumları dışındaki kuruluş ve kişilerle ilgili olarak bilimsel görüş, proje araştırma ve benzeri hizmetleri ancak, üniversite ve bağlı birimlerden istenmesi koşulu ve üniversite yönetim kurulunca belirlenmiş esaslara göre, yapabileceği kabul edilmiş bulunmaktadır.

2547 sayılı Kanunun 36. ve 37. maddelerinin yukarıda belirtilen hükümleri karşısında; devamlı statüde çalışan doçent ve profesörlerin, Yüksek Öğretim Kurumları dışındaki kuruluş ve kişilere doğrudan bu tür hizmet vermeleri mümkün değildir.

Açıklanan nedenlerle, davalı idarenin temyiz isteminin kabulü ile Danıştay Sekizinci Dairesi'nin 24.11.2004 günlü, E:2003/4491, K:2004/4455 sayılı kararının bozulmasına dosyanın anılan Daireye gönderilmesine, 12.2.2009 gününde oyçokluğu ile karar verildi.

KARŞI OY

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

YARGILAMA USULÜ

T.C.
DANIŞTAY
İdari Dava Daireleri
Kurulu
Esas No:2007/274
Karar No:2008/2221

Özeti : Yargılamanın yenilenmesi isteminin kabul edilebilmesi için hükmün verilmesi öncesinde tarafların ellerinde olmayan bir nedenden dolayı hakkını kanıtlayamaması, delillerin, olguların mahkeme tarafından görülmeksizin hüküm verilmiş olması gerektiğinden bu tür bir olgunun Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi önünde ortaya çıkması veya yargılama aşamasındaki bir insan hakları ihlalinin ancak yargılamanın yenilenmesi yoluyla ortadan kaldırılabilmesi durumunda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararı üzerine yargılamanın yenilenmesi isteminin kabul edilebileceği hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan (Davalı) : Öğrenci Seçme ve Yerleştirme Merkezi Başkanlığı
Vekili : Av. ...
Karşı Taraf (Davacı) : ...
Vekilleri : 1-Av. ...
2- Av. ...
İstemin Özeti : Danıştay Sekizinci Dairesinin 19.1.2007 günlü, E:2006/4857, K:2007/69 sayılı kararının temyizen incelenerek bozulması davalı idare tarafından istenilmektedir.

Savunmanın Özeti : Savunma verilmemiştir.

Danıştay Tetkik Hakimi Tuncay DüNDAR'ın Düşüncesi : 2577 sayılı Yasa'nın "Yargılamanın Yenilenmesi" başlıklı 53. maddesine (ı) bendi 19.7.2003 günlü Resmi Gazetede yayımlanan 4928 sayılı Yasa'nın 6. maddesiyle Yasa'ya eklenmiş olup, "Hükmün, İnsan Haklarına ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşmenin veya eki protokollerin ihlali suretiyle verildiğinin, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin kesinleşmiş kararıyla tespit edilmiş olması" kuralı getirilmiştir.

Yine aynı 4928 sayılı Yasa'nın 7. maddesi ile de 2577 sayılı Yasa'ya Geçici 5. madde eklenmiştir. Buna göre de "53 üncü maddenin (1) numaralı fıkrasının (ı) bendi, bu kanunun yürürlüğe girdiği tarihte Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin kesinleşmiş kararları ile bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten sonra Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine yapılan başvurular üzerine verilecek kararlar hakkında uygulanır. Bu kanunun yürürlüğe girdiği tarihte kesinleşmiş olan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarına ilişkin yargılamanın yenilenmesi istemleri, bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren bir yıl içinde yapılır" denilmektedir.

Geçici 5. maddeye göre, 53. maddenin (ı) bendi uyarınca yargılamanın yenilenmesi isteminde bulunulabilmesi için Yasa'nın yayımı tarihi öncesinde Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarının kesinleşmiş olması veya Yasa'nın yayımından sonra Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine yapılan bir başvuru olması halinde uygulanabileceği; yani Yasa'nın

yayımlı tarihinde İnsan Hakları Mahkemesinde görülmekte olan davalar yönünden uygulanamayacağı açıktır.

Olayda yargılamanın yenilenmesi talebine esas olan dava için davacı Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine 26.6.2000 tarihinde ba vurmu  ve Mahkeme 7.2.2006 tarihinde kararını vermiş olduğuna göre, 4928 sayılı Yasa'nın Resmi Gazetede yayım tarihi olan 19.7.2003 tarihinde anılan Mahkemede görülmekte olan bir dava olduğu anlaşılmaktadır.

Bu durumda davacının 2577 sayılı Yasa'nın 53. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (ı) bendi uyarınca yargılamanın yenilenmesine ilişkin isteminin yukarıda belirtilen nedenlerle reddi gerekeceği d   n ld   nden, davalı idarenin temyiz isteminin kabulü ile Daire kararının bozulması gerektiği düşünülmektedir.

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

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

TÜRK M LLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulunca dosya incelendi, gereği görüşüldü:

1997 yılında girdiği   renci Yerleştirme Sınavı sonucunun geçersiz sayılmasına ilişkin ÖSYM Yürütme Kurulu işleminin iptali istemiyle açılan davanın reddi yolunda verilen Danıştay Sekizinci Dairesinin 5.11.1998 gün ve E:1997/3774, K:1998/3549 sayılı kararı  zerine; Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine başvuran davacı, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İkinci Dairesinin 3.7.2006 tarihinde kesinleşen 7.2.2006 günlü kararı uyarınca yargılamanın yenilenmesini ve dava konusu işlemin iptalini istemi ; Danıştay Sekizinci Dairesi de 19.1.2007 günlü, E:2006/4857, K:2007/69 sayılı kararıyla 2577 sayılı Yasa'nın 53. maddesinin (1) numaralı bölümünün (ı) bendine göre davacının yargılamanın yenilenmesi istemini kabul ederek, işlemin dayanağını oluşturan komisyon raporunun olasılık ve tahminlere dayalı olduğu, davacının sınavda elde ettiği başarının gerçeği yansıtmadığını kanıtlayan hukuken geçerli somut bir tespit de bulunmadığından, Anayasa'da güvence altına alınmış olan eğitim   retim hakkının ihlali sonucunu do urdu u gerekçesiyle dava konusu işlemin iptaline karar vermiştir.

Davalı idare bu kararı temyiz etmekte ve bozulmasını istemektedir.

Yargılamanın yenilenmesi kural olarak, hükümün esasını değiştirmek nitelikteki olguların hükümün kesinleşmesinden sonra ortaya çıkması durumunda, yeniden yapılacak yargılama ile kesin h k m  ortadan kaldıracı olan olağanüstü kanun yoludur. Sonradan ortaya çıkan bu gibi durumlar da kanunda sınırlı olarak sayılmış nedenlere dayanılarak taraflarca esas hükümün kaldırılması ve davanın yeniden incelenmesi istenebilir.

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunun "Yargılamanın Yenilenmesi" başlıklı 53. maddesinin 1. bendinde hangi hallerde yargılamanın yenilenmesi istenebilece i maddeler halinde sayılmıştır. 53. Maddenin (1) bölümüne 4928 sayılı Yasanın 6. maddesiyle eklenen (ı) bendi ile "Hükümün, İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşmenin veya eki protokollerin ihlali suretiyle verildiğinin, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin kesinleşmiş kararıyla tespit edilmiş olması" kuralı getirilmiştir.

Yargılamanın yenilenmesi isteminin kabul edilebilmesi için öncelikle hükümün verilmesi öncesinde tarafların ellerinde olmayan bir nedenden dolayı hakkını kanıtlayamaması, delillerin, olguların mahkeme tarafından görülmeksizin hüküm verilmiş olması gerekir. Eğer bu tür bir olgu Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi önünde ortaya çıkarsa veya yargılama aşamasındaki bir insan hakları ihlali yargılamanın yenilenmesi yoluyla

ortadan kaldırılabilir ise 2577 sayılı Yasa'nın 53/1-ı bendi uyarınca yargılamanın yenilenmesi isteminin kabul edilmesi gerekecektir.

Nitekim 3 Haziran 2008 günlü 26895 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Anayasa Mahkemesi'nin 8.1.2008 günlü, E:2003/1, K:2008/2 sayılı kararında da "Ceza Muhakemesi Kanunu'nda yer alan yargılamanın yenilenmesine ilişkin düzenleme, hükmün esasını değiştirecek nitelikteki olguların hükmün kesinleşmesinden sonra ortaya çıkması durumunda, yeniden yapılacak yargılama ile kesin hükmü ortadan kaldırabilen olağanüstü kanun yollarından birisidir. Bu niteliğinin gereği olarak yasa koyucu yargılamanın yenilenmesi usulünü 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 311. ila 323. maddelerinde etraflı biçimde düzenlemiştir. Bu hükümlerden yargılamanın yenilenmesi isteminin dört aşamada incelenip karara bağlanması gerektiği anlaşılmaktadır. Bu aşamalar, yasadaki sayılan yargılama nedenlerinin ve bunların dayandığı delilleri içeren istemin kabule değer olup olmadığının incelenip karara bağlanması, istem kabule değer bulunduğu takdirde delillerin toplanması, bu işlem tamamlandıktan sonra istemin esaslı olup olmadığının karara bağlanması, istem esaslı olması noktasından reddedilmemiş ise yargılamanın yenilenmesine ve duruşmanın açılmasına karar verilmesi şeklindedir..... Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Partisinin kapatılmasına esas alınan olguları değerlendirerek, kapatma kararının Sözleşmenin 11. maddesindeki dernek kurma ve toplantı özgürlüğünün ihlali niteliğinde olduğuna karar vermiş ve bu ihlal kararı yargılamanın yenilenmesi isteminin nedeni olarak ileri sürülmüştür. Ceza Muhakemesi Kanununun 321. maddesi uyarınca yargılamanın yenilenmesi isteminin kabul edilebilmesi için ilk hükmün verilmesinde esas alınan olgularla birlikte yeniden değerlendirilmesini gerektirecek nitelikte maddi bir olgunun bulunduğu hükmün kesinleşmesinden sonra saptanması gerekir. Söz konusu ihlal kararında ise yargılama sonrasında ortaya çıkan ve kesin hükmün esasına etkileyecek nitelikte olan maddi bir olgunun varlığına değil kapatılmaya esas alınan mevcut olguların değerlendirilmesinde hata yapıldığı düşüncesine dayanılmaktadır. Ceza Muhakemesi Kanunu mevcut olguların değerlendirilmesinde hata yapılarak hükmün kurulmasını temyiz nedeni olarak kabul etmekle birlikte yargılamanın yenilenmesini gerektirecek bir neden olarak görmemektedir." gerekçesiyle yargılamanın yenilenmesi isteminin Ceza Muhakemesi Kanununun 321. maddesi uyarınca esaslılık noktasından reddine karar verilmiştir.

Olayda ise Danıştay Sekizinci Dairesi 5.11.1998 günlü, E:1997/3774, K:1998/3549 sayılı kararıyla davalı idare tarafından, 1997 Öğrenci Seçme ve Yerleştirme Sınavının İkinci basamağı (ÖYS) sonuçlarının değerlendirilmesinin son aşamasında, bilgisayarda 1997 ÖSYS'nin birinci basamağında (ÖSS) puan türlerinin en az birinden 125 ve daha az puan alan adaylardan 1997 ÖYS'de uygulanmış olan testlerde çok yüksek puan alan adayların tarandığı, bu taramada aralarında davacının da bulunduğu 19 adayın tespit edildiği, bu adaylara ait ÖSYM bilgisayar kütüklerinde bulunan bilgileri içeren dosyaların Üniversite öğretim üyelerinden oluşan 3 kişilik bir komisyona verildiği ve durumlarının incelenerek 1997 ÖYS'de almış oldukları puanın geçerliliği konusunda görüş istendiği, anılan komisyon tarafından hazırlanan raporda, başarı göstergeleri sürekli şekilde düşük olan bu adayların, üç ay sonra 1997 ÖYS'de Türkiye'de çok az kişinin gösterdiği başarıyı elde etmelerini açıklamanın hiçbir şekilde mümkün olmadığı, bir sonraki başarıyı tahmin edebilme gücüne sahip olan en geçerli göstergenin önceki başarıları olduğunun, ölçme ve değerlendirme biliminin önemli ilkeleri arasında yer aldığı, bu ilkedan hareket ederek 19 adayın 1997 ÖYS sonuçlarının geçerli sayılamayacağı konusunda görüş birliğine varıldığının belirtilmesi üzerine, ÖSYM Yürütme Kurulu tarafından yeniden yapılan değerlendirme sonucunda, bu 19 adayın 1997-ÖYS sonuçlarının iptaline karar verildiğinin anlaşıldığı, olayda ise; ... Lisesi mezunu olan davacının, ortaöğretim diploma notu itibarıyla okulundaki öğrencilerin ortalamasından daha düşük bir ortalamaya sahip olduğu, (10 üzerinden 5,31), 1994,1995,1996 ÖSS'leri kazanamadığı için bu yıllarda ÖYS'ye giremediği, 1997 ÖSS'de 88 soruluk Sözel Bölümde 55 soruyu doğru, 26 soruyu yanlış, 88 soruluk Sayısal Testinde 0 doğru, 4 soruyu yanlış

cevaplamış iken, 1997 ÖYS'de ise 53 soruluk Matematik Testinde 49 soruyu doğru, 3 soruyu yanlış, 72 soruluk Sosyal Testinde 69 soruyu doğru, 3 soruyu yanlış, 64 soruluk Türkçe Testinde ise 60 soruyu doğru 4 soruyu yanlış cevapladığı anlaşılmış olup, ÖSS'de Eşit ağırlık puanında 120 puan barajını dahi aşamayan davacının, üç ay önce yapılan ÖSS' de Sayısal Bölümünde hiç doğru cevabı olmayan biri olarak çok daha zor bir sınav olan ÖYS'de 53 matematik sorusundan 49'unu doğru cevaplayarak en başarılı öğrenciler düzeyinde başarı göstermesine imkan bulunmadığı, dolayısıyla bu başarıyı kendi bilgi ve becerisiyle elde etmediği kanaatine varıldığı gerekçesiyle davanın reddine karar vermiştir.

Bu karar temyiz incelemesi sonucu Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulunun 15.3.1999 günlü, E:1999/2, K:1999/382 sayılı kararıyla onanmış, bu kararın düzeltilmesi istemi de Kurulun 19.11.1999 günlü, E:1999/843, K:1999/110 sayılı kararıyla reddedilmiştir.

Bunun üzerine davacı, 26.6.2000 günlü dilekçesi ile Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine başvurmuş; Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İkinci Dairesinin 3.7.2006 tarihinde kesinleşen 7.2.2006 günlü kararı üzerine de yargılamanın yenilenmesi isteminde bulunmuştur.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İkinci Dairesi, davacının kopya çektiğine dair bir kanıtın bulunmadığı, başvuranın dersaneye giderek sınava hazırlandığının anlaşıldığı, davalı idare Akademik Konseyi tarafından varılan sonucun savunulmasının mümkün olmadığı gerekçesiyle Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 1 Nolu Protokol'ünün 2. maddesi de yer alan "Hiç kimse eğitim hakkından yoksun bırakılamaz ..." kuralının ihlal edildiği sonucuna varmıştır.

Görüldüğü üzere, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesince tartışılan olgular ve maddi olayın yargılamanın yenilenmesine esas olan dava ile aynı olduğu, davacının yargılama aşamasında elinde olmayan bir nedenle hakkını kanıtlayamaması gibi bir durumun bulunmadığı, hükmü değiştirecek yeni bir delilin ortaya çıkmadığı; ayrıca yargılamanın herhangi bir aşamasına ilişkin olarak da adil yargılanma hakkının ihlalinin tespit edilmediği; söz konusu ihlal kararında uyumsuzlukta Danıştay Sekizinci Dairesi ile Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu tarafından karara esas alınan olgular yeniden değerlendirilerek hüküm kurulduğu, dolayısıyla yargılamanın yenilenmesini gerektiren bir nedenin bulunmadığı anlaşılmaktadır.

Bu itibarla, davacının yargılamanın yenilenmesi istemi kabul edilerek işin esası hakkında karar verilmesinde hukuka uyarlık bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle davalı idarenin temyiz isteminin kabulü ile Danıştay Sekizinci Dairesinin 19.1.2007 günlü, E:2006/4857, K:2007/69 sayılı kararının bozulmasına, 4.12.2008 günü oyçokluğu ile karar verildi.

KARŞI OY

X- İnsan Haklarının ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına İlişkin Sözleşme uyarınca taraflar, taraf oldukları davalarda Mahkemenin kesinleşmiş kararlarına uymayı taahhüt etmişlerdir. İhlalin bir mahkeme kararından kaynaklanması durumunda, hukuk devleti ve yargı bağımsızlığı ilkeleri nedeniyle yargı kararlarına müdahale edilememesi nedeniyle de Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin 19.1.2000 tarihinde aldığı kararla eski hale getirme konusunda yargılamanın yenilenmesine mevzuatta yer verilmesini tavsiye etmiştir.

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunun 53/1-ı maddesine de bu nedenle bir ek yargılamanın yenilenmesi nedeni getirilmiştir. Yargılamanın yenilenmesi nedenlerine bakıldığında diğer bentlerinden farklı olarak bir iddiaya değil sözleşmenin ihlal edildiğine ilişkin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin bir tespitine dayandırılmaktadır. Mahkemece ihlale ilişkin saptama bu konudaki iddiaların yeteri derece doğrulandığı yolunda kesin kanıt oluşturmaktadır.

Ayrıca Anayasa'nın 90. maddesine eklenen "usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası antlaşma hükümlerinin esas" alınacağı kuralının da göz önüne alınması gerekir.

Yargılamanın yenilenmesine ilişkin bu yeni yasa kuralının getiriliş amacının temel hak ve özgürlük alanlarının genişletilmesi, yeni ihlallerin doğmasının engellenmesi ve de sözleşme normları ve bu normların yaşama geçirilmesini sağlayan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatlarıyla birlikteliğin sağlanması olduğu açıktır.

Bu nedenle davalı idarenin temyiz isteminin reddi gerektiğinden karara katılmıyoruz.

T.C.
DANIŞTAY
İdari Dava Daireleri
Kurulu
Esas No:2008/970
Karar No:2009/538

Özeti : Hazine avukatlarının sadece hazineyi ilgilendiren konularda temsile yetkili olduğu, hazineyi ilgilendirmeyen nitelikteki bir idari davada temsil yetkisi olmadığı halde, davalı idareyi temsilen duruşmaya katılan hazine avukatı lehine vekalet ücreti hükmedilmesinde hukuka uyarlık bulunmadığı hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan (Davacı) : ...

Vekili : Av. ...

Karşı Taraf (Davalılar) : 1- Maliye Bakanlığı
2- Sağlık Bakanlığı Ek Hizmet Binası

İstemin Özeti : Danıştay Onbirinci Dairesi'nin 19.11.2007 günlü, E:2006/6790, K:2007/8435 sayılı kararının temyizen incelenerek bozulması davacı tarafından istenilmektedir.

Savunmaların Özeti : Danıştay Onbirinci 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 Mustafa Karabulut'un Düşüncesi : Temyize konu Daire kararının davanın reddine ilişkin kısmının onanması, hazine avukatı lehine vekalet ücretine hükmedilmesine ilişkin kısmının ise, 4353 sayılı Yasanın 22. maddesi hükmü dikkate alındığında, bozulması gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı Nazlı Yanıkdemir'in 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 Onbirinci Dairesi'nce verilen kararın onanmasının uygun olacağı düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulunca dosya incelendi, gereği görüldü:

Dava; Sosyal Sigortalar Kurumu Ankara Dışkapı Eğitim ve Araştırma Hastanesi kadrosunda doktor olarak görev yapmakta iken, 5283 sayılı Bazı Kamu Kurum ve

Kuruluşlarına Ait Sağlık Birimlerinin Sağlık Bakanlığına Devredilmesine Dair Kanun hükümleri uyarınca Sağlık Bakanlığı kadrosuna geçirilen ve devir esnasında kısmi zamanlı çalışan davacının devir tarihinden sonra tam gün çalışmaya başlaması üzerine 15.12.2005 tarihinden itibaren 4958 sayılı Yasanın 17. maddesi uyarınca ödenen ek ödemenin tam gün çalıştığı dikkate alınmadan kısmi zamanlı çalıştığı varsayılarak ödenmesine ilişkin işlem ile bu işlemin dayanağı olan Maliye Bakanlığı Bütçe ve Mali Kontrol Genel Müdürlüğü'nün 1.8.2005 gün ve 15307 sayılı "Sağlık Birimlerinin Devri" konulu Genel Yazısının 8. maddesinin iptali istemiyle açılmıştır.

Danıştay Onbirinci Dairesi 19.11.2007 günlü, E:2006/6790, K:2007/8435 sayılı kararıyla; 5283 sayılı Bazı Kamu Kurum ve Kuruluşlarına Ait Sağlık Birimlerinin Sağlık Bakanlığına Devredilmesine Dair Kanun'un 5. maddesinin 6. fıkrasında, ikinci ve dördüncü fıkralar ile 6. madde kapsamında Bakanlığa devredilen personelin devir tarihinde eski kadro veya pozisyonlarına bağlı olarak almakta oldukları aylık, ek gösterge, her türlü zam ve tazminatları, sözleşme ücreti ile diğer mali hakları (fazla çalışma ücreti ile nöbet ücreti hariç) toplam net tutarının, atandıkları yeni kadro veya pozisyonlarının aylık, ek gösterge, her türlü zam ve tazminatları, sözleşme ücreti ile döner sermayeden yapılacak ek ödeme de dahil olmak üzere, diğer her türlü mali hakları toplam net tutarından fazla olması halinde, aradaki fark tutarının, atandıkları kadro veya pozisyonlarda kaldıkları sürece, kapanıncaya kadar herhangi bir kesintiye tabi tutulmaksızın ayrıca tazminat olarak ödeneceği; anılan Kanunun 4. maddesinin (g) bendinde ise, bu Kanunla kamu kurum ve kuruluşlarına ait sağlık birimlerinin Bakanlığa devredilmesi ile ilgili olarak gerekli görülen her türlü bütçe ve muhasebe işlemleri ile bu işlemlere ilişkin gerekli düzenlemeleri yapmaya, esas ve usulleri belirlemeye Maliye Bakanının yetkili olduğu hükmünün öngörüldüğü, 5283 sayılı Kanunun 4. maddesinin (g) bendi uyarınca Maliye Bakanına verilen yetkiye istinaden yukarıda metnine yer verilen Kanunun 5. maddesinin 6. fıkrasına ilişkin olarak uygulamadaki tereddütlerin giderilmesi, uygulama birliğinin sağlanması amacıyla Maliye Bakanlığı Muhasebat Genel Müdürlüğü'nce düzenlenen 8.3.2005 tarihli Genel Yazıda belirtilen açıklamalara ilave olarak Maliye Bakanlığı Bütçe ve Mali Kontrol Genel Müdürlüğü'nce hazırlanan 1.8.2005 tarihli ve 15307 sayılı Genel Yazının 8. maddesinde, devir tarihinde serbest çalışmakta iken devir tarihinden sonra serbest çalışmayan veya devir tarihinde serbest çalışmamakta iken devir tarihinden sonra serbest çalışmaya başlayan personele, Sosyal Sigortalar Kurumu Kanununun 17. maddesinin beşinci fıkrası hükmü gereğince ödenen ek ödemenin belirlenmesinde devir tarihindeki durumun esas alınacağı kuralına yer verildiği, olayda, davacının Sosyal Sigortalar Kurumu Ankara Dışkapı Eğitim ve Araştırma Hastanesine bağlı "uzman tabip" kadro unvanıyla ve 2368 sayılı Yasanın tanıdığı haktan yararlanarak kamu görevinin yanısıra serbest çalışmakta iken, 5283 sayılı Bazı Kamu Kurum ve Kuruluşlarına Ait Sağlık Birimlerinin Sağlık Bakanlığına Devredilmesine Dair Kanunun yürürlüğe girmesiyle kadro unvanı değiştirilmeksizin Sağlık Bakanlığına bağlı olarak "uzman tabip" kadro unvanıyla çalışmaya devam ettiği, daha sonra muayenehanesini kapatarak, tercihini tam gün (full-time) çalışma yönünde kullandığı ve bu durumunu davalı idareye bildirdiği, davacıya 31.3.2005 ile 15.12.2005 tarihleri arasında tam gün çalışan SSK uzman tabibi gibi fark tazminat ödendiği, 15.12.2005 tarihinden itibaren ise 4958 sayılı Yasanın 17. maddesi uyarınca ödenen ek ödemenin kısmi zamanlı olarak çalıştığı varsayılarak ödenmeye devam edildiğinin anlaşıldığı, 5283 sayılı Kanunun gerekçesine bakıldığında, Yasa koyucunun diğer amaçları yanında anılan Kanun ile Sağlık Kurum ve kuruluşlarını tek elde toplayarak, sağlık personelinin farklı kurumlarda çalışmalarından kaynaklanan özlük ve diğer mali haklarındaki farklılıkları ortadan kaldırmayı da amaçladığı, buna göre, 5283 sayılı yasanın 5. maddesinde yer alan, fark tazminatı hesaplamalarında kıyaslamaya esas alınacak eski kadrolara ilişkin ödemelerin devir tarihindeki ödemeler olduğu hükmü, iptali istenilen Genel Yazının 8. maddesiyle yinelenerek fark tazminatı ödemelerinde ilgililerin devir tarihindeki durumlarının esas alınacağı şeklinde düzenlendiği, anılan kanun maddesi ile zaman içerisinde tüm farklı

kurumlarda çalışan sağlık personelinin özlük ve diğer mali haklarındaki farklılıkların ortadan kaldırılmasının amaçlandığı, ancak bu yapılırken de devir tarihinde Sosyal Sigortalar Kurumu Başkanlığından Sağlık Bakanlığına devredilen personelin mağdur olmaması için başlangıçta özlük ve mali haklarının yeni kurumundaki parasal haklara eşitleninceye kadar korunduğunun görüldüğü, 5283 sayılı Bazı Kamu Kurum ve Kuruluşlarına Ait Sağlık Birimlerinin Sağlık Bakanlığına Devredilmesine Dair Kanun'un 5. maddesinin 6. fıkrasında devredilen personelin fark tazminatı içerisinde açıkça parasal haklarının da sayıldığı ve fark tazminatının dondurulma tarihinin de devir tarihi olarak belirtilmesi karşısında, personelin devir tarihindeki almakta olduğu parasal haklardan olan ek ödemenin de kısmi zamanlı olarak çalışıyor ise kısmi zamanlı olarak, tam zamanlı olarak çalışıyor ise tam zamanlı olarak sabitleneceğinde kuşku bulunmadığı, bu itibarla kanunda belirtilen açık hüküm gereğince davacının devir tarihindeki almakta olduğu kısmi zamanlı ek ödemesinin dondurularak fark tazminat olarak davacıya ödenmesinde ve dayanağı Maliye Bakanlığı Bütçe ve Mali Kontrol Genel Müdürlüğü'nün 1.8.2005 gün ve 15307 sayılı "Sağlık Birimlerinin Devri" konulu Genel Yazısının 8. maddesi ile getirilen devir tarihinde serbest çalışmakta iken devir tarihinden sonra serbest çalışmayan veya devir tarihinde serbest çalışmamakta iken devir tarihinden sonra serbest çalışmaya başlayan personele, Sosyal Sigortalar Kurumu Kanununun 17. maddesinin beşinci fıkrası hükmü gereğince ek ödemenin belirlenmesinde devir tarihindeki durumun esas alınacağına ilişkin düzenlemede hukuka aykırılık görülmediği, davacının devir tarihinden sonra serbest çalışıp çalışmadığı hususunun ise Sağlık Bakanlığı personeli olduğu dikkate alındığında, yeni kurumundaki aylık ve mali haklarının bir unsurunu oluşturan ve Sağlık Bakanlığı Döner Sermayesinden yapılan ek ödemeler ile ilgili olduğu gerekçesiyle davanın reddine, kararın verildiği tarihte yürürlükte bulunan Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi hükmü gereği duruşmada vekili hazır bulunan davalı Maliye Bakanlığına 1.000,00.-YTL vekalet ücretinin davacıdan alınarak verilmesine karar vermiştir.

Davacı, anılan kararı esas ve vekalet ücreti yönlerinden temyiz etmekte ve bozulmasını istemektedir.

Daire kararının davanın reddine ilişkin kısmında hukuka aykırılık bulunmadığından, bu kısım yönünden davacının temyiz isteminin reddi gerekmektedir.

Kararın duruşmada vekili hazır bulunan davalı Maliye Bakanlığına vekalet ücreti verilmesine ilişkin kısmına gelince; 4353 Maliye Vekaleti Baş Hukuk Müşavirliğinin ve Muhakemat Umum Müdürlüğü'nün Vazifelerine, Devlet Davalarının Takibi Usullerine ve Merkez ve Vilayetler Kadrolarında Bazı Değişiklikler Yapılmasına Dair Kanunun İdari Davalarda Temsil başlıklı 22. maddesinde "İdari davaların açılması, idareler aleyhine açılan bu nevi davaların takip ve müdafaası daire amirlerine veya bu dairelerin bağlı bulundukları Bakanlıklar hukuk müşavirlerine ait olup Danıştaydaki duruşmalarda bu daireler kendi amirleri veya hukuk müşavirleri ve hukuk müşaviri teşkilatı olmayan dairelerde ilgili şube amiri tarafından temsil olunur. Hazineyi ilgilendiren işlerde bu vazife Hazine Müşavir avukatı veya avukatları tarafından yapılır. Lüzumu halinde Maliye Bakanlığı'nın alakalı servisine mensup ve Maliye Bakanlığı tarafından tensip edilecek bir memur Hazine avukatı ile birlikte duruşmaya iştirak ettirilebilir." hükmü yer almaktadır.

Danıştay Onbirinci Dairesince 19.11.2007 tarihinde yapılan duruşmada davalı Maliye Bakanlığını hazine avukatının temsil ettiği görülmekle birlikte; yukarıda anılan mevzuat hükmü uyarınca hazine avukatlarının sadece hazineyi ilgilendiren konularda temsile yetkili olması, hazineyi ilgilendirmeyen nitelikteki idari davaların açılması ile idareler aleyhine açılan bu nevi davaların takip ve müdafaası yetkisinin ise daire amirlerine veya bu dairelerin bağlı bulundukları Bakanlık hukuk müşavirlerine tanınması karşısında, bu uyuşmazlığın niteliğine göre temsil yetkisi olmadığı halde davalı idareyi temsilen duruşmaya katılan hazine avukatı lehine vekalet ücretine hükmedilmesinde hukuka aykırılık bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle, davacının temyiz isteminin kısmen reddine, kısmen kabulüne, Danıştay Onbirinci Dairesinin 19.11.2007 günü, E:2006/6790, K:2007/8435 sayılı kararının

davanın reddine ilişkin kısmının onanmasına, vekalet ücretine ilişkin kısmının bozulmasına, 5.3.2009 gününde oybirliği ile karar verildi.

T.C.
DANIŞTAY
İdari Dava Daireleri
Kurulu

Esas No:2006/4580
Karar No:2009/1090

Özeti : **1-** Adli yargı yerinde açılan bir davanın görevden reddi halinde, idari yargıdaki dava türlerinin de niteliği gereği, 2577 sayılı Yasanın 3. maddesine uygun olarak hazırlanmış dilekçelerle, görevli ve yetkili idari yargı yerinde yeniden dava açılması gerektiği; ilgililerin süresi içinde adli yargı yerine verdikleri ve dosyanın idari yargı merciine gönderilmesi istemini içeren dilekçelerin "dilekçenin reddi" kararı verilerek dava dilekçesi durumuna getirilebileceği, ancak adli yargı yerinin kendiliğinden dava dosyasını idari yargı yerine göndermesi halinde dosyanın idare mahkemesinin esasına kaydedilerek davanın esasının incelenemeyeceği;
2- Görevsizlik kararını veren adli yargı yerince daha sonra verilen ek bir kararla kararın tebliğinden itibaren 30 gün içinde idari yargıda dava açılması gerektiğine karar verildiğinden ve hukuk alanında mevcut olan bu kararın yok hükmünde sayılması mümkün olmadığından, dava açma süresinin anılan kararın tebliğinden itibaren başlatılması gerektiği hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan (Davacı) : ... Ltd.Şti.

Vekili : Av. ...

Karşı Taraf (Davalı) : Sosyal Sigortalar Kurumu Başkanlığı

İstemin Özeti : Van İdare Mahkemesinin 27.12.2005 günlü, E:2005/4033, K:2005/3324 sayılı ısrar kararının temyizden incelenerek bozulması davacı tarafından istenilmektedir.

Savunmanın Özeti : .Savunma verilmemiştir.

Danıştay Tetkik Hakimi Şehnaz Gencay Karabulut'un Düşüncesi : Temyiz isteminin kabulü ile ısrar kararının Danıştay Onuncu Daire kararı doğrultusunda bozulması gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı H. Ünal Kara'nın Düşüncesi : Danıştay Onuncu Dairesinin 6.7.2005 tarihli ve E:2004/12845, K:2005/3972 sayılı bozma kararının dayandığı hukuki ve yasal nedenlerle temyiz isteminin kabulü ile İdare Mahkemesince verilen ısrar kararının bozulması gerekeceği düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulunca dosya incelendi, gereği görüldü:

Dava, davacı şirkete 506 sayılı Yasa uyarınca verilen idari para cezasının iptali istemiyle açılmıştır.

Van İdare Mahkemesinin 27.07.2004 günlü, E:2004/577, K:2004/633 sayılı kararıyla; davanın ilk olarak Hakkari Sulh Ceza Mahkemesinde açıldığı, bu mahkemenin 27.10.2003 tarih ve E:2003/142, K:2003/202 sayılı kararı ile görevsizlik kararı vererek dava dosyası ve eklerini mahkemelerine gönderdiği, mahkemelerince, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununda, dosyaların bu şekilde gönderilmesi suretiyle dava açma olanağı bulunmadığı gerekçesiyle dosyanın Hakkari Sulh Ceza Mahkemesine iade edildiği, davacıya 12.11.2003 tarihinde tebliğ edilen ve temyiz edilmeden 20.11.2003 tarihinde kesinleşen görev ret kararı üzerine 2577 sayılı Yasanın 9. maddesi uyarınca kesinleşme tarihinden itibaren 30 gün içinde idare mahkemesinde dava açılması gerekirken bu süre geçirildikten sonra 29.12.2003 tarihinde açılan davanın süresi içinde açılmadığı gerekçesiyle davanın süre yönünden reddine karar verilmiştir.

Anılan karar, temyiz incelemesi sonucunda Danıştay Onuncu Dairesinin 6.7.2005 günlü, E:2004/12845, K:2005/3972 sayılı kararıyla; 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 7. maddesinde, özel kanunlarında ayrı süre gösterilmeyen hallerde Danıştay ve İdare mahkemelerinde dava açma süresinin altmış gün olduğunun hükmüne bağlandığı, aynı Yasanın 9/1.maddesinde, çözümlenmesi Danıştay'ın, idare ve vergi mahkemelerinin görevlerine girdiği halde, adli ve askeri yargı yerlerine açılmış bulunan davaların görev noktasından reddi halinde, bu husustaki kararların kesinleşmesini izleyen günden itibaren otuz gün içinde görevli mahkemede dava açılabilceği, görevsiz yargı merciine başvurma tarihinin Danıştay'a, idare ve vergi mahkemelerine başvurma tarihi olarak kabul edileceği hükmüne yer verildiği; dava dosyasının incelenmesinden, davacının 506 sayılı Yasaya göre verilen idari para cezası işlemine karşı davalı idare nezdinde yaptığı itirazın reddinden sonra itiraz ret kararının tebliğ edildiği 16.7.2003 tarihinden itibaren süresi içinde davayı ilk olarak 23.7.2003 tarihinde Hakkari Sulh Ceza Mahkemesinde açtığı, Sulh Ceza Mahkemesinin 27.10.2003 tarih ve E:2003/142, K:2003/202 sayılı kararı ile 60 gün içinde idare mahkemesinde başvurulması gerektiğinden bahisle davanın görev yönünden reddine ve dosyanın Van İdare Mahkemesine gönderilmesine karar verildiği, bu kararın temyiz edilmeyerek 20.11.2003 tarihinde kesinleştiği, dosyanın Van İdare Mahkemesine gönderilmesi üzerine 5.12.2003 tarihinde idare mahkemesi kayıtlarına giren dosyanın anılan idare mahkemesinin 8.12.2003 tarih ve E:2003/1200, K:2003/892 sayılı kararı ile adli yargı yerinin görev ret kararı üzerine dosyanın idare mahkemesine gönderilmesi suretiyle dava açılması şeklinde bir usul bulunmadığı gerekçesiyle dosya esas kaydının kapatılarak Hakkari Sulh Ceza Mahkemesine geri gönderildiği, bunun üzerine Hakkari Sulh Ceza Mahkemesinin 22.12.2003 tarih ve E:2003/142, K:2003/202 sayılı ek kararı ile 30 gün içinde idare mahkemesine dilekçe ile başvurularak dosyanın Van İdare Mahkemesine intikalinin sağlanması ve davaya devam edilmesi hususunun davacıya ihtar edildiği, davacının ise 29.12.2003 tarihinde Van İdare Mahkemesinin kayıtlarına geçen dilekçesi ile bu davayı açtığı, Van İdare Mahkemesinin 9.4.2004 tarih ve E:2004/8, K:2004/307 sayılı kararı ile dava dilekçesinin reddine karar verildikten sonra 30 günlük yenileme süresi içinde 24.5.2004 tarihinde yenilen dava dilekçesi ile davanın devam ettirilmek istenilmesine karşın temyize konu idare mahkemesi kararı ile davanın süre yönünden reddine karar verildiğinin anlaşıldığı; 2577 sayılı Yasanın yukarıda belirtilen 9. maddesi hükmü gereğince adli yargı yerince verilen görev ret kararının kesinleşmesinden itibaren 30 gün içinde idari yargı yerinde dava açılması asıl olmakla birlikte, bu kuralın adli yargı tarafından hukuka ve usule uygun olarak verilmiş olan görev ret kararları için geçerli olduğunun kabulü gerektiği; Hakkari Sulh Ceza Mahkemesince verilen 27.10.2003 tarihli görev ret kararında, yanlış olarak 60 gün içinde idari yargı yerine başvurulması gerektiği belirtildiğinden ve anılan mahkemenin, bu hatasının farkına vararak 22.12.2003 tarihinde verdiği ek kararla idare mahkemesine 30 gün içinde başvurulması gerektiğini davacıya ihtar etmesinden de anlaşılacağı üzere bu uyuşmazlıkta

verilen adli yargı görev ret kararıyla davacının yanlış yönlendirildiği, Yasayı bilmemenin mazaret sayılamayacağı hukukun genel ilkelerinden biri olmakla beraber bir mahkeme kararının bu nitelikte bir hukuki hata içerdiğini düşünemeyerek anılan karara uyan davacıya bunun sorumluluğunu yüklemenin hakkaniyetle bağdaşmayacağı; davacının, görevsizlik kararının kesinleştiği 20.11.2003 tarihten itibaren idari yargı yerinde 30 gün içinde dava açmamasının nedeninin, uymak zorunda olduğu ve hukuki hata içerdiğinden haberdar olmadığı Hakkari Sulh Ceza Mahkemesinin kararı olup bu kararda yukarıda belirtildiği gibi davacının yanlış yönlendirilerek dava açma süresinin elinden alınmasına neden olacak şekilde hüküm kurulduğu, bu hatasının farkına varan Sulh Ceza Mahkemesince verilen 22.12.2003 tarihli ek kararla da 30 gün içinde dilekçe ile idare mahkemesine başvurulması gerektiğinin davacıya ihtar edildiği; bu itibarla adli yargı görev ret kararı üzerine idari yargı yerinde açılan bu davada dava açma süresinin başlangıcına Hakkari Sulh Ceza Mahkemesince ek kararın verildiği 22.12.2003 tarihinin esas alınmasının hakkaniyete uygun olacağı; belirtilen 22.12.2003 tarihine göre 29.12.2003 tarihli dilekçeyle idare mahkemesinde açılan dava süresinde açılmış olduğundan, davanın süre yönünden reddine karar veren İdare Mahkemesi kararında hukuki isabet bulunmadığı gerekçesiyle bozulmuş ise de, idare mahkemesi bozma kararına uymayarak, davanın süre yönünden reddi yolundaki kararında ısrar etmiştir.

Davacı, Van İdare Mahkemesinin 27.12.2005 günlü, E:2005/4033, K:2005/3324 sayılı ısrar kararının temyizden incelenerek bozulmasını istemektedir.

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 9/1. maddesinde, çözümlenmesi Danıştay'ın, idare ve vergi mahkemelerinin görevlerine girdiği halde, adli ve askeri yargı yerlerine açılmış bulunan davaların görev noktasından reddi halinde, bu husustaki kararların kesinleşmesini izleyen günden itibaren otuz gün içinde görevli mahkemede dava açılabilirliği, görevsiz yargı merciine başvurma tarihinin Danıştay'a, idare ve vergi mahkemelerine başvurma tarihi olarak kabul edileceği kurala bağlanmıştır.

Olayda, dava ilk olarak süresi içerisinde görevli yargı yeri olan adli yargıda açılmış, ancak davanın görülmü sırasında 6.8.2003 tarih ve 25191 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren 29.7.2003 tarih ve 4958 sayılı Yasa'nın 51. maddesi ile 506 sayılı Yasa'nın 140. maddesi değiştirilerek, bu madde uyarınca verilen idari para cezalarına ilişkin uyuşmazlıklara İdare Mahkemesi tarafından bakılacağı belirtilmesi üzerine, adli yargı yerince idari yargının görevli olduğu gerekçesiyle görevsizlik kararı verilerek 2577 sayılı Yasanın 9. maddesindeki usule aykırı olarak dosya idari yargı yerine gönderilmiştir.

Adli yargı yerlerince verilen görevsizlik kararı üzerine dosyanın idari yargı mercilerine gönderilmesinin, davaların süre yönünden reddedilmesi sonucunu doğurması nedeniyle, hak kayıplarına yol açtığı tartışmasıdır.

Yukarıda aktarılan yasal düzenlemeden anlaşılabileceği üzere, adli yargı yerinde açılan bir davanın görev yönünden reddi halinde idari yargıdaki dava türlerinin de niteliği gereği 2577 sayılı Yasanın 3. maddesine uygun olarak hazırlanmış dilekçelerle görevli ve yetkili yargı yerinde yeniden dava açılması gerekmektedir. İlgililerin süresi içinde adli yargı yerine verdikleri ve dosyanın idari yargı merciine gönderilmesi istemini içeren dilekçelerin "dilekçenin reddi" kararı verilerek dava dilekçesi durumuna getirilmek suretiyle işin esasının incelenmesine geçilmesi hukuken olanaklı ise de, adli yargı yerinin kendiliğinden dava dosyasını idari yargı yerine göndermesi halinde dosya mahkemenin esasına kaydedilerek davanın incelenmesine geçilemeyecektir. Bu durumda, davacının yazılı bir istemi olmaksızın doğrudan idari yargı merciine gönderilen dosyanın 2577 sayılı Yasanın 9/1. maddesi uyarınca esasa kaydedilmeyerek veya hataen kaydedilmiş ise dosya esas kaydının kapatılarak mahkemesine iadesi gerekmektedir. Nitekim Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu'nun 31.5.2007 günlü, E: 2006/4713, K: 2007/1302 sayılı kararı da bu yöndedir.

Uyuşmazlık konusu olayda da, Van İdare Mahkemesinin 8.12.2003 tarih ve E:2003/1200, K:2003/892 sayılı kararı ile adli yargı yerinin görev ret kararı üzerine dosyanın idare mahkemesine gönderilmesi suretiyle dava açılması şeklinde bir usul bulunmadığı

gereğesiyle dosya esas kaydının kapatılarak Hakkari Sulh Ceza Mahkemesine geri gönderilmesine karar verilmiş ise de, anılan mahkemenin 22.12.2003 tarih ve E:2003/142, K:2003/202 sayılı ek kararı ile 30 gün içinde idare mahkemesinde dava açılması gerektiği hüküm altına alınmıştır.

Sözü edilen "ek karar" hukuk aleminde mevcut olup, "yok hükmünde sayılmasına" olanak bulunmadığından, dava açma süresinin bu kararın tebliğinden itibaren başlatılması gerekmektedir. Buna göre süresinde açılan davanın, süre yönünden reddi yolundaki idare mahkemesinin temyize konu ısrar kararında hukuki isabet görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle, davacının temyiz isteminin kabulüne, Van İdare Mahkemesince verilen 27.12.2005 günlü, E:2005/4033, K:2005/3324 sayılı kararın Danıştay Onuncu Dairesince verilen karar doğrultusunda bozulmasına, dosyanın anılan İdare Mahkemesine gönderilmesine 16.4.2009 gününde oyçokluğu ile karar verildi.

KARŞI OY

X- Temyiz dilekçesinde ileri sürülen hususlar Van İdare Mahkemesinin 27.12.2005 günlü, E:2005/4033, K:2005/3324 sayılı ısrar kararının bozulmasını gerektirecek nitelikte bulunmadığından, temyiz isteminin reddi ile anılan kararın onanması oyuyla karara karşıyız.

T.C. DANIŞTAY İdari Dava Daireleri Kurulu

Esas No: 2009/1356

Karar No: 2009/1679

Özeti : Bir ihalenin iptali istemiyle kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşu tarafından açılan davada, dava açma ehliyetinin, davacının faaliyet alanı ile ihale işlemi arasında bir menfaat ilgisi kurulup kurulamayacağı yönünden incelenmesi gerektiği hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan (Davacı) : TMMOB İnşaat Mühendisleri Odası

Vekili : Av. ...

Karşı Taraf (Davalı) : İstanbul Büyükşehir Belediye Başkanlığı

Vekili : Av. ...

İstem Özet : İstanbul 1. İdare Mahkemesinin 31.12.2008 günlü, E:2008/1231, K:2008/2242 sayılı ısrar kararının temyizen incelenerek bozulması istenilmektedir.

Savunmanın Özeti : İstanbul 1. 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 : Davanın ehliyet yönünden reddine ilişkin ısrar kararının Daire kararı doğrultusunda bozulması gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı Ünal Demirci'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 İdare Mahkemesince verilen ısrar kararının onanmasının uygun olacağı düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulunca dosya incelendi, gereği görüldü:

Dava; İstanbul Büyükşehir Belediyesinin Ümraniye Dudullu Kavşağı Köprü Kavşak ve Yan Yolları Düzenlemesi İnşaatı İhalesinin iptali istemiyle açılmıştır.

İstanbul 1. İdare Mahkemesi 27.9.2006 günü, E:2006/1952, K:2006/1701 sayılı kararı ile davalı idare yapılan inşaata ilişkin ihaleye katılmayan, sözleşmenin tarafı olmayan davacı ile iptal istemine konu edilen ihale arasında menfaat ilgisinin bulunmadığı gerekçesiyle davanın ehliyet yönünden reddine karar vermiştir.

Anılan kararın temyizen incelenmesi sonucunda, Danıştay Onüçüncü Dairesinin 21.5.2007 günü, E:2007/5974, K:2007/3348 sayılı kararıyla; 2577 sayılı Yasa'nın 2. maddesinin 1/a fıkrasında; iptal davalarının "idarî işlemler hakkında yetki, şekil, sebep, konu ve maksat yönlerinden biri ile hukuka aykırı olduklarından dolayı iptalleri için menfaatleri ihlâl edilenler tarafından açılan" davalar olarak tanımlandığı, yargı kararlarında "menfaat" kavramının davacı ile iptalini istediği idarî işlem arasındaki bağı, ilgiyi ifade ettiği belirtilmekte ve idarî işlem ile dava açan kişi arasında meşru, güncel ve ciddi bir ilişki söz konusu ise, davada menfaat bağının bulunduğu kabul edildiği, bunun dışında ayrıca sübjektif bir hakkın ihlâl edilmesi koşulunun aranmadığı, dolayısıyla iptal davasının gerek anılan maddede, gerekse içtihat ve doktrinde belirlenen hukukî nitelikleri gözönüne alındığında, idare hukuku alanında tek taraflı irade açıklamasıyla kesin ve yürütülmesi zorunlu nitelikte tesis edilen idarî işlemlerin, bu idarî işlemle meşru, kişisel ve güncel bir menfaat ilgisine kurabilleren tarafından iptal davasına konu edilebileceğinin kabulünün zorunlu bulunduğu, Anayasa'nın kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarını düzenleyen 135. maddesinde; "...Kamu Kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları ve üst kuruluşları; belli bir mesleğe mensup olanların müşterek ihtiyaçlarını karşılamak, mesleki faaliyetlerini kolaylaştırmak, mesleğin genel menfaatlere uygun olarak gelişmesini sağlamak, meslek mensuplarının birbirleri ile ve halk ile olan ilişkilerinde dürüstlüğü ve güveni hâkim kılmak üzere meslek disiplini ve ahlakını korumak maksadı ile kanunla konulan ve organları kendi üyeleri tarafından kanunda gösterilen usullere göre yargı gözetimi altında, gizli oyla seçilen kamu tüzel kişileridir..." hükmünün yer aldığı, 6235 sayılı Türk Mühendis ve Mimarlar Odaları Birliği Kanununun 2. maddesinde ise; Birliğin kuruluş amacının gösterildiği, anılan hükme göre, Birliğin kuruluş amaçları arasında; "Mühendislik ve mimarlık mesleği mensuplarının, müşterek ihtiyaçlarını karşılamak, mesleki faaliyetlerini kolaylaştırmak, mesleğin genel menfaatlere uygun olarak gelişmesini sağlamak, meslek mensuplarının birbirleriyle ve halk ile olan ilişkilerinde dürüstlüğü ve güveni hâkim kılmak üzere meslek disiplinini ve ahlâkını korumak için gerekli gördüğü bütün teşebbüs ve faaliyetlerde bulunmak" ve "Meslek ve menfaatleriyle ilgili işlerde resmî makamlarla işbirliği yaparak gerekli yardımlarda ve tekliflerde bulunmak, meslekle ilgili bütün mevzuatı normları, fenni şartnameleri incelemek ve bunlar hakkındaki görüş ve düşünceleri ilgililere bildirmek" görevlerinin yer aldığı, 6235 sayılı Türk Mühendis ve Mimar Odaları Birliği Kanununa dayanılarak hazırlanan Türk Mühendis ve Mimar Odaları Birliği Ana Yönetmeliğinin, Birlik ve Bağlı Odaların Amaçlarını düzenleyen 3. maddesinin b) fıkrasında da; mühendislik ve mimarlık mesleği mensuplarının ortak gereksinimlerini karşılamak, mesleki etkinlikleri kolaylaştırmak, mesleğin genel yararlarına uygun olarak gelişmesini sağlamak, meslek mensuplarının birbirleriyle ve halkla olan ilişkilerinde dürüstlüğü ve güveni hâkim kılmak üzere meslek disiplinini ve ahlâkını korumak; kamunun ve ülkenin çıkarlarının korunmasında, yurdun doğal kaynaklarının bulunmasında, korunmasında ve işletilmesinde, çevre ve tarihi değerlerin ve kültürel mirasın korunmasında,

tarımsal ve sınai üretimin artırılmasında, ülkenin sanatsal ve teknik kalkınmasında gerekli gördüğü tüm girişim ve etkinliklerde bulunmak. c) fıkrasında ise; meslek ve çıkarları ile ilgili işlerde, resmî makamlar ve öteki kuruluşlar ile işbirliği yaparak gerekli yardımlarda ve önerilerde bulunmak, meslekle ilgili bütün mevzuatı, normları, bilimsel şartnameler, tip sözleşmeler ve bunlar gibi bütün bilimsel evrakı incelemek ve bunların değiştirilmesi, geliştirilmesi ya da yeniden konulması yolunda önerilerde bulunmak, birliğin ve bağlı odaların amaçları arasında sayıldığı, belirtilen yasal düzenlemeler uyarınca meslekî faaliyetleri kolaylaştırmak, mesleğin genel yararlarına uygun gelişmesini sağlamak, kamunun ve ülkenin çıkarlarının korunmasında gerekli gördüğü tüm girişim ve etkinliklerde bulunmak konuları, amaçları arasında yer alan Odanın, meslek sınıfına ait bir iş olan yapım işinin ihalesinin; meslek kurallarını ihlâl ettiği, şehircilik ilkelerine, yasalara ve kamu yararına aykırı olduğu iddialarıyla açmış olduğu davada, dava konusu işlemle menfaatinin etkilendiği sonucuna ulaşıldığı, menfaat ilişkisi bulunmadığı gerekçesiyle davanın ehliyet yönünden reddi yolunda verilen İdare Mahkemesi kararında hukukî isabet görülmediği gerekçesiyle bozulmuş ise de; İdare Mahkemesi bozma kararına uymayarak davanın ehliyet yönünden reddi yolundaki ilk kararında ısrar etmiştir.

Davacı, İstanbul 1. İdare Mahkemesinin 31.12.2008 günlü, E:2008/1231, K:2008/2242 sayılı anılan ısrar kararını temyiz etmekte ve bozulmasını istemektedir.

Danıştay içtihatlarında, ihaleye katılmayan ve ihale ile herhangi bir ilgisi kurulamayan gerçek ve tüzel kişilerin ihaleden dolayı menfaatinin ihlâl edilmediği, dolayısıyla bunların ihale işlemlerinin iptali istemiyle açtığı davalarda, kural olarak, dava açma ehliyetinin bulunmadığı kabul edilmektedir.

Bununla birlikte, ihalenin iptali istemiyle açılan davada, davacının kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşu olması halinde, dava açma ehliyeti konusunun Danıştay kararlarında, davacının faaliyet alanı ile ihale işlemi arasında bir menfaat ilgisi kurulup kurulamayacağı yönünden incelendiği anlaşılmaktadır.

Uyuşmazlık konusu olayda, dava konusu ihale, davacı Odanın meslek sınıfına ait bir iş olan yapım işinin ihalesi olduğundan ve ihaleye çıkarma işleminin ilan edilmemiş olmasının mevzuata aykırı olduğu; meslek kurallarını, şehircilik ilkelerini ve kamu yararını ihlâl ettiği iddialarıyla bu iptal davasının açıldığı anlaşıldığından, davacının dava konusu işlem nedeniyle menfaatinin etkilendiği sonucuna varılmaktadır.

Açıklanan nedenlerle, davacının temyiz isteminin kabulüne, İstanbul 1. İdare Mahkemesinin 31.12.2008 günlü, E:2008/1231, K:2008/2242 sayılı ısrar kararının Danıştay Onüçüncü Dairesinin bozma kararı doğrultusunda bozulmasına, dosyanın adı geçen İdare Mahkemesine gönderilmesine 18.6.2009 gününde oyçokluğu ile karar verildi.

KARŞI OY

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

KARŞI OY

XX- 2577 sayılı Yasa'nın 14. ve 15. maddelerinde, dava dilekcesinin Yasa'nın 3. maddesine uygun olması gerektiği, aksi halde dilekçenin reddine karar verileceği; 3. maddede ise, dilekçede dava konusu işlemin bir örneğinin dilekçeye eklenmesi, gerektiği hükümlerine yer verilmiştir.

Dava dilekçesinin incelenmesinden, dilekçenin Yasa'nın 3. maddesine uygun olmadığı, hangi işlemin iptalinin istenildiğinin açıkça belirtilmediği görülmektedir.

Açıklanan nedenlerle, davacı temyiz isteminin kabulü ile İdare Mahkemesi kararının belirtilen gerekçeyle bozulması oyuyla, karara katılmıyorum.

VERGİ DAVA DAİRELERİ KURULU KARARLARI

BELEDİYE GELİRLERİ

T.C.
DANIŞTAY
Vergi Dava Daireleri
Kurulu
Esas No : 2007/680
Karar No: 2008/764

Özeti : Vergiden muafiyete ilişkin bir düzenleme yapmayıp, tüketildiği yerin özelliğine göre istisnalar öngören Belediye Gelirleri Kanununun elektrik tüketim vergisine ilişkin kuralları karşısında tarım kredi kooperatifleri ve birliklerinin vergiden muaf olduğunu düzenleyen 1581 sayılı Yasadaki muafiyet kuralının uygulanması gerektiği ve biri muafiyet diğeri istisna düzenleyen bu iki yasa kuralı arasında uygulama önceliği aranmayacağı hakkında.

Temyiz Eden : Selçuklu Belediye Başkanlığı
Vekili : Av. ... - Av. ...
Karşı Taraf : Tarım Kredi Kooperatifleri 7. Bölge Birliği
Vekili : Av. ... - Av. ...

İstemin Özeti : Davacı kooperatif; elektrik tüketim vergisinden muaf olması nedeniyle tahakkuk ettirilerek tahsil edilen elektrik tüketim vergisinin tahakkuk kayıtlarından silinmesi ve bu vergiden muaf olduğuna karar verilmesi istemiyle dava açmıştır.

Davayı MEDAŞ Genel Müdürlüğünün de husumetiyle inceleyen Konya Vergi Mahkemesi, 9.3.2005 günlü ve E:2003/1192, K:2005/230 sayılı kararıyla; elektrik tüketim vergisi tahakkukunun davacıya tebliğine ilişkin belge ibraz edilemediğinden, 5.12.2003 tarihinde tahsil edilen vergiye karşı 29.12.2003 tarihinde açılan davanın süresinde olduğu sonucuna ulaşarak ve "elektrik tüketim vergisinden muaf olduğunun karara bağlanması" şeklindeki istemin, elektrik tüketim vergisi mükellefiyeti tesisine ilişkin işlemin iptali istemini içerdiği kabul edilerek incelendiği, 1581 sayılı Tarım Kredi Kooperatifleri ve Birlikleri Kanununun "muafiyetler" başlığını taşıyan 19'uncu maddesinin (B) bendinin (a) fıkrasında, bu kanuna göre kurulacak ve kurulmuş sayılan kooperatiflerin, bölge ve merkez birliklerinin kurumlar, gider, gayrimenkul kıymet artışı, intikal ve diğer vergilerden muaf olduğunun hükme bağlandığı, bu Kanun kapsamında kurulduğu hususunda ihtilaf bulunmayan davacı Tarım Kredi Kooperatifleri 7.Bölge Birliğinin, yasa gereğince her türlü vergiden, dolayısıyla elektrik tüketim vergisinden de muaf olduğunun anlaşılması karşısında davacı adına elektrik tüketim vergisi için mükellefiyet tesis edilmesinde ve tarh, tahakkuk ve tahsilinde hukuka uygunluk bulunmadığı gerekçesiyle mükellefiyet tesisine ilişkin işlemin iptaline ve tahakkukun kaldırılmasına karar vermiştir.

Belediye başkanlığının ve Meram Elektrik Dağıtım Anonim Şirketinin temyiz başvurusunu inceleyen Danıştay Dokuzuncu dairesi, 19.4.2006 günlü ve E:2005/2307, K:2006/1491 sayılı kararıyla; elektrik tüketim vergisi , Meram Elektrik Dağıtım Anonim Şirketi Genel Müdürlüğü tarafından tahsil edilmiş ise de, vergi tarh ve tahakkuk yetkisi olmayan, sadece belediyeye karşı verginin tahsili ve yatırılmasından sorumlu olan genel müdürlüğün

hasım kabul edilmesi mümkün olmasa da, dava gerçek hasım Selçuklu Belediyesi husumetiyle görüldüğünden ve mahkeme kararında anılan müdürlüğün hasım mevkiinde gösterilmiş olması Genel Müdürlüğe taraf ehliyeti hakkı kazandırmayacağından Genel Müdürlük temyiz isteminin incelenmesine olanak bulunmadığı; 25.4.1972 tarihinde yürürlüğe giren 1581 sayılı Yasaya göre kurulan ve kurulmuş sayılan kooperatiflerin bölge ve merkez birliklerinin kurumlar, gider, gayrimenkul kıymet artışı, intikal ve diğer vergilerden muaf olduğu hükme bağlanmış olmakla birlikte, 1581 sayılı Yasadan sonra yürürlüğe giren ve elektrik tüketim vergisinden müstesna yerler ve kullanım şekillerinin açıkça sayıldığı 29.5.1981 tarihinde yürürlüğe giren 2464 sayılı Belediye Gelirleri Kanununun 36'ncı maddesinde, Tarım Kredi Kooperatifleri ve Birliklerinin sayılmadığı, diğer taraftan muafiyet ve istisna hükümlerinin uygulanmasının ancak yasada açıklık bulunması halinde mümkün olduğu, benzetme ve kıyas yolu ile muafiyet ve istisna uygulanamayacağından, davacı kooperatifin elektrik tüketim vergisinden muaf olduğu gerekçesiyle verilen kararı bozmuş, MEDAŞ Genel Müdürlüğünün temyiz isteminin incelenmeksizin reddine karar vermiştir.

Bozma hükmünün, MEDAŞ Genel Müdürlüğünün taraf ehliyetinin bulunmadığına ilişkin kısmına uyarak MEDAŞ Genel Müdürlüğünün hasım mevkiinden çıkarılmasına karar veren Konya Vergi Mahkemesi, 20.7.2007 günlü ve E:2007/1004, K:2007/1071 sayılı kararıyla; ilk kararı 2464 sayılı Belediye Gelirleri Kanununun 1581 sayılı Yasadan sonra yürürlüğe girdiği ve bu Kanunla muafiyet ve istisnaların yeniden düzenlendiği, dolayısıyla önceki kanunlarla getirilen muafiyet ve istisnaların hüküm ifade etmediği kabul edilerek bozulmuş ise de, 2464 sayılı Yasa ile bir kısım muafiyet ve istisnaların yeniden düzenlendiği, diğer kanunlarla getirilen muafiyetlerle ilgili yeni bir düzenleme yapılmadığı gerekçesiyle, elektrik tüketim vergisi mükellefiyeti tesisine ilişkin işlemin iptali ve elektrik tüketim vergisinin kaldırılması yolundaki ilk kararında ısrar etmiştir.

İsrar kararını temyiz eden davalı idare; yasalık ilkesi uyarınca muafiyet ve istisna hükümlerinin uygulanmasının ancak yasada açıklık bulunması halinde mümkün olduğunu, elektrik tüketim vergisinden müstesna yerler ve kullanım şekillerinin açıkça sayıldığı 2464 sayılı Belediye Gelirleri Kanununun 36'ncı maddesinde, Tarım Kredi Kooperatifleri ve Birliklerinin sayılmadığını ileri sürerek kararın bozulmasını istemiştir.

Savunmanın Özeti : Savunma verilmemiştir.

Danıştay Tetkik Hâkimi Ahmet AKKOCA'nın Düşüncesi : Vergi kanunlarında muafiyet yoluyla çeşitli kişi ve kuruluşlar, istisna yoluyla ise çeşitli konular vergilendirmenin dışında bırakılmaktadır.

2464 sayılı Belediye Gelirleri Kanununun 36'ncı maddesinde sayılan "kazanç amacı gütmemek şartıyla işletilen hastahane, dispanser, klinik, sağlık ocağı ve merkezleri, çocuk yurtları, sosyal yardım kuruluşları, ibadethaneler, milletler arası panayır, sergi ve fuarlar, doğrudan doğruya elektrik ve havagazi üreten müesseseler" in elektrik tüketim vergisinden müstesna olduğu belirtilmiştir.

İstisnaların ancak belli konulara ilişkin, muafiyetin ise çeşitli kişi ve kuruluşlara tanınabileceği dikkate alınarak madde metni incelendiğinde, madde ile vergilendirme dışı bırakılan çeşitli konular değil, çeşitli kuruluş ve yerler olduğu görüleceğinden maddenin başlığı her ne kadar "istisnalar" olsa da içeriğine göre yapılan düzenlemenin muafiyete ilişkin olduğu anlaşılmaktadır.

Bu sonuca göre, 1581 sayılı Kanunda "diğer vergilerden" de muaf tutulmasına karşın 2464 sayılı yasayla muafiyet tanınan kuruluş ve yerler arasında sayılmayan davacı birliğin, kendi kanununda tanınan muafiyetten dolayı elektrik tüketim vergisinden de muaf olup olmadığının çözülmesi gerekmektedir.

Bu hususun çözümü ise, bu iki kanundan hangisinin özel kanun olup olmadığının tespitine bağlıdır. Uyuşmazlık, elektrik tüketim vergisinin muafiyete ilişkin olduğundan bu hususa ilişkin düzenlemelerin yapıldığı Belediye Gelirleri Kanunu, 1581 sayılı Tarım Kredi Kooperatifleri ve Birlikleri Kanununa göre daha özel bir kanundur. Özel kanun ile genel

kanunun çatışması durumunda özel kanunun uygulanması gerekeceğinden uyumsuzluk konusu olay için özel kanun niteliğinde olan Belediye Gelirleri Kanunun ilgili hükmünün uygulanma önceliğine sahip olduğu, dolayısıyla, bu kanunun ilgili maddesinde muafiyet tanınan kuruluş ve yerler arasında sayılmayan davacı birliğe elektrik tüketim vergisinden muafiyet tanınmasına olanak bulunmadığından ısrar kararının bozulması gerektiği düşünülmüştür.

Danıştay Savcısı Zerrin GÜNGÖR'ün Düşüncesi : Danıştay Dokuzuncu Dairesinin E:2005/2307, K:2006/1491 sayılı ve 19.4.2006 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, dosyadaki belgeler incelendikten sonra gereği görüldü:

Vergi hukukunda muafiyet, vergiye tabi olan gerçek ve tüzel kişilerin; istisna ise verginin konusuna giren kazanç ve işlemlerin vergi dışında tutulmasıdır.

1581 sayılı Tarım Kredi Kooperatifleri ve Birlikleri Kanununun "muafiyetler" başlıklı 19'uncu maddesinin (B) bendinin (a) fıkrasında; bu Kanuna göre kurulacak ve kurulmuş sayılan kooperatiflerin, bölge ve merkez birliklerinin, kurumlar, gider, gayrimenkul kıymet artışı, intikal ve diğer vergilerden muaf olduğu hükme bağlanmıştır.

Elektrik tüketim vergisinin mükellefini elektriği tüketenler olarak 35'inci maddesinde düzenleyen 2464 sayılı Belediye Gelirleri Kanununda; bu vergiden muafiyete ilişkin bir düzenleme yer almamıştır. Dolayısıyla, vergi muafiyeti konusunda 1581 sayılı Yasa ile 2464 sayılı Yasa arasında bir çatışma bulunmamaktadır. 2464 sayılı Belediye Gelirleri Kanunu 36'ncı maddesinde, tüketildiği yerlerin özelliğine göre elektrik tüketimini vergiden müstesna tutmuştur. Tüketilen elektriğin vergi dışında bırakılmasını öngören sözü edilen kuralda tarım kredi kooperatifleri ile bölge ve merkez birliklerine yer verilmemesinin, 1581 sayılı Yasanın 19'uncu maddesinde öngörülen muafiyet kuralının uygulanmasına engel oluşturmayacağı açıktır.

Davacı adına elektrik tüketim vergisi mükellefiyeti tesis edilmesine ilişkin işlemin iptali ve tahakkuk eden verginin kaldırılması yolundaki ısrar kararında belirtilen nedenlerle hukuka aykırılık görülmemiştir.

Bu nedenlerle, temyiz isteminin reddine, 26.12.2008 gününde oybirliğiyle karar verildi.

KATMA DEĞER VERGİSİ

T.C.
DANIŞTAY
Vergi Dava Daireleri
Kurulu
Esas No : 2007/748
Karar No: 2008/759

Özeti : Boş bir arsaya yerleştirilmiş 12 m2 alana sahip konteyneri kendisi dışında dört ticari işletme ile birlikte iş yeri olarak kiralarak iş yeri olarak kullanan, başka bir iş yeri veya deposu bulunmadığı; masa, sandalye dışında demirbaşının ve istihdam

ettiği işçisinin olmadığı iki ayrı yoklamayla saptanan, alışlarının %98'ini gerçekten bir emtia teslimine dayanmayan faturalarla belgelendiren bir şirketten gerçekten emtia alınması ticari gereklere uygun düşmediği gibi faturalarda gösterilen emtianın sevk irsaliyelerinde gösterilen taşıtların bir kısmının tescil kaydının bulunmaması, bir kısmının ise satın alınan emtiayı taşımaya elverişsiz özel otomobil olduğunun tescil sorgulamasından anlaşılması karşısında, düzenleyicisinden gerçekten emtia alındığı iddiası dışında kanıt sunmayan davacının faturaları kayıtlarını şeklen belgelendirmek için temin ettiğinin kabulünde yasaya aykırılık bulunmadığı, bu durumun Katma Değer Vergisi Kanununun öngörmediği, yüklenilmemiş verginin indirim konusu yapılmasını olanaklı kılmayacağı hakkında.

Temyiz Eden : ... Elektrik İnşaat Sanayi Taahhüt ve Ticaret Limited Şirketi

Vekili : Av. ...

Karşı Taraf : Ulus Vergi Dairesi Müdürlüğü

İstem'in Özeti : Gerçek bir emtia veya hizmet teslimine dayanmaksızın fatura düzenlediği vergi incelemesiyle saptanan ... Yapı ve İnşaat Malzemeleri Hafriyat Sanayi Ticaret Limited Şirketi tarafından düzenlenen faturalarla belgelendirdiği alışları nedeniyle yüklendiği bir katma değer vergisi bulunmadığı sonucuna ulaşılan davacı adına, söz konusu faturalarda yazılı vergileri indirim konusu yapması nedeniyle Ekim, Kasım, Aralık 2000 dönemleri için re'sen salınan vergi ziyai cezalı katma değer vergisi davaya konu edilmiştir.

Davayı inceleyen Ankara 5.Vergi Mahkemesi, 10.11.2005 günlü ve E:2005/440, K:2005/1299 sayılı kararıyla; davacıya fatura düzenleyen şirketin fatura ticareti yapmak amacıyla kurulduğu ve tüm alışlarının, fatura ticareti yapan şirketlerin faturalarıyla belgelendirildiği, dolayısıyla herhangi bir emtia veya hizmet teslim etmesi söz konusu olmayan bu şirket tarafından düzenlenen faturalardaki vergileri hesapladığı katma değer vergisinden indiren davacı adına yapılan tarhiyatta kanuna aykırılık görülmediği gerekçesiyle davayı reddetmiştir.

Davacının temyiz istemini inceleyen Danıştay Dördüncü Dairesi, 26.4.2007 günlü ve E:2006/1742, K:2007/1408 sayılı kararıyla; vergi mahkemesince, vergi incelemesinin amacına da uygun olarak öncelikle içeriği itibarıyla yanıltıcı olduğu sonucuna varılan faturaları veren şirket hakkında düzenlenen raporlar üzerine idarece ne gibi işlemler yapıldığı, bu raporlara dayalı olarak komisyon geliri elde etmekten dolayı tarhiyat yapıp yapılmadığı, yapılmış ise sonucunun ve varsa bu raporlarla ilgili yargı kararları bulunup bulunmadığı, sözü edilen şirketin mükellefiyetinin idarece terkin edilip edilmediği, edilmişse dava konusu yapıp yapılmadığı, davacıya fatura düzenlediği dönemlerde, katma değer vergisi beyannamelerini verip vermediği, adına katma değer vergisi tarhiyatı yapılmış ise bu konuda yargı kararı bulunup bulunmadığı araştırıldıktan sonra varılacak sonuca göre karar verilmesi gerekirken yazılı nedenlerle davanın reddine karar verilmesinde hukuka uygunluk görülmediği gerekçesiyle kararı bozmuştur.

Bozma kararına uymayan Ankara 5.Vergi Mahkemesi, 20.9.2007 günlü ve E:2007/1268, K:2007/1175 sayılı kararı ile davanın reddi yolundaki ilk kararında ısrar etmiştir.

Davacı söz konusu faturalarda gösterilen emtianın gerçekten alındığını ileri sürerek ısrar kararının bozulmasını istemiştir.

Savunmanın Özeti : İstem'in reddi gerektiği savunulmuştur.

Danıştay Tetkik Hâkimi Gönül SAYIN'ın Düşüncesi : Danıştay Dördüncü Dairesinin bozma kararı doğrultusunda temyiz isteminin kabulü ile temyiz konusu vergi mahkemesi ısrar kararının bozulması gerekeceği düşünülmektedir.

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

TÜRK MİLLETİ ADINA

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

Gerçekten bir emtia veya hizmet teslimine dayanmaksızın düzenlenen faturalardaki yüklenilmemiş katma değer vergisini indirim konusu yapması nedeniyle re'sen salınan vergi ziyai cezalı katma değer vergisine karşı açılan davanın reddi yolundaki vergi mahkemesi ısrar kararı davacı tarafından temyiz edilmiştir.

3065 sayılı Katma Değer Vergisi Kanununun 29 uncu maddesinin 1 inci fıkrasının (a) bendinde, mükelleflerin yaptıkları vergiye tabi işlemler üzerinden hesaplanan katma değer vergisinden, kendilerine yapılan teslim ve hizmetler dolayısıyla hesaplanarak, düzenlenen fatura ve benzeri vesikalarda gösterilen katma değer vergisini indirebilecekleri kurala bağlanmıştır.

İndirim hakkından yararlanabilmenin ön şartı, teslim ve hizmetlerle ilgili fatura ve benzeri vesikaların gerçeği yansıtması, başka bir anlatımla, satın alındığı belirtilen hizmet veya emtia için gerçekten katma değer vergisi yüklenilmiş olmasıdır.

Dava dosyasında bulunmadığı için istenen ve Ankara 5.Vergi Mahkemesinin E:2005/438 sayılı dosyasında bulunan ve fotokopileri bu dava dosyasına ilâştirilen davacı şirkete fatura düzenleyen ... Yapı ve İnşaat Malzemeleri Hafriyat Sanayi Ticaret Limited Şirketi hakkında düzenlenen vergi tekniği raporunda; 22.2.2000 tarihinde inşaat malzemeleri toptan ticareti yapmak üzere bir milyar lira sermaye ile faaliyete başlayan şirketin işyerinde, 24.2.2000 ve 4.6.2001 tarihlerinde yapılan yoklamalarda, boş bir arsa ile 12 m2'lik konteynerden ibaret ve kiralık olan işyerinin ... İnşaat Malzemeleri Nakliyat Ticaret Limited Şirketi ile ortak kullanıldığının, işyerinde masa, sandalye ve bir adet telefon bulunduğu, demirbaş ve emtia bulunmadığının, işçi çalıştırılmadığının tespit edildiği anlaşılmaktadır. Vergi dairesi kayıtları üzerinde yapılan araştırmada ise aynı işyerinin, bu şirketin ortakları ile akrabaları tarafından aynı amaçla kurulan dört firma ile birlikte ... tarafından da kullanıldığının belirlendiği, bu firmalardan ... Çimento Nakliyat Ticaret Limited Şirketi, ... İnşaat Malzemeleri Nakliyat Ticaret Limited Şirketi, ... ile ... hakkında, sahte belge düzenlediklerine dair vergi tekniği raporları düzenlendiği belirlenmektedir. Şirketin defter ve belgeleri üzerinde yapılan inceleme sonucunda da, defter kayıtları ve belgelerle beyanlarının uyumsuz olduğunun, Haziran 2000 döneminden sonra defterlere herhangi bir kayıt yapılmadığının, şirketin alış faturalarının %98'inin, hakkında sahte fatura düzenlediklerine ilişkin vergi tekniği raporları bulunan ..., ... İnşaat Elektrik Bilgisayar Reklam Matbaa Limited Şirketi, ... Yapı Malzemeleri Sanayi ve Ticaret Limited Şirketi, ... İnşaat Taahhüt Sanayi ve Ticaret Limited Şirketi ile ... Madencilik Sanayi ve Ticaret Limited Şirketi tarafından düzenlendiği saptanmıştır. Davacıya tanzim olunan faturalara ilişkin sevk irsaliyelerinde belirtilen motorlu taşıt plakalarının sorgulanması sonucu büyük kısmının inşaat malzemesi taşımayacak nitelikte özel otomobil olduğu, bir kısmının da tescil kaydı olmadığı; davacının tahsilat makbuzları ile ödeme yaptığı dönemlerde kasa hesabında para bulunmadığı belirlenmiştir.

Vergi Usul Kanununun, vergi kanunlarının uygulanması ve ispatı düzenleyen 3'üncü maddesinin (B) bendi, iktisadi, ticari ve teknik gereklere uygun düşmeyen iddiaların, ileri süren tarafından kanıtlanmasını öngörmüştür.

Boş bir arsaya yerleştirilmiş 12 m2 alana sahip bir konteyneri kendisi dışında dört ayrı ticari işletme ile birlikte iş yeri olarak kiralamış olan, başka bir iş yeri ve düzenlediği faturalarda gösterilen emtiayı bulundurabileceği deposu ve iş yeri olarak kullanıldığı iki ayrı yoklama ile saptanan konteynerde masa, sandalye ve telefonda başka demirbaşı ve istihdam edilen işçisi bulunmayan bir şirketten gerçekten emtia alınması ticari gereklere uygun bir durum değildir. Kendisine emtia teslim eden firmalar hakkında düzenlenen vergi tekniği raporlarında, bu teslimlerin gerçek olmadığı ve faturaların fatura ticareti organizasyonu içinde düzenlendiği de belirlenen davacıya fatura düzenleyen şirketin sevk irsaliyelerinde plakaları yazılı taşıtların büyük bir kısmının özel otomobil ve bir kısmının tescil kaydı bulunmayan hayali plakaları içermesi, davacıya gerçekten emtia teslimi yapılmadığını, faturaların temsil ettiği işleme gerçek görüntüsü verebilmek üzere şeklen yerine getirildiğini göstermektedir. Sözü edilen şirketten gerçekten emtia aldığını soyut olarak iddia eden ve emtia bedelinin nakden ve peşin ödendiğini ileri süren davacının yasal kayıtlarının, ödemenin belirtilen şekilde yapılmasına da elverişsiz olduğu inceleme sırasında saptandığından, başka bir kanıt sunamayan davacının, söz konusu faturaları alışlarını sadece belgelendirmek amacıyla kayıtlarına dahil ettiğinin kabulünde yasanın yukarıda değinilen kuralına aykırılık bulunmamaktadır.

Gerçekten bir emtia teslimine veya hizmet ifasına dayanmayan faturaların maliyet kayıtlarına dahil edilip, bu belgelerde şeklen gösterilen ancak, gerçekten yüklenilmediği için indirim konusu yapılması Katma Değer Vergisi Kanununa aykırı olan vergileri konu edinen vergilendirmeler; vergiyi indirim konusu yapmakla yasanın izin vermediği indirim yoluyla ödenmesi gereken verginin azaltılan kısmını kapsamaktadır. Gelir veya kurumlar vergisi yönünden, bu faturaların belgesiz yapılmış alışlar gözetilerek temin edildiğinin kanıtlanması halinde farklı bir sonuca ulaşılmasının ya da fatura düzenleyenler hakkında fatura ticaretine ilişkin kazanç farkı nedeniyle vergilendirme yapıp yapılmamasının, 3065 sayılı Yasanın öngörmediği bir indirimi beyannamesini verirken uygulayan davacı adına yapılan vergilendirmeye etkisi de bulunmadığından, davanın reddi yolundaki vergi mahkemesi ısrar kararında hukuka aykırılık görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle temyiz isteminin reddine, Ankara 5.Vergi Mahkemesinin 19.12.2008 günlü yazısı ekinde gönderilen E:2005/438 sayılı dava dosyasının Ankara 5.Vergi Mahkemesine gönderilmesine, 26.12.2008 gününde oyçokluğu ile karar verildi.

KARŞI OY

X- İsrar kararının Danıştay Dördüncü Dairesinin bozma kararının dayandığı hukuksal nedenler ve gerekçe uyarınca bozulması gerektiği oyu ile karara katılmıyoruz.

T.C.
DANIŞTAY
Vergi Dava Daireleri
Kurulu
Esas No : 2007/500
Karar No: 2008/762

Özeti : Katma değer vergisinin indirilebilmesi, teslimin faturayı düzenleyen tarafından, faturada gösterilen konu, birim fiyat ve tutarla ve faturayı kayıtlarına dahil eden tarafa yapılmasına bağlı olduğundan,

belgelendirilmemiş maliyetleri belgelendirmek ya da maliyetleri yüksek göstermek amacıyla temin edilen faturalarda yer alan katma değer vergisi gerçekte yüklenilmemiş olduğu için indirim konusu yapılamayacağı hakkında.

Temyiz Eden : ... Yemek Spor Güvenlik İhtiyaç Maddeleri Temizlik İnşaat Sanayi İç ve Dış Ticaret Limited Şirketi

Vekili : Av. ...

Karşı Taraf : Kızılbey Vergi Dairesi Müdürlüğü

İstem Özet : 1999 yılında bir kısım emtia alışlarını, içeriği itibarıyla yanıltıcı faturalarla belgelendirerek katma değer vergisi indirimi yapması nedeniyle söz konusu faturalarda gösterilen katma değer vergilerinin indirim konusu yapılan vergi tutarından çıkarılması suretiyle yeniden düzenlenen beyan tablosuna göre ödenecek verginin çıktığı Haziran ve Kasım 1999 dönemi için davacı adına salınan vergi ziyai cezalı katma değer vergisi davaya konu yapılmıştır.

Davayı inceleyen Ankara 2. Vergi Mahkemesi, 6.6.2005 günlü ve E:2004/1345, K:2005/675 sayılı kararıyla; 3065 sayılı Katma Değer Vergisi Kanununun, 29'uncu maddesinde mükelleflerin, yaptıkları vergiye tabi işlemler üzerinden hesaplanan katma değer vergisinden, kendilerine yapılan teslimlere ilişkin yüklenilen katma değer vergisini, alış faturası veya benzeri vesikalar ve gümrük makbuzu üzerinde ayrıca gösterilmek ve bu vesikalar kanuni defterlere kaydedilmek şartıyla indirilebileceklerinin hükmüne bağlandığı, bu kuralların ancak, fatura ve benzeri vesikaların gerçeği yansıtması, yani belgelerde yer alan katma değer vergisinin gerçekten ödenmesi halinde uygulanabileceği, davacı şirketin fatura aldığı, ... Matbaacılık Kağıtçılık Ambalaj Bilgisayar Reklamcılık Temizlik İthalat İhracat Sanayi Limited Şirketi'nin 10.2.1998 tarihinde kırtasiye, matbaa malzemeleri ve kağıt toptan ticareti amacıyla kurulduğu, kurucu ortağı ve müdürü ...'ın, 1987 yılından itibaren sahte kimliklerle yanında çalışanların ve akrabalarının ortak olduğu şirketler kurarak sahte faturalar düzenlediği, deşifre edildiğinde faaliyeti bırakarak, başka vergi dairelerinin faaliyet alanlarında yeni şirketler kurduğu, bu nedenle ceza mahkemesinde yargılandığı, fatura ticareti yapmak için kurulan şirketin 1999 yılına ait alış belgelerinin tamamına yakınının sahte olduğu ve anılan şahsın fatura ticareti yaptığı yolundaki ifadesi tutanakta yer aldığından sözü edilen şirketin düzenlediği faturalarda gösterilen katma değer vergilerinin indirilemeyeceği sonucuna ulaşarak davanın reddine karar vermiştir.

Davacının temyiz istemini inceleyen Danıştay Dördüncü Dairesi, 29.11.2006 günlü ve E:2006/994, K:2006/2421 sayılı kararıyla; 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun 3'üncü ve 134'ncü maddelerine değinerek, davacı şirkete fatura veren şirket hakkında düzenlenen vergi tekniği raporundan, Şirketin kurucu ortağı ve müdürü ...'ın, sahte kimliklerle yanında çalışanların ve akrabalarının ortak olduğu şirketler kurarak sahte fatura düzenlediği, deşifre edildiğinde faaliyeti bırakarak yeni şirketler kurduğu, inceleme raporuna ekli imzalı tutanakta, ...'ın şirketin 1999 yılına ait belgelerinin tamamına yakınının sahte olduğu yolunda ifadesi bulunduğu ve hangi şirketlere komisyon karşılığı fatura düzenlediğinin belirtildiği, fatura ticareti adı geçeninin ifadesiyle sabit olmuşsa da davacı şirketin ...'ın komisyon karşılığı fatura düzenlediğini bildirdiği şirketler arasında sayılmadığı, sadece başka şirketlere sahte fatura düzenlediğinin tespit edilmesinden dolayı davacı şirket adına düzenlenen faturaların da sahte ve içeriği itibarıyla yanıltıcı olduğu sonucuna varılmayacağından tarhiyata karşı açılan davanın reddinde hukuka uygunluk bulunmadığı gerekçesiyle kararı bozmuştur.

Bozma kararına uymayan Ankara 2. Vergi Mahkemesi, 18.4.2007 günlü ve E:2007/696, K:2007/698 sayılı kararıyla; ilk kararında yer alan hukuksal nedenler ve gerekçeye ek olarak, aynı nedenlerle, Haziran ve Eylül 1999 dönemi için davacı adına hesaplanan ancak aranmayan geçici vergi üzerinden kesilen üç kat vergi ziyai cezası ve

hesaplanan gecikme faizinin kaldırılmasına ilişkin Mahkemelerinin 8.4.2004 günlü ve E:2004/1344, K:2005/443 sayılı kararının, Danıştay Dördüncü Dairesinin 27.6.2006 günlü ve E:2005/1283, K:2006/1426 sayılı kararıyla bozulması üzerine, Mahkemelerince, bozmaya uyularak verilen 11.1.2007 günlü ve E:2006/1908, K:2007/36 sayılı kararlar, davanın, gecikme faizi ile katma değer vergisinin üç katı tutarındaki vergi ziyayı cezası yönünden reddine, cezanın aşan kısmının kaldırılmasına karar verildiğini belirterek davanın reddi yolundaki ilk kararında ısrar etmiştir.

İsrar kararı davacı tarafından temyiz edilmiş, fatura düzenleyen şirketin alışlarının bir kısmının sahte olmadığı ve kendilerine verilen faturaların gerçek bir mal teslimine ilişkin olduğu, şirket tarafından ilgili dönemde katma değer vergisi beyannamelerinde beyan edilen vergilerin ödendiği ileri sürülerek bozulması istenmiştir.

Savunmanın Özeti : İstemin reddi gerektiği savunulmuştur.

Danıştay Tetkik Hâkimi Murat GÜNGÖR'ün Düşüncesi : Temyiz dilekçesinde ileri sürülen iddialar ısrar kararının bozulmasını sağlayacak durumda görülmediğinden istemin 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 ısrar kararının onanmasının uygun olacağı düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

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

Gerçekten bir emtia teslimine dayanmayan faturalarda gösterilen vergileri indirim konusu yapan davacı adına, bu indirimler kabul edilmeyerek yapılan tarhiyata karşı açılan davayı reddeden vergi mahkemesi ısrar kararı temyiz edilmiştir.

3065 sayılı Katma Değer Vergisi Kanununun 29'uncu maddesinin 1'inci fıkrasının (a) bendinde; mükelleflerin, yaptıkları vergiye tabi işlemler üzerinden hesaplanan katma değer vergisinden, bu kanunda aksine hüküm olmadıkça, kendilerine yapılan teslim ve hizmetler dolayısıyla hesaplanarak düzenlenen fatura ve benzeri vesikalarda gösterilen katma değer vergisini indirebilecekleri kurala bağlanmıştır. 213 sayılı Vergi Usul Kanununun 3'üncü maddesinin (B) bendindeki; vergilendirmede, vergiyi doğuran olay ve bu olaya ilişkin muamelelerin gerçek mahiyetinin esas olduğu, gerçek mahiyetin, yemin hariç her türlü delille ispatlanabileceği, vergiyi doğuran olayla ilgisi tabii ve açık bulunmayan tanık ifadesinin ispatlama vasıtası olarak kullanılamayacağı; iktisadi, ticari ve teknik icaplara uymayan veya olayın özelliğine göre normal ve mutad olmayan bir durumun iddia olunması halinde, ispat külfetinin bunu iddia edene ait olduğu hüküm altına alınmıştır.

Mükellefler tarafından katma değer vergisi indirimi yapılabilmesi için vergisi indirim konusu yapılacak işlemlerle ilgili fatura ve benzeri vesikaların gerçeği yansıtması ve bu fatura ve vesikalarda gösterilen ve indirim konusu yapılan katma değer vergisinin gerçekten ödenmiş, yani indirim konusu yapan tarafından yüklenilmiş olması gerekmektedir. Gerçekleşmemiş teslim ve hizmetler dolayısıyla bir katma değer vergisi ödenmesi, dolayısıyla yüklenilmiş bir katma değer vergisi söz konusu olamayacağından vergi indirimi de yapılamaz. Bu nedenle vergi indirimine dayanak teşkil eden faturaların gerçekten yapılmış bir teslim ile ilişkilendirilmesinin tespiti önem taşımaktadır.

Gerçek bir teslimle dayanmayan faturalarda gösterilen katma değer vergisinin indirilmesi kabul edilmeyerek yapılan vergilendirmeye karşı açılan davalarda, her iki tarafın bu işlemlerle ilgili kayıtlarının varlığı yeterli değildir. Zira katma değer vergisinin

indirilebilmesi, teslimin; faturayı düzenleyen tarafından, faturada gösterilen konu, birim fiyat ve tutarla ve faturayı kayıtlarına dahil eden tarafa yapılmasına bağlıdır. Böyle bir ilişkiyi 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.

Davacı kurumun 20.3.2000 tarihinde unvanını değiştirerek halen kullanmakta olduğu unvanla faaliyetini sürdürdüğü ancak, vergisi ihtilaflı dönemdeki unvanının ... Gıda Temizlik Maddeleri Ticaret Limited Şirketi olduğu dosyadaki belgelerden belirlendiğinden, ... Matbaacılık Kağıtçılık Ambalaj Bilgisayar Reklamcılık Temizlik İthalat İhracat Sanayi Limited Şirketi tarafından 1999 yılında düzenlenen KDV hariç 43,3 milyar lira tutarındaki ambalaj, baskı işleri ve eşantyon açıklamalarını içeren ve vergilendirme döneminde beyan ettiği zararın üçte ikisinden yüksek tutardaki faturaların eski ticari unvanı olan ... Gıda Temizlik Maddeleri Ticaret Limited Şirketi adına düzenlenmiş olacağına kuşku bulunmadığı gibi faturayı düzenleyen şirket hakkındaki saptamalar ve vergilendirme dönemindeki temsilcisinin faturalarda yer alan emtianın teslimi ve bedellerinin ödenmesine ilişkin açıklaması karşısında verilen, davanın reddi yolundaki ısrar kararında hukuka aykırılık görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle temyiz isteminin reddine, 26.12.2008 gününde oybirliği ile karar verildi.

T.C.
DANIŞTAY
Vergi Dava Daireleri
Kurulu
Esas No : 2008/380
Karar No: 2009/69

Özeti : Hayali ihracat ve fatura ticareti organizasyonu çerçevesinde düzenlenen faturalarda gösterilen katma değer vergisinin indirim ve iade konusu yapılamayacağı hakkında.

Kararın Düzeltilmesini İsteyen : Gazikent Vergi Dairesi Müdürlüğü
Karşı Taraf : ...Tekstil Sanayi ve Ticaret Limited Şirketi
İstemin Özeti : Gerçekten bir emtia teslim etmeksizin fatura düzenlediği vergi tekniği raporuyla saptanan ... Tekstil Elyaf Sanayi ve Ticaret Limited Şirketi tarafından düzenlenen faturaları kayıtlarına dahil edip, faturalarda gösterilen katma değer vergilerini indirim konusu yaptığı saptanan davacı adına yüklenmediği vergileri indirim konusu yapması ve iade hakkı bulunmadığı halde yeminli mali müşavir tasdik raporuna dayanılarak nakden katma değer vergisi iadesi alması nedeniyle yeniden düzenlenen beyan tablosuna göre ödenecek verginin çıktığı Şubat-Aralık 1997 dönemleri için re'sen salınan kaçakçılık cezalı katma değer vergileri ile aynı dönemler için kesilen özel usulsüzlük cezaları dava konusu yapılmıştır.

Davayı inceleyen Gaziantep Vergi Mahkemesi 5.12.2003 günlü ve E:2003/40, K:2003/1622 sayılı kararıyla; davacı şirket tarafından, ... Tekstil Elyaf Sanayi ve Ticaret Limited Şirketi tarafından düzenlenen faturalar yönünden yapılan inceleme sonucu daha önce yapılan tarhiyatın mahkemeleri tarafından kaldırıldığı ileri sürülmüş ise de, dava konusu tarhiyatın, sözü edilen vergilendirmenin Mahkemelerince yeterli incelemeye dayanmaksızın yapılması nedeniyle kaldırılması üzerine yeniden yapılan vergi incelemesine dayandığı,

davacıya fatura düzenleyen ... Tekstil Elyaf Sanayi ve Ticaret Limited Şirketi hakkında düzenlenen vergi tekniği raporunda, şirket tarafından yüksek tutarlı katma değer vergisi matrahı ve mahsup edilecek katma değer vergisi ile düşük tutarlı ödenecek katma değer vergisi beyan edildiği, vergilerin ödenmediği, iş yeri merkez adresinin sık sık değiştirilmesine karşın bildirimde bulunulmadığı, iş yerinin geçici sürelerle kapalı olduğu ayları kapsayan dönemlerde yüksek miktarda teslim ve hizmet bedeli içeren hasılat bildirildiği, ancak kapasitesinin bu düzeyde olmadığı, alışlarını yaptığı firmaların da sahte belge düzenleyen firmalar olduğu; şirket ortaklarının sık değiştiği, zaman zaman işçilerin ortak ya da müdür olarak gösterildiği, başka bir firma hakkında yapılan tarhiyata karşı açılan davayı sonuçlandıran yargı kararıyla, ... Tekstil Elyaf Sanayi ve Ticaret Limited Şirketinin düzenlediği faturaların sahte olduğuna karar verildiği, tüm bu tespitlerden gerçek bir emtia hareketi olmaksızın fatura düzenlendiği sabit olan ... Tekstil Elyaf Sanayi ve Ticaret Limited Şirketi tarafından düzenlenen faturalara dayanarak katma değer vergisi indirimi yapan davacı şirket adına indirimleri kabul edilmeyerek ve yeminli mali müşavir tasdik raporuna dayanılarak nakden katma değer vergisi iadesi aldığı dönemlerde ödenecek katma değer vergisi bulunduğunun inceleme sonucunda tespit edilmesi nedeniyle yapılan tarhiyatta hukuka aykırılık bulunmadığı gerekçesiyle davanın kaçakçılık cezalı katma değer vergisine ilişkin kısmını reddetmiş, özel usulsüzlük cezası hakkında 4811 sayılı Yasa uyarınca karar verilmesine yer olmadığına karar vermiştir.

Davacının temyiz istemini inceleyen Danıştay Dokuzuncu Dairesi, 21.12.2005 günlü ve E:2004/1003, K:2005/4611 sayılı kararıyla; ... Tekstil Elyaf Sanayi Ticaret Limited Şirketi hakkında düzenlenen vergi inceleme raporuna göre bu şirketin satılan emtiayı üretecek kapasitesinin olmadığı ve tekstil ürünleri aldığı ... Dış Ticaret Müessilik Anonim Şirketi ve ... Tekstil Ürünleri İmalat ve İhracat Limited Şirketinin adreslerinde bulunmadığı ve defter ve belgelerini incelemeye ibraz etmediklerinin tespiti üzerine, bu şirketlerin düzenledikleri faturaların sahte olduğunun kabul edildiği; ancak, davacının ... Tekstil Elyaf Sanayi Ticaret Limited Şirketinden aldığı mallar nedeniyle ... Elektrikli Isıtıcı Cihazları Tekstil Sanayi Ticaret Anonim Şirketinin iadeye esas ihracatının sahte belgeler kullanılmak suretiyle yapılmasına sebebiyet vererek kaçakçılığa iştirak ettiğinden bahisle anılan şirket adına kaçakçılığa iştirak raporu düzenlenip, Vergi Usul Kanununun 338 inci maddesi uyarınca ziyaa uğratılan verginin üç katı tutarında kaçakçılık cezası kesilmesi üzerine bu cezaya karşı açılan davada vergi mahkemesince kesilen cezanın kaldırılmasına karar verildiği, bu karara karşı yapılan temyiz isteminin Danıştay Dokuzuncu Dairesinin 17.4.2000 tarih ve 2000/1288 sayılı kararıyla reddedildiği, inceleme elemanınca anılan şirket ile davacı arasında 213 sayılı Vergi Usul Kanununun 11 inci maddesinde belirtilen türde irtibat bulunduğu yolunda bir tespitin yapılmadığı, davacı ile ... Elektrikli Isıtıcı Cihazları Tekstil Sanayi Anonim Şirketinin, yükümlü ile ... Limited Şirketinin defter kayıtlarının birbirini doğruladığının da görüldüğü, bu durumda mal alımı nedeniyle yükümlü tarafından banka havaleleriyle ödenen katma değer vergisinin ihracatçı şirket tarafından tahsil edilerek ilgili dönem katma değer vergisi beyannamesine intikal ettirildiği, gümrük çıkış beyannameleriyle ihracatın yapıldığı, dövizin yurda getirildiği ve ihracatın yapılmadığı konusunda herhangi bir tespit bulunmadığı anlaşıldığından, davacıya; ... Tekstil Elyaf Sanayi Ticaret Limited Şirketinin düzenlediği faturaların sahte olmayıp, gerçek bir emtia teslimi sonucu düzenlendiği ve bu faturalar karşılığı teslim alınan emtianın ihraç edilmek üzere ... Elektrikli Isıtıcı Cihazları Tekstil Sanayi Ticaret Anonim Şirketine teslim edildiği sonucuna varıldığı, dolayısıyla tarhiyata karşı açılan davayı reddeden mahkeme kararında hukuka uygunluk bulunmadığı gerekçesiyle, kararı bozmuştur.

Davanın özel usulsüzlük cezasının kaldırılmasına ilişkin hüküm fıkrası temyiz edilmediğinden sözü edilen hüküm fıkrasının kesinleştiğini belirterek bozma kararına uymayan Gaziantep Vergi Mahkemesi, 21.6.2006 günlü ve E:2006/497, K:2006/569 sayılı kararıyla; ilk kararın davanın reddine ilişkin hüküm fıkrasında ısrar etmiştir.

Davacının temyiz istemi inceleyen Danıştay Vergi Dava Daireleri Kurulu 19.10.2007 günlü ve E:2007/147, K:2007/344 sayılı kararıyla; 213 sayılı Vergi Usul Kanununun 3/B maddesinde, vergilendirmede vergiyi doğuran olay ve bu olaya ilişkin muamelelerin gerçek mahiyetinin esas olduğunun kurala bağlandığı, aynı Kanunun 11'inci maddesinin 1'inci fıkrasının (a) işaretli bendinde, ihracat teslimleri ve bu teslimlere ilişkin hizmetler ile yurt dışındaki müşteriler için yapılan hizmetlerin katma değer vergisinden müstesna tutulduğu, Kanunun 32'nci maddesinde bu Kanunun 11,13,14 ve 15'inci maddeleri uyarınca vergiden istisna edilmiş bulunan işlemlerle ilgili fatura ve benzeri vesikalarda gösterilen katma değer vergisinin, mükelleflerin vergiye tabi işlemleri üzerinden hesaplanacak katma değer vergisinden indirileceği, vergiye tabi işlemlerin mevcut olmaması veya hesaplanan verginin indirilecek vergiden az olması hallerinde indirilemeyen katma değer vergisinin, Maliye Bakanlığınca tespit edilecek esaslara göre bu işlemleri yapanlara iade olunacağı düzenlemesine yer verildiği, ... Tekstil Elyaf Sanayi ve Ticaret Limited Şirketi hakkında düzenlenen vergi tekniği raporunda şirketin sattığı emtiayı üretecek kapasitesinin bulunmadığı, defter ve belge istem yazısının şirket müdürüne tebliğ edilmiş olmasına rağmen ibraz edilmediği, alımlarının tamamına yakınının haklarında sahte fatura düzenledikleri yolunda incelemeler yapılmış olan ... Tekstil Ürünleri İmalat ve İhracat Limited Şirketi ile ... Dış Ticaret Mümessilik Anonim Şirketinden yapılmış olduğu, bu firmalar hakkında yapılan tespitlerden, firmaların adreslerinde bulunmadığı ve defter ve belgelerini incelemeye ibraz etmediklerinin tespiti üzerine, bu firmaların düzenledikleri faturaların sahte olduğu kabul edilmek suretiyle bu firmalardan alım yapan ... Tekstil Elyaf Sanayi Ticaret Limited Şirketinin de alış ve satış faturalarının sahte olduğunun kabul edildiği anlaşılmakta ise de, bu tespitlerin, davacının bu firmadan yaptığı alımlarının gerçekte yapılmadığını kabule yeterli nitelikte bulunmadığı, diğer yandan, davacı şirketin satış yaptığı bir başka firma hakkında, haksız katma değer vergisi iadesi aldığı yolunda düzenlenen vergi inceleme raporuna dayanılarak salınan kaçakçılık cezalı katma değer vergisine karşı açılan davada; ... Tekstil Sanayi ve Ticaret Limited Şirketinin emtia aldığı, ... Tekstil Elyaf Sanayi ve Ticaret Limited Şirketi ve bu şirketin alım yaptığı firmalarla ilgili tespitlere dayanılarak yapılan tarhiyata karşı açılan davayı reddeden vergi mahkemesi kararının Danıştay Dokuzuncu Dairesinin 17.4.2000 günlü ve E:1999/3229, K:2000/1276 sayılı kararıyla bozulduğu, dolayısıyla, davacının ... Tekstil Elyaf Sanayi Ticaret Limited Şirketinden alımlarının gerçek olmadığı kabul edilmek suretiyle yapılan tarhiyatta hukuka uygunluk bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddi yolundaki ısrar kararını bozmuştur.

Vergi idaresi, katma değer vergisinin indirim konusu yapılabilmesi için indirimin yasal şekilde belgelendirilmesi gerektiği, dolayısıyla gerçek bir mal teslimi veya hizmet ifasına dayanmayan, yani faturayı düzenleyen tarafından hazineye borçlanılan ve faturayı kayıtlarına dahil eden tarafından da ödenen bir vergi olmadığından katma değer vergisi sistemi gereği indiriminin mümkün olmadığı, dolayısıyla, hakkındaki raporlara göre gerçek bir emtia teslimine dayanmadan fatura düzenlediği sabit olan ... Limited Şirketinden alınan faturalarda gösterilen katma değer vergisi indiriminin kabul edilmemesi suretiyle yapılan tarhiyatta hukuka aykırılık bulunmadığını ileri sürerek kararın düzeltilmesini istemiştir.

Savunmanın Özeti : Savunma verilmemiştir.

Danıştay Tetkik Hâkimi Ahmet AKKOCA'nın Düşüncesi : ... Limited Şirketi ile ... Limited Şirketi hakkındaki tespitler değerlendirildiği zaman bu şirketlerin organizasyon halinde gerçek bir emtia teslimine dayanmaksızın fatura düzenledikleri sonucuna ulaşıldığından karar düzeltme isteminin kabulü ile Kurul kararı kaldırıldıktan sonra davacı temyiz isteminin reddi gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı Zerrin GÜNGÖR'ün Düşüncesi : Kararın düzeltilmesi dilekçesinde ileri sürülen nedenler, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 54 üncü maddesinde yazılı nedenlerden hiçbirisine uymadığından, istemin reddi gerekeceği düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

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

3065 sayılı Katma Değer Vergisi Kanununun 29'uncu maddesinin 1'inci fıkrasının (a) bendinde; mükelleflerin yaptıkları vergiye tabi işlemler üzerinden hesaplanan katma değer vergisinden, bu kanunda aksine hüküm olmadıkça, kendilerine yapılan teslim ve hizmetler dolayısıyla hesaplanarak düzenlenen fatura ve benzeri vesikalarda gösterilen katma değer vergisinin indirilebileceği hükmüne yer verilmiş, 213 sayılı Vergi Usul Kanununun 3'üncü maddesinin (B) bendinde, vergilendirmede, vergiyi doğuran olay ve bu olaya ilişkin muamelelerin gerçek mahiyetinin esas olduğu; gerçek mahiyetin, yemin hariç her türlü delille ispatlanabileceği, vergiyi doğuran olayla ilgisi tabii ve açık bulunmayan tanık ifadesinin ispatlama vasıtası olarak kullanılamayacağı; iktisadi, ticari ve teknik icaplara uymayan veya olayın özelliğine göre normal ve mutad olmayan bir durumun iddia olunması halinde, ispat külfetinin bunu iddia edene ait olduğu hüküm altına alınmıştır.

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

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

Davacı şirkete gerek iade edilen vergilerin gerekse davacı tarafından indirim konusu yapılan vergilerin, ... Tekstil Elyaf Sanayi ve Ticaret Limited Şirketi tarafından davacıya emtia teslim edildiğini ifade edecek şekilde düzenlenen faturalara dayandığında ihtilaf yoktur.

1997 ve 1998 takvim yılı işlemleri incelenen davacıya bu faaliyet döneminde ... Tekstil Elyaf Sanayi ve Ticaret Limited Şirketi tarafından düzenlenen faturaların gerçek bir emtia teslimini temsil etmemesi nedeniyle katma değer vergisi indirimlerinin kabul edilmemesi ve yeniden düzenlenen beyan tablosuna göre iade edilecek katma değer vergisi bulunmamasına karşın yeminli mali müşavir tasdik raporuna göre haksız iade alması nedeniyle yapılan vergilendirmenin dayandığı 15.10.1999 tarihli vergi inceleme raporunda

yapılan tespitlerin, vergi mahkemesi tarafından faturaların gerçekten bir teslim dayanamadığını kabule yeterli görülmeyerek kaldırılması üzerine davaya konu edilen bu vergilendirmenin, faturayı düzenleyen şirket hakkında yeniden düzenlenen 22.11.2002 tarihli vergi tekniği raporundaki tespitlerin değerlendirilmesi sonucu yapıldığı saptanmaktadır.

... Tekstil Limited Şirketi hakkında düzenlenen vergi tekniği raporuna göre inceleme, şirketin dört farklı vergi dairesinin yetki alanında gösterdiği faaliyetine ilişkin kayıt, bildirim ve tespitlere sözü edilen vergi dairelerindeki tarh dosyalarından ulaşılarak yapılmıştır. İncelemenin tarh dosyası üzerinde yapılmasına, 14.6.1999' da 1994 ila 1999 yıllarına ait bütün defterlerinin, emtia alış ve satış faturaları, senetleri, elden ödenip iptal edilen çekler, banka hesaplarına ait kayıtlarının ... plakalı Anadol marka kamyonetin kasasında taşınırken çıkan yangında yanarak zayi olması sebep olmuştur.

Tarh dosyalarına göre; 13.9.1994 tarihinde mükellefiyet tesis ettiren ... Tekstil Limited Şirketi, faaliyetine Güngören vergi dairesinin yetki alanında başlamıştır. Kuruluşundaki ortakları ..., ... ve ... olup ilk beş yıl için şirket müdürlüğüne ... seçilmiştir. Üç ay sonra ve 12.1.1995'te ..., hisselerini diğer iki ortağa devretmiş, bir yıl sonra da bu iki ortak hisselerini, 16.1.1996'da noterde düzenlenen ancak tescil ve ilan edilmeyen hisse devir sözleşmesine göre ... ile ...'a devretmişler ve devir tarihinden itibaren beş yıl için ... şirket müdürü olarak seçilmiştir. Buna karşın 21.11.1996 tarihli Ticaret Sicil Gazetesine göre şirket müdürünün %95 hisseye sahip ... olduğu, ...'ın ise %5 hisseye sahip ortak olduğu görülmektedir. Ayrıca, 1.1.1996 tarihli ücret bodrosundan, hisseleri devralan ... ve ...'un şirket çalışanları olduğu anlaşılmış ve bu durum, 8.11.2002'de Kofçaz Mal Müdürlüğü tarafından düzenlenen yoklama fişini şirket personeli olarak imzalayan ...'ın beyanıyla da doğrulanmıştır.

... Tekstil Limited Şirketinin Güneşli Vergi Dairesi Müdürlüğüne merkez adres olarak bildirdiği "... " adresini, bildirimde bulunmadan ... adresine naklettiği, daha önce şube adresi olarak bildirmede olduğu ... adresinde yapılan olağan denetimlerde vergi dairesi tarafından 4.4.1997'de tespit edilmiştir. 20.11.1998'de yeni şirket merkezi olarak bildirilen ... adresinde yapılmak istenen yoklama sonucu sokağın 34'üncü numarada sona erdiği tespit edilmiştir. 2.12.1998'de yapılan başka bir yoklamada ... Tekstil Limited Şirketinin Kocasinan Vergi Dairesi Müdürlüğü yetki alanında kalan "... " adresine taşındığının tespiti üzerine şirket tarafından 11.12.1998'de Güneşli Vergi dairesine dilekçe verilerek mükellefiyet kaydının silinmesi istenmiştir. En son yapılan yoklamada; 80 m2 zemin asma kat olan işyerinin depo, büro ve şirketin merkezi olarak kullanıldığı, demirbaş olarak büro malzemelerinin bulunduğu, çalışanın bulunmadığı, şirket müdürü ... nezdinde tespit edilmiştir. Aynı adreste 5.8.1999'da yapılan yoklamada işyeri mülk sahibinin akrabası ...'ın ifadesine göre, işyerinin uzun zamandır kapalı olduğu ve firma ortaklarının iş yerine hiç gelmedikleri tespit edilmiştir. Bu tespit üzerine ... Limited Şirketi, Kocasinan Vergi Dairesine 26.5.1999 tarihinde verdiği dilekçe ile şirket merkezini 27.5.1999 tarihinden itibaren Kofçaz/Kırklareli'ne taşıdıklarını bildirmiştir. Oysa, ... Limited Şirketi Kofçaz'da çok daha önce faaliyete başlamış olduğu halde bu durumu merkez işyerinin bulunduğu Güneşli ve Kocasinan Vergi Dairelerine bildirmemiştir. Bu durumun varlığı Güneşli ve Kocasinan Vergi Daireleri tarh dosyalarında hiç bilgiye rastlanmaması ile Kofçaz Mal Müdürlüğünde bulunan tarh dosyasındaki 11.2.1998 tarihli işe başlama yoklamasındaki şirketin buradaki faaliyetine 1.9.1997'de başladığı tespiti ile sabittir. Bunun gibi Kofçaz Mal Müdürlüğünce yapılan 8.10.1998 tarihli yoklamada ... Tekstil Limited Şirketi merkez adresi olarak; 1994 yılında şirketin ilk kuruluşundaki merkez adresi olan ancak 1.1.1996'da ayrıldığını bildirdiği "... " adresini göstermiştir.

... Limited Şirketinin Kocasinan Vergi Dairesine 26.5.1999 tarihinde verdiği dilekçe ile şirket merkezini 27.5.1999 tarihinden itibaren Kofçaz/Kırklareli'ne taşıdıklarını bildirmesi üzerine Kocasinan Vergi Dairesi tarafından 28.5.1999 tarihli yazı ile ... Limited Şirketinin merkezini Kofçaz'a taşıdığı Kofçaz Mal Müdürlüğüne bildirilmiş, bu bildirim üzerine Kofçaz Mal Müdürlüğünün Kocasinan Vergi Dairesine gönderdiği 11.8.1999 tarihli yazıda, ... Limited Şirketinin şirket merkezini naklettiğine ilişkin bildirimde bulunmadığı, Mayıs, Haziran 1999

dönemi katma değer vergisi beyannamelerini müdürlüklerine vermesi gerektiği halde vermediği, Kocasinan vergi dairesine verilir vermediği sorulmuştur. Vergi tekniği raporuna göre ... Limited Şirketinin ilgili dönem beyannamelerini Kofçaz Mal Müdürlüğüne vermesi gerekirken Kocasinan Vergi Dairesi Müdürlüğüne verdiği anlaşılmaktadır. Yetkilisi tarafından yapılan bildirimde göre ... Limited Şirketi, 1.1.1996'da Güneşli Vergi Dairesi yetki alanında "... adresinde faaliyetine devam etmiştir. Güngören vergi dairesinden nakil nedeniyle 6.2.1996'da yapılan işe başlama yoklamasında iş yerinde, 1 adet vinç, 2 adet elektrikli soba, 1 adet overlok, 3 adet düz dikiş makinası, 2 adet büyük kapitone, 1 adet mekik sarma makinası, 2 faks, 1 telefon santrali, 4 masa, 2 koltuk bulunduğu ve 6 kişinin işçi görüldüğü tespit edilmiştir. Aynı iş yerinde şirketin faaliyet konusu, işçi sayısı ve stoklarının tespiti amacıyla yapılan 9.8.1996'da yapılan yoklamada iş yerinin üç aydır kapalı olduğu saptanmıştır. Vergi dairesinin 25.6.1997 tarihli yazısı üzerine ... Tekstil Limited Şirketi ibraz ettiği kira sözleşmesine dayanarak, 9.8.1996'da yapılan yoklamaya göre üç aydır kapalı olan ve bu sebeple kiralınması mümkün olmayan faal kapasiteli tekstil atölyesini 1.1.1996 tarihinden itibaren iki yılına ... Tekstil Anonim Şirketine kiraladığını ileri sürmüştür. Bunun üzerine Boğaziçi Kurumlar Vergi Dairesi mükellefi ... Tekstil Anonim Şirketi nezdinde yapılan karşıt inceleme sonucu düzenlenen tutanakta bu şirketin kanuni temsilcisi, yukarıdaki iddianın aksine başka bir kira sözleşmesi ibraz ederek ... Limited Şirketinden atölye kiralamadıklarını, yalnız üç aylık dönemde makina kiraladıklarını, 1997 yılında herhangi bir kira sözleşmesi yapılmadığını, kiralanan makinaların sayısı ve cinsi hakkında bilgisi bulunmadığını ifade etmiştir.

Katma Değer Vergisi Kanununa göre ihraç kaydıyla imalatçılar tarafından yapılan teslimler vergiden müstesnadır. Bu istisnadan yararlanabilmek için teslimi yapanın imalatçı olması ve belli özelliklere sahip araç parkına sahip bulunması gerekmektedir.

Davacının bağlı olduğu davalı Gazikent Vergi Dairesi Müdürlüğünün 9.6.1997 tarihli yazısında, ... Limited Şirketinin ihracat yaptığı, Haziran Temmuz 1996 dönemine ilişkin katma değer vergisi iade talebi bulunduğ, Yeminli Mali Müşaviri ...'un hazırladığı rapora göre ... Limited Şirketine mal teslim eden imalatçı firmanın ... Tekstil Ürünleri Anonim Şirketi olduğu, ... Tekstil Limited Şirketinin de imalatçı firmaya mal sattığının tespit edildiği, iade işlemlerine esas olmak üzere ... Limited Şirketinin faal olup olmadığı, sattığı emtianın imalatçısı ise yeterli kapasiteye sahip olup olmadığı, sahte veya muhteviyatı itibarıyla yanıltıcı belge kullanıp kullanmadığı yönünde herhangi bir tespit veya kuşku bulunup bulunmadığını sorması üzerine Güneşli Vergi Dairesince gönderilen 17.6.1997 tarihli cevabi yazıda; 9.8.1996 tarihli yoklamaya göre şirketin üç aydan beri kapalı olduğu, bunun üzerine 13.8.1996'da dairede tebliğ edilen defter ve belge isteme yazısına rağmen defter ve belgelerini ibraz etmediği, ancak üç aydan beri kapalı olduğu halde yüksek tutarda fatura düzenlemesi sebebiyle 17.6.1997 tarih ve 6586 sayılı yazıyla incelemeye sevk edildiği bildirilmiştir. ..., ... ve ... Limited Şirketlerinin birbirleriyle ticari ilişkileri bulunan şirketler olduğu ve ... ve ... Şirketlerinin her ikisinin de tekstil ürünü imalatçısı görüntüsü kazanabilmek amacıyla kira sözleşmeleri yaptıkları anlaşılmaktadır. Bursa Yıldırım Vergi Dairesi Müdürlüğünün 22.10.1997 tarihli yazısından da ... Limited Şirketinin, davacıya 14.7.1997 tarih 37905 nolu fatura ile 32 milyar lira tutarında pamuklu elbise ve gömlek sattığı, aynı emtianın bir gün sonra ... Limited Şirketi tarafından 15.7.1997 tarih ve 15797 nolu fatura ile daireleri mükellefi ... Tekstil Sanayi Ticaret Limited Şirketine sattığının tespit edildiği, Limited şirketi hakkında yapılacak işlemlere esas olmak üzere ... Limited Şirketi hakkında sahte ve muhteviyatı itibarıyla yanıltıcı belge düzenlediği veya kullandığına ilişkin rapor bulunup bulunmadığı hususunda bilgi istendiği, Maliye Bakanlığı Gelirler Kontrolörü ...'ın Güneşli Vergi Dairesi Müdürlüğüne gönderdiği 2.10.1998 tarihli yazıda; ... Elektrikli Isıtıcı Cihazları Sanayi Ticaret Anonim Şirketinin Mayıs-Haziran 1997 dönemi katma değer vergisi iade incelemesi sonucu 15.6.1998 tarihli vergi inceleme raporu düzenlendiği, ... Limited Şirketinin imalatçı olup olmadığına ilişkin karşıt inceleme yapıldığı, buna göre ...

Limited Şirketinin 1996 ve Ocak ila Mayıs 1997 dönemlerindeki alışlarının %90'ını Güneşli Vergi Dairesi mükellefi ... Anonim Şirketi ile Dış Ticaret Vergi Dairesi mükellefi ... Tekstil Limited Şirketinden yaptığı ancak bu şirketlerin ortaklarına ulaşamadığının ... Tekstil Limited Şirketi hakkındaki incelemede dikkate alınması istenmiştir.

... Elektrikli Isıtıcı Cihazları Sanayi Ticaret Anonim Şirketi hakkında düzenlenen 15.6.1998 tarihli inceleme raporunda ... Limited Şirketi hakkında; alışlarının çoğunu ... Anonim Şirketi ile ... Limited Şirketinden yaptığı, bu şirketlerden aldığı konfeksiyon ürünlerini aynen satış faturalarına aktardığı ve satışlarının çoğunu davacıya yaptığı, aynı dönemde davacının da başka işlemleri nedeniyle ... Limited Şirketine fatura düzenlediği, ... Limited Şirketinin, faturalarda yer alan emtianın imalatını yapacak ilk madde alışları bulunmadığı, nakliye vasıtasının olmadığı ve nakliye gideri de bulunmadığı tespit edilmiştir. Aynı raporda ... Limited Şirketinin emtia alışlarını yaptığı ... Tekstil Ürünleri Limited Şirketi hakkında; bu şirketten 11.2.1998'de bilinen adresinde yapılan tebligatla defter ve belgelerinin ibrazı istenmesine karşın ibraz edilmediği, yaklaşık bir ay sonra 19.3.1998'de defter ve belgelerin ibraz edildiği, aynı adrese işçi sayısı ve makina kapasitesinin tespiti amacıyla gidildiğinde adresin şirket tarafından terk edildiğinin tespit edildiği, şirket ortak ve kanuni temsilcilerinin bilinen adreslerinde bulunmadığı, yüksek matrahlı katma değer vergisi beyan etmesine karşılık ödenecek katma değer vergisi çıkmadığı, davacıya düzenlediği faturalardaki teslim ve hizmetlerin bu firma tarafından gerçekleştirilemeyeceği, ... Anonim Şirketine ise ulaşamadığı belirtilerek ... Limited Şirketine fatura düzenleyen ... Limited Şirketi ile ... Anonim Şirketinin sahte fatura düzenleyenler listesine alındığı tespit edilmiştir.

... Limited Şirketi, Kocasinan Vergi Dairesi Müdürlüğü yetki alanında faaliyetine başladığını vergi dairesine bildirmemiş bu nakil, yoklama sonucu tespit edilmiştir. Bu yoklamada, çalışanın olmadığı, işyerinde demirbaş olarak yalnız büro malzemesi bulunduğu tespit edilmiş olmasına karşın ... Limited Şirketinin Ocak ve Şubat 1999'da ayrı ayrı bir trilyon liranın üzerinde matrah beyan etmesi sebebiyle Defterdarlığa yazılan 12.5.1999 tarihli yazıda, sahte belge düzenleyebileceği gözetilerek, hesaplarının incelenmesinde fayda görüldüğü bildirildikten on dört gün sonra ... Limited Şirketi, Kocasinan Vergi Dairesine verdiği 26.5.1999 tarihli yazı ile faaliyet merkezini Kofçaz'a taşıyacağını bildirmiştir.

Davacı ... Limited Şirketi adına komisyon karşılığı fatura ticareti yapması sebebiyle salınan kurumlar vergisine karşı açılan davayı reddeden vergi mahkemesi kararına yöneltilen temyiz istemini reddeden Danıştay Üçüncü Dairesince ceza yönünden verilen bozma hükmüne uyularak verilen kararın konu edildiği ve henüz sonuçlanmamış olan bu istemi içeren ve istenerek incelenen bu dosyadaki belgelere göre davacı kurumun 20.2.1986 tarihinde mükellefiyet tesis ettirdiği, şirket müdürü ...'nın %90 hisseye, ...'in %10 hisseye sahip olduğu, ortaklık sözleşmesine göre halı, kilim, iplik, canlı hayvan, yerli mahsul ihracatı ile her türlü tekstil mamulleri alım satımı gibi çok çeşitli alanlarda faaliyet göstermek üzere kurulduğu, şirketin 10.12.1998 tarihinde Gazikent Vergi Dairesi Müdürlüğü yetki alanından Suburcu Vergi Dairesi Müdürlüğüne nakil olduğu, Suburcu Vergi Dairesi tarafından düzenlenen yoklamada işyerinin 40 m2 yazıhane olduğu, ambar, depo, ardiye, şube gibi başka iş yerlerinin bulunmadığı, bir işçi çalıştırdığı, işyeri kirasının 15 lira olduğu, emtia mevcudunun bulunmadığı, nakil vasıtası, gayrimenkulünün olmadığı, işyerinde 1 adet masa, 4 koltuk, telefon ve faks cihazı bulunduğu, aynı yerde her iki şirket ortağının da ortağı olduğu ... Oto İnşaat Sanayi Ticaret Limited Şirketinin de faaliyet göstereceğinin tespit edildiği, 1999 yılında yukarıda belirtilen durumu ile izah edilemeyecek şekilde hasılatına göre sermaye devir hızının 67'ye ulaştığı tespit edilmiştir. Bu tespitler ve Maliye müfettişi tarafından Adana Devlet Güvenlik Mahkemesine sunulan 25.9.2003 tarihli raporda, ... Limited Şirketinin %90 hissesine sahip ortağı ve müdürü ..., ... ve Yeminli Mali Müşavir ... tarafından kurulan ve merkezleri Gaziantep, Kayseri ve Mersin olup, Adana ve İstanbul'a dağılmış bulunan hayali ihracat organizasyonu marifetiyle 1997 ila 2000 yılları arasında

Devletten haksız yere 5,4 trilyon lira katma değer vergisi iadesi aldığı belirtilmiştir.

Davacıya fatura düzenleyen ... Limited Şirketinin adreslerini bildirimde bulunmadan değiştirdiği, yeni iş yerinin yoklamalar sonucu tespit edilmesi üzerine başka bir vergi dairesinin yetki alanına taşındığı, zaman zaman işçilerin ortak ya da müdür olarak gösterildiği, işyerleri uzun süre kapalı olduğu halde yüksek matrahlı katma değer vergisi beyan ettiği, ancak çoğu dönemde ödenecek katma değer vergisi çıkmadığı veya çok az çıktığı, imalatçı vasfı kazandırmak için muvazaalı sözleşmeler yaptığı, aynı emtiayı birbirlerine aynen aktararak, ... Limited Şirketi, ... Anonim Şirketi, ... Limited Şirketi ve ... Limited Şirketinin aralarındaki organizasyon dahilinde birbirlerine fatura düzenledikleri, düzenlenen faturalardaki emtia aynen birbirlerine aktarıldığı için bu şirketlerin imalatçı olup olmadığının araştırılmasının bir öneminin bulunmadığı açıktır. Bütün saptamalar değerlendirildiğinde, üzerinde gösterilen katma değer vergileri davacı tarafından indirim konusu yapılan faturaların, gerçekten bir emtia teslimini temsil etmek üzere düzenlenmediği anlaşılmaktadır.

Yukarıda değinilen tüm tespitler ve incelenen dosyalardaki belgeler karşısında vergi dairesi müdürlüğünün karar düzeltme isteminin, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 54 üncü maddesinin 1 inci fıkrasının (c) bendi uyarınca kabulü ile Danıştay Vergi Dava Daireleri Kurulunun 19.10.2007 günlü ve E:2007/147, K:2007/344 sayılı kararı kaldırıldıktan sonra davacının temyiz istemi yeniden incelendi.

Dayandığı hukuksal nedenler ve gerekçesi yukarıda açıklanan Gaziantep Vergi Mahkemesinin 21.6.2006 günlü ve E:2006/497, K:2006/569 sayılı ısrar kararı, aynı hukuksal nedenler ve gerekçe ile Kurulumuzca da uygun bulunmuş ve temyiz dilekçesinde ileri sürülen iddialar, kararın bozulmasını gerektirecek durumda görülmemiştir.

Bu nedenlerle, temyiz isteminin reddine, 6.3.2009 gününde oybirliği ile karar verildi.

MADEN İŞLERİ

T.C.
DANIŞTAY
Vergi Dava Daireleri
Kurulu
Esas No : 2007/685
Karar No: 2008/758

Özeti : 1- Maktu rüsum bedeli, ocağın işletme süresine göre değil, çıkarılacak malzeme miktarına göre belirlendiğinden, bu bedelin faaliyet gösterilmemesi nedeniyle tenkisinin istenemeyeceği de kararlaştırılan sözleşmeye karşın, vadesinde ödenmeyen rüsum bedelinin gecikme faiziyle birlikte tahsili için ödeme emri düzenlenmesinde hukuka aykırılık bulunmadığı,
2- Faaliyetin durdurulduğu sürede kum-çakıl alınamaması nedeniyle rüsumun haksız olduğu iddiasının idare aleyhine açılacak tazminat davasına konu yapılabileceği hakkında.

Temyiz Eden : ... Anonim Şirketi
Karşı Taraf : Antalya Valiliği İl Özel İdaresi
Vekili : Av. ...

İstemın Özetı : 25.4.2004-25.4.2006 tarihleri arasında geçerli olmak üzere sözleşmedeki para birimiyle 90.000.000.000 TL rüsum karşılığı, iki yıl süreyle kum-çakıl ocağı işletme ruhsatı verilen davacı şirketin ruhsatının 17.9.2004 tarihinde iptal edilmesi üzerine, 25.10.2004 ve 25.1.2005 olan vade tarihlerinde ödenmeyen ve düzenlendiği tarihteki 45.000 YTL rüsum bedeli ile gecikme faizinin tahsili amacıyla düzenlenen 14.7.2005 tarih ve 770 sayılı ödeme emri davaya konu yapılmıştır.

Davayı inceleyen Antalya Vergi Mahkemesi, 27.10.2005 gün ve E:2005/855, K:2005/1182 sayılı kararıyla; Taşocakları Nizamnamesi uyarınca rüsumun, taş-kum-çakıl ocağı işletme hakkı karşılığı alındığı, rüsum bedelinin belli bir işletme süresinden sonra idare ile ruhsat sahibi arasındaki mutabakatla maktu miktara bağlanabileceği, ruhsat verilmesine ilişkin karar ve sözleşme ile belirli rezerve sahip ocağı işletme hakkı davacıya verilirken, rezervin kullanılması bakımından bir sınırlama getirilmediği, iki yıllık ruhsat süresi sona ermeden de rezervin tamamını alma hakkı tanındığı, bu nedenle rüsumu belirleyen unsurun ruhsat süresi değil, ocağın kullanma hakkının tanınması olduğu, dolayısıyla ocağın işletme hakkının verilmesiyle idarenin rüsumun tamamına hak kazandığı, vadesinde ödenmeyen rüsum bedelinin gecikme faizi ile birlikte takip ve tahsili amacıyla düzenlenen ödeme emrinde hukuka aykırılık bulunmadığı, ayrıca Maden Kanununda daha önce ruhsata bağlanan ocakların rüsumu yönünden bir değişiklik getirilmediğinden ödeme emrinin bu açıdan da kusurlandırılmayacağı gerekçesiyle davayı reddetmiştir.

Davacının temyiz istemini reddeden ancak, karar düzeltme istemini kabul ederek, temyiz isteminin reddi yolundaki kararını kaldırdıktan sonra temyiz istemini yeniden inceleyen Danıştay Dokuzuncu Dairesi, 13.2.2007 günlü ve E:2006/5138, K:2007/345 sayılı kararıyla; davacı şirket tarafından işletilmekte olan kum-çakıl ocağına ilişkin ruhsatın, ocakta derinlik sınırının aşılması ve ruhsat dışı sahadan malzeme alınması nedeniyle İl Daimi Encümeninin 17.9.2004 günlü kararı ile iptal edildiği ve sözleşmeden doğan 25.10.2004 ve 25.1.2005 tarihlerine ait rüsum taksitlerinin vadesinde ödenmemesi üzerine dava konusu ödeme emrinin düzenlendiği, Taşocakları Nizamnamesinin 19'uncu maddesinde, ocaktan çıkarılacak maddelerden alınacağı belirtilen rüsum bedelinin, ocağın rezerv durumu, çıkarılan kum ve çakıl miktarı ve işletme süresi dikkate alınarak hesaplanmasının öngörüldüğü, işletmecinin kusuru nedeniyle dahi olsa ruhsatın iptal edilmesiyle ocaktan çıkarılması kararlaştırılan ürünün tamamı istihsal edilemeyeceğinden, ocak rezervinin tamamının kullanılacağı varsayımı ile önceden saptanan rüsum bedelinin tümünün istenmesinde hukuka uygunluk görülmediği gerekçesiyle vergi mahkemesi kararını bozmuştur.

Bozma kararına uymayan Antalya Vergi Mahkemesi, 12.7.2007 gün ve E:2007/1047, K:2007/1272 sayılı kararıyla, davanın reddi yönündeki ilk kararında ısrar etmiştir.

Davacı taşocağı işletme ruhsatının davalı idarece iptal edilmesi nedeniyle ocakta faaliyette bulunulmadığını, ruhsat süresi sonunda alınan malzemenin miktarının bilirkişi raporu ile tespit edildiğini, haksız rüsum istendiğini ileri sürerek kararın bozulmasını istemiştir.

Savunmanın Özetı : Savunma verilmemiştir.

Danıştay Tetkik Hâkimi Gönül SAYIN'ın Düşüncesi : Taşocakları Nizamnamesinin 19'uncu maddesi uyarınca idare ile ruhsat sahibi davacı arasında yapılan görüşme sonucu düzenlenen sözleşme ile azami rezerv miktarı kadar kum-çakılın alınmasına iki yıl süre ile izin verildiğinden azami rezerv miktarının tamamının çıkarıldığı yönünde idarece bir tespit olmadığı sürece maktu rüsumun iki yıllık kullanım karşılığı alındığının kabulü gerekmektedir.

Olayda 25.4.2004-25.4.2006 tarihleri arasında geçerli olmak üzere verilen kum-çakıl ocağı işletme ruhsatı 17.9.2004 tarihinde iptal edilerek 6.10.2004 tarihinden, iptal işlemine karşı idare mahkemesinde açılan davada verilen yürütmenin durdurulmasına ilişkin kararın tebliğ tarihi olan 28.3.2005 tarihine kadar davacının faaliyeti durdurulduğundan, davacı şirketin idarenin işlemi ve eylemi nedeniyle faaliyette bulunamadığı 5 ay 22 gün süreye

isabet eden rüsumun azami rezerv miktarının tamamının çıkarıldığı yönünde idarece bir tespit olmadığı takdirde terkinin gerekmektedir.

Bu nedenlerle vergi mahkemesince idare tarafından ruhsatlı alandan alınan kum-çakıl miktarının tespit edilip edilmediği araştırıldıktan sonra karar verilmesi gerektiği kanaati ile ısrar kararının bozulması gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı Buket ORAL'ın Düşüncesi : Danıştay Dokuzuncu Dairesinin bozma kararındaki gerekçede belirtilen nedenler doğrultusunda temyiz isteminin kabulü ile temyiz konusu Mahkeme ısrar kararının bozulmasının uygun olacağı düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

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

Vadesinde ödenmeyen 45.000 YTL rüsum bedeli ile gecikme faizinin tahsili amacıyla düzenlenen 14.7.2005 tarih ve 770 sayılı ödeme emrinin iptali istemiyle açılan davayı reddeden vergi mahkemesi ısrar kararı, davacı tarafından temyiz edilmiştir.

Taşocakları Nizamnamesinin 19'uncu maddesinde, ocaklardan çıkarılan maddelerden Nizamnamenin 18'inci maddesinde yazılı esaslara göre alınmakta olan rüsumun, en çok beş yılı geçmemek üzere maktu miktara bağlanabileceği, ancak, bu usulün uygulanabilmesi için, ocağın açılmasının başlangıcından itibaren işletildiği ilk yıl hesaplama süresi içinde olmamak şartıyla en az üç yıl süreyle işletilmesi ve yönetilmesiyle ocaktan çıkarılan mal miktarının belirlenmesi ve idare ile ruhsat sahibi arasında görüşme yapılarak karar verilmesi gerektiği hükme bağlanmıştır.

Davacı şirkete, Antalya İli, ... İlçe, ... ve ... sınırları içindeki ... Çayı mevkiinde bulunan 68.860 m2 alanın 16.367 m2'sinde İl Daimi Encümeninin 25.3.2004 gün ve 91 sayılı kararına dayanılarak 25.4.2004-25.4.2006 tarihleri arasında geçerli olmak üzere maktu rüsum karşılığı kum-çakıl ocağı işletme ruhsatı verildiği, Taşocakları Nizamnamesinin 19'uncu maddesi uyarınca idare ile ruhsat sahibi davacı arasında yapılan görüşme sonucu düzenlenen 16.4.2004 tarihli sözleşmede; rüsum bedelinin 1/4'ünün peşin, geri kalan kısmının ise üç eşit taksitle 25.7.2004, 25.10.2004, 25.1.2005 tarihlerinde ödenmesi kararlaştırılmış ve işletmecinin ocakta faaliyet göstermemesi nedeniyle veya ruhsat süresi içinde alınması gereken kum-çakılı süre sona ermeden alması halinde ruhsatın iptalinin istenemeyeceği, ödenecek ya da ödenmiş rüsum bedelinin terkinin ya da tenkisinin istenemeyeceği, idarece ocak ruhsat sahası dışından veya ruhsatlı alan içinden belirtilen derinlik sınırı aşılarak yahut rezerv miktarından daha fazla malzeme alındığının tespiti halinde ruhsat dışı faaliyetin durdurulacağı, işletmecinin sözleşmeye ve şartname hükümlerine aykırı hususları 15 gün içinde gidermemesi halinde de ruhsatın iptal edileceği aynı sözleşmede yer almıştır. Davacının ruhsat sahası dışından malzeme aldığı için, derinlik sınırını aştığının ve su ürünlerine zarar verdiğinin tespiti üzerine İl Daimi Encümeninin 17.9.2004 tarihli kararı ile ruhsatı iptal edilerek faaliyetinin 6.10.2004 tarihinden, ruhsatın iptaline karşı idare mahkemesinde açılan davada verilen yürütmenin durdurulmasına ilişkin kararın tebliğ tarihi olan 28.3.2005 tarihine kadar durdurulduğu, sözleşme uyarınca 25.10.2004 ve 25.1.2005 tarihlerinde ödenmesi gereken rüsum bedelinin ödenmemesi üzerine davacı adına bu bedelin gecikme faiziyle birlikte tahsili amacıyla dava konusu ödeme emrinin düzenlendiği saptanmaktadır.

Davalı idare ile ruhsat sahibi arasında Taşocakları Nizamnamesi uyarınca düzenlenen sözleşme ile maktu rüsum bedelinin ödeme zamanı belirlenerek, işletmecinin ocakta faaliyet göstermemesi sebebiyle bedelin tenkisini isteyemeyeceği kararlaştırıldığından ve davacının ruhsatının iptaline ilişkin İl Daimi Encümeni kararının idare mahkemesince iptal edildiği anlaşıldığından, tutarı işletme süresine göre değil, ocaktan çıkarılacak malzememiktara göre belirlenen ve vadesinde ödenmeyen rüsum bedelinin gecikme faizi ile birlikte tahsili için düzenlenen ödeme emrine karşı açılan davanın reddi yolundaki ısrar kararında hukuka aykırılık görülmemiştir.

Davacı tarafından, davalı idarece faaliyetinin durdurulduğu sürede kum-çakıl alınamaması nedeniyle rüsumun haksız olduğu ileri sürülmekte ise de idarenin kusuru nedeniyle zarara uğrayan ilgililerin idare aleyhine tazminat davası açmalarına bir engel bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle temyiz dilekçesinde ileri sürülen iddialar, Antalya Vergi Mahkemesinin, 12.7.2007 gün ve E:2007/1047, K:2007/1272 sayılı ısrar kararının bozulmasını gerektirecek nitelikte görülmediğinden temyiz isteminin reddine, 26.12.2008 gününde oyçokluğu ile karar verildi.

KARŞI OY

X- İsrar kararının Danıştay Dokuzuncu Dairesinin bozma kararında belirtilen hukuksal nedenler ve gerekçe doğrultusunda bozulması gerektiği oyu ile karara katılmıyoruz.

MOTORLU TAŞITLAR VERGİSİ

T.C.
DANIŞTAY
Vergi Dava Daireleri
Kurulu
Esas No : 2007/639
Karar No: 2008/753

Özeti : **1-** Resen yapılan düzeltmeye karşı dava açılmadığından tahakkuk eden vergi üzerinden vadesinde ödenmemesi nedeniyle gecikme zammı hesaplanması 6183 sayılı Yasaya dayandığından, 213 sayılı Yasanın düzeltme yolunun kapsamı dışında kalan gecikme zammına karşı şikayet yolu izlenmeden dava açılmayacağı yolundaki iddianın bozmayı gerektirir nitelikte görülmediği,
2- Vergi idaresinin hatasından kaynaklansa dahi tahakkuk ettiği halde vadesinde ödenmeyen kamu alacağı için gecikme zammı hesaplanmasının yasaya dayandığı ve kusursuzluk iddiasının gecikme zammı tatbikine karşı açılan bu davada hükme esas alınamayacağı hakkında.

Temyiz Eden : Yeğenbey Vergi Dairesi Müdürlüğü

Karşı Taraf : ... Limited Şirketi

Vekili : Av. ...

İstemin Özeti : Davacı şirkete ait ... plaka numaralı 1998 model 1810 kg ve 5200 cc. silindir hacimli arazi taşıtının motorlu taşıtlar vergilerinin eksik ödenmesi nedeniyle hesaplanan gecikme zammına karşı dava açılmıştır.

Davayı inceleyen Ankara 3.Vergi Mahkemesi, 2.7.2004 günlü ve E:2004/236, K:2004/670 sayılı kararıyla; 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanunun 51'inci maddesinin 1'inci fıkrasında; amme alacağının ödeme müddeti içinde ödenmeyen kısmına vadenin bitim tarihinden itibaren her ay için ayrı ayrı Kanunda tespit edilen oranda gecikme zammı tatbik olunacağını hükme bağlandığı, 1810 kg olduğu çekişmesiz olan taşıtın ağırlığının 1800 kg'ın altında değerlendirilerek verginin bu ağırlığa göre ödendiği, eksik

ödemenin vergi idaresi tarafından vergi miktarının eksik hesaplanmasından kaynaklandığı, bu suretle verginin eksik tahakkuk ettirilerek tahsil edilmesinden dolayı davacıya atfedilecek bir kusur bulunmadığından, eksik tahsil edilen vergi tutarı üzerinden gecikme zammı tahakkuk ettirilmesinde hukuka uygunluk görülmediği gerekçesiyle gecikme zammının kaldırılmasına karar vermiştir.

Vergi idaresinin temyiz istemini inceleyen Danıştay Yedinci Dairesi, 28.12.2006 günlü ve E:2004/3932, K:2006/4262 sayılı kararıyla; gecikme zammının, 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun kapsamında bulunması nedeniyle, 213 sayılı Vergi Usul Kanununda düzenlenen düzeltme ve şikayet yoluna konu olmaması karşısında, davalı tarafın başvurunun düzeltme başvurusu niteliği taşıdığı, başvurunun reddi üzerine Maliye Bakanlığına şikayet başvurusu yapılmadan dava açılmayacağı yolundaki iddiasının yerinde olmadığı, 6183 sayılı Kanunun 51'inci maddesindeki düzenlemeden söz ederek, vadesinde ödenmeyen kamu alacakları için maddede açıklanan biçimde gecikme zammı hesaplanmasının zorunlu olduğu, gecikme zammının, Anayasa Mahkemesinin 21.9.1988 günlü ve E:1988/7, K:1988/27 sayılı kararında, Vergi Usul Kanununun 112'nci maddesinde düzenlenen gecikme faizi için söylenildiği gibi, Devlete ait paranın mükellef tarafından kullanılması sonucu, enflasyonun üzerinde veya en az o oranda sağlanan yararın asıl sahibi olan Devlete geri verilmesi niteliğinde bulunduğu, yine aynı kararda belirtildiği üzere, bu şekilde kamu borçlusundan tahsil edilen faiz veya gecikme zammı, ceza niteliği taşımadığından; tahsilinin, borçlunun kusurlu iradesinin varlığı koşuluna da bağlı olmadığı, vergi mahkemesince davacının, ayrıca adli yargı yerinde açacağı sebepsiz zenginleşme davasının maddi dayanağını oluşturabilecek nitelikteki kusurunun bulunmadığı iddiasının, gecikme zammı tahakkukuna ilişkin idari işlemin iptali istemiyle açılan bu davada incelenerek karar verilmesinde hukuka uygunluk görülmediği gerekçesiyle kararı bozmuştur.

Bozma kararına uymayan Ankara 3.Vergi Mahkemesi, 29.6.2007 günlü ve E:2007/901, K:2007/1140 sayılı kararıyla; vergi dairesi tarafından vergi miktarının eksik hesaplanması ve bu durumun tahsilatı yapan bankalara da aynı şekilde bildirilmiş olması nedeniyle davacının, verginin eksik ödendiğinden haberdar olmasına olanak bulunmadığı, davacının yanıtıldığı ve eksik vergi ödemesine sebebiyet verildiği sabit olan bu işlemde dolaylı gecikme zammı istenmesinin hakkaniyet ilkelerine uygun düşmediği gerekçesiyle gecikme zammının kaldırılması yolundaki ilk kararında ısrar etmiştir.

Vergi dairesi müdürlüğü, vadesinde eksik ödendiği sabit olan davacı şirketin aktifinde kayıtlı motorlu araca ait motorlu taşıtlar vergisi için hesaplanan gecikme zammının, 6183 sayılı Kanunun 51'inci maddesi gereği olduğunu ileri sürerek ısrar kararının bozulmasını istemiştir.

Savunmanın Özeti : Savunma verilmemiştir.

Danıştay Tetkik Hâkimi Abdurrahman GENÇBAY'ın Düşüncesi : Temyiz isteminin kabulü ile ısrar kararının Danıştay Yedinci Dairesinin bozma kararındaki esaslar doğrultusunda bozulması gerektiği düşünülmüştür.

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

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

TÜRK MİLLETİ ADINA

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

Davacı şirketin aktifine kayıtlı motorlu taşıta ait motorlu taşıtlar vergisini eksik ödemesi nedeniyle tahakkuk ettirilen gecikme zammını kaldıran vergi mahkemesi ısrar kararı temyiz edilmiştir.

Davacının aktifine dahil olan ... plaka numaralı, 1998 model 5200 cc. silindir hacimli arazi taşıtının ağırlığı 1998 yılı araç kataloğunda 1810 kg olarak gösterilmiş iken, davalı idarenin sicil kayıtlarında sehven 1800 kg'ın altında değerlendirilmiş ve bu model, hacim ve ağırlığa göre tahakkuk ettirilen vergi vadesinde ödendikten sonra taşıtın ağırlık değerinde idare tarafından yapılan hatanın; tescil tarihinden geçerli olmak üzere 13.5.2003 tarihinde re'sen düzeltildiği ve eksik tahakkuk ve tahsil edilen tutarlar için gecikme zammı tahakkuk ettirildiğinde çekişme bulunmamaktadır. Davacı tarafından düzeltilen vergiye karşı bir ihtilaf yaratılmadığı da anlaşılmaktadır.

Davalı idare, davacı tarafından yapılan başvurunun düzeltme başvurusu niteliği taşıdığı, reddi üzerine Maliye Bakanlığı'na şikayet başvurusu yapılmadan dava açılmayacağını iddia etmekte ise de; Vergi Usul Kanununun 123'üncü maddesinde, mükelleflerin vergi muamelelerindeki hataları düzeltme istemine konu yapabilecekleri düzenlenmiştir. Vergi hatalarının düzeltilmesi ve reddiyat, Vergi Usul Kanununun Birinci Kitabı olan "Vergilendirme" adı altında ve bu Kitabın "Vergi Alacağının Kalkması" başlıklı Altıncı Kısımında yer almaktadır. Ödeme, zamanasımı ve terkine ilişkin düzenlemelerin de yer aldığı Altıncı Kısımın Üçüncü Bölüm hükümleri gibi "Vergilendirme" kitabında yer alan ve vergi muamelelerindeki hataların giderilmesini amaçlayan düzeltme, mükelleflerin başvurusu üzerine yapılabileceği gibi idarece re'sen düzeltme yapılması da olanaklıdır. Nitekim, 213 sayılı Kanunun 121'inci maddesinde; idarece tereddüt edilmeyen açık ve mutlak vergi hatalarının re'sen düzeltileceği, aleyhlerine düzeltme yapılan kimselerin, düzeltmeye karşı vergi mahkemesinde dava açma haklarının mahfuz olduğu düzenlemesine yer verilmiştir. Taraflar arasındaki ihtilaf, eksik ödendiği saptanan motorlu taşıtlar vergisinin ek tahakkukla idarece tamamlanması nedeniyle eksik ödenen tutar için gecikme zammı tahakkuk ettirilmesinden doğmuştur. Davacı, motorlu taşıtlar vergisinin noksan tahakkuk ettirilmesi nedeniyle bu tahakkukun re'sen düzeltilmesinde hukuka aykırılık bulunduğu değil, düzeltmeden doğan fark üzerinden gecikme zammı hesaplanmasının hukuka uygun düşmediği iddiasıyla dava açılmıştır. 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanunun 51 inci maddesinde, amme alacağının ödeme müddeti içinde ödenmeyen kısma vadenin bitim tarihinden itibaren her ay için ayrı ayrı gecikme zammı hesaplanması öngörülmüştür. Gecikme zammı, tahakkuk etmiş ve vadesi geçtiği halde ödenmemiş kamu alacakları üzerinden hesaplandığından, tahsilat aşamasında yapılan işlemlere konu oluşturmaktadır. Tahakkuk eden verginin Vergi Usul Kanununun 121'inci maddesi uyarınca re'sen düzeltilmesine karşı dava açılmaması halinde bu vergi dava süresinin bittiği tarihe tahakkuk edecektir. Gecikme zammının tatbik süresinin başlangıcı ise tahakkuk eden verginin ödeme süresinin bittiği tarihtir. Ödeme süresi biten vergi, aynı tarihte kamu alacağı niteliğini de kazanmakta ve 6183 sayılı Yasanın uygulama alanına girmektedir. Kamu alacaklarının tahsili amacıyla tahsil dairelerince 6183 sayılı Yasa uyarınca yapılan işlemler Vergi Usul Kanununun vergilendirmede yapılan hataların düzeltilmesine olanak tanıdığı düzeltme yolunun kapsamı dışında kalmaktadır. Bu nedenle, vergi idaresinin, şikayet başvurusu yapılmadan dava açılmayacağı yönündeki temyiz iddiası bozmayı gerektirecek durumda görülmemiştir.

Vergi idaresinin hatasından kaynaklanmış dahi olsa, dava konusu gecikme zammının üzerinden hesaplandığı ... plaka numaralı motorlu taşıta ait motorlu taşıtlar vergisinin, 1800 kg'ın altında bulunan ağırlık değerine göre eksik hesaplanıp, tahakkuk ettirildiği ve tahsil edildiği sabittir. Bu nedenle vadesinde eksik ödendiği anlaşılan verginin, noksan ödenen kısmı için gecikme zammı hesaplanması, 6183 sayılı Yasanın 51'inci maddesindeki düzenlemeden dolayı zorunludur.

Belirtilen nedenlerle davanın, gecikme zammının tatbik süresi de gözetilerek, hesaplanan gecikme zammı miktarının hukuka uygunluğu incelendikten sonra karara bağlanması gerekirken, motorlu taşıtlar vergisinin eksik tahakkuk ettirilmesinde davacıya izafe edilebilecek bir kusur bulunmaması gibi idarenin sorumluluğuna dayanılarak açılacak tazminat davasında ileri sürülebilecek kusursuzluk iddiasının, bu davada hükme esas alınması suretiyle verilen karar hukuka uygun düşmemiştir.

Açıklanan nedenlerle temyiz isteminin kabulüyle, Ankara 3.Vergi Mahkemesinin 29.6.2007 günlü ve E:2007/901, K:2007/1140 sayılı ısrar kararının bozulmasına, yeniden verilecek kararda karşılanacağından, yargılama giderleri hakkında hüküm kurulmasına gerek bulunmadığına, 26.12.2008 gününde oyçokluğuyla karar verildi.

KARŞI OY

X- Temyiz dilekçesinde ileri sürülen iddialar, temyiz istemine konu yapılan kararın dayandığı hukuksal nedenler ve gerekçe karşısında istemin kabulünü ve ısrar kararının bozulmasını gerektirecek nitelikte bulunmadığından, temyiz isteminin reddi gerektiği görüşüyle karara katılmıyoruz.

VERGİ USULÜ

T.C. DANIŞTAY Vergi Dava Daireleri Kurulu

Esas No : 2007/493

Karar No: 2008/754

Özeti : 1- İşlemlerinin bir kısmını el defterlerinde izleyerek hasılatını kayıt ve beyan dışı bırakan vergi yükümlüsünün, çekince belirtmeden imzaladığı inceleme tutanağındaki anlatımında; el defterlerinin iş yerinden alındığı, kayıtların iş görüşmesine ilişkin olduğu ve yazıların kendisi ya da işçilerince yazıldığını açıkladığı halde yargılama sırasında ileri sürdüğü tersine iddiaya hukuksal sonuç bağlanamayacağı, 2- Vergi incelemesi sırasında vergi incelemesine yetkili olanlarca düzenlenen tutanaklar, yoklama tutanağı niteliği taşımadığından, yükümlülerin bu tutanakları imzalamaktan kaçınmalarının yaptırımının, rızasına bakılmaksızın inceleme yapılan defter ve belgelerin alınması olduğu, bu tutanakların, Vergi Usul Kanununun 131'inci maddesine göre polis, jandarma, muhtar ve ihtiyar meclisi üyelerinden birine imzalatılması gerekmediği hakkında.

Temyiz Eden : ...

Vekili : Av. ...

Karşı Taraf : Banaz Vergi Dairesi Müdürlüğü

İstemin Özeti : Un ve kepek imalatı yapan davacının, 2002 yılında buğday ve buğday ürünleri alışlarının bir kısmı ile motorin alış ve satışları ve elma alışlarının tamamını

yasal defterler yerine el defterlerinde izleyerek hasılatının bir kısmını kayıt ve beyan dışı bırakması nedeniyle aylar itibarıyla tespit edilen beyan dışı bırakılmış hasılat farkının ilgili dönem katma değer vergisi matrahlarına dahil edilmesi suretiyle yeniden düzenlenen beyan tablosuna göre ödenecek verginin çıktığı Ekim, Kasım, Aralık 2002 dönemleri için adına re'sen salınan üç kat vergi ziyai cezalı katma değer vergisi dava konusu yapılmıştır.

Davayı inceleyen Manisa Vergi Mahkemesi, 21.3.2005 günlü ve E:2004/300, K:2005/139 sayılı kararıyla; davacı tarafından el defterlerinin usulsüz alındığı ileri sürülmüş ise de; söz konusu defterlerin işyerinden alındığı, defterlerin teslim alındığına ilişkin 7.10.2003 günlü tutanağın vergi dairesi müdür vekili, servis şefi ve yoklama memuru tarafından imzalandığı, bu tutanak yükümlü tarafından imzalanmamakla birlikte, aynı tarihte düzenlenen ve teslim alınan müstahsil makbuzu ile irsaliyeli faturaların mühürlendikten sonra yükümlüye teslim edildiğine dair tutanağın aynı yetkililer ve davacı tarafından da imzalandığı, yine ihtirazi kayıtsız imzalanan inceleme raporu eki tutanakta da, el defterlerinin işyerinden alındığı, bu defterlerdeki kayıtların iş görüşmesine ilişkin olduğu ve yazıların kendileri ya da iş yerindeki işçilerce yazılmış olabileceğinin yükümlü tarafından beyan edildiği anlaşıldığından, incelemenin usulüne uygun yapılmadığına ilişkin iddiaların tarhiyatı kusurlandırmayacağı, 213 sayılı Vergi Usul Kanununun 134'üncü maddesinde, vergi incelemesinden maksadın, ödenmesi gereken vergilerin doğruluğunu araştırmak, tespit etmek ve sağlamak olduğunun; 148'inci maddesinde, kamu idare ve müesseseleri, mükellefler ve mükelleflerle muamelede bulunan diğer gerçek ve tüzel kişilerin, Maliye Bakanlığının veya vergi incelemesi yapmaya yetkili olanların isteyecekleri bilgileri vermeye mecbur olduklarının; aynı Kanunun 3/B maddesinde de; vergilendirmede vergiyi doğuran olay ve bu olaya ilişkin muamelelerin gerçek mahiyetinin esas olduğu ve gerçek mahiyetin yemin hariç her türlü delille ispatlanabileceğinin ve bu olayla ilgisi tabii ve açık bulunmayan şahit ifadesinin ispatlama vasıtası olarak kullanılamayacağının hükmüne bağlanması karşısında, ihbar sonucu vergi dairesi müdür vekili, servis şefi ve yoklama memurunun işyerine giderek müstahsil makbuzu ve faturalarla birlikte 10 adet el defterinin alınmasından sonra davacıdan incelenmek üzere yasal defter ve belgelerinin istendiği, ibraz edilen belgelerle, el konulan el defterlerindeki özel kayıtların karşılaştırılarak incelenmesinden, davacının alım-satımını yaptığı buğday ve buğday ürünlerinin bir kısmının miktar ve tutarlarının yasal defterler yerine işyerinde tutulan el defterlerine kaydedilerek izlendiği, el defterlerinde kayıtlı bulunan satılan ya da değiştirilen un miktarı dikkate alınmaksızın, sadece buğday alışı ve un karşılığı satın alınan buğday miktarı ve mükellefin 1 ölçek buğdayın 31 kg geldiği yolundaki beyanı esas alınarak, ele geçirilen 10 adet el defterinde kayıtlı alış ve satış tutarlarının inceleme raporuna ekli tutanakta tablolar halinde gösterildiği, tutanağın ihtirazi kayıt konulmaksızın mükellef tarafından imzalandığı, kayıtlarda görülen alışlar düşülerek dönemler itibarıyla belgesiz alışlara ulaşıldığı, bu alışlara mükellefle birlikte tespit edilen ortalama fiyat uygulanarak maliyet bedelinin bulunduğu, yasal defter kayıtlarında yer alan verilerin göz önünde bulundurulması suretiyle imalata sevk edilen buğday miktarının tespit edildiği, Uşak Ticaret ve Sanayi Odası tarafından bildirilen imalata ilişkin veriler uygulanarak belge düzenlenmeden satılan un ve kepek miktarlarının ayrı ayrı saptandığı, davacının yapılan bu tespiti inceleme sırasında bir itirazının olmadığı, bu şekilde yapılan hesaplama ile 162.217.254.992 lira hasılatın beyan dışı bırakıldığı sonucuna ulaşmasına karşın, el defterindeki kayıtlara ve yine mükellefin beyanı ile Uşak Ticaret ve Sanayi Odasının verilerine göre beyan dışı bırakılan hasılat farkının 151.301.663.948 lira olduğu, mükellef lehine olması ve işletmenin fiili durumunu yansıtmaması nedeniyle el defterleri üzerinden saptanan hasılat farkının vergilendirmeye esas alındığı, öte yandan, el defterlerindeki bilgilere ve mükellefin beyanına göre davacının idarenin bilgisi dışında motorin ticareti yaptığı, buna ilişkin kayıtların tarih belirtilerek ve pompa totalizatör rakamları yazılarak yapıldığı, ayrıca bu satışa ilişkin olarak iki adet motorin alış faturasına da ulaşıldığı, ... Antalya Bölge Müdürlüğünce bildirilen veriler ve ele geçirilen iki adet motorin alış faturası dikkate alınarak, davacının 2002 yılında kayıt ve

beyan dışı bıraktığı 20.270.655.124 lira motorin satış hasılatına ulaşıldığı, ayrıca söz konusu el defterlerinden; 1800 kg elma satın alındığının belirlendiği, bu miktar elmanın mükellef tarafından tüketilemeyeceği ve ticari faaliyetinde kullanıldığı kabul edilerek ve elmanın 35.000 liraya alınıp 40.000 liraya satıldığı, bu satışlarda %2 fire olduğu yolundaki mükellef beyanı karşısında belgesiz elma satışından beyan dışı bırakılan hasılatın 70.560.000 lira olduğunun tespit edildiği, belirtilen tutarlarda un, kepek, motorin ve elma satış hasılatlarının yasal defterlere kaydedilmemesi nedeniyle aylar itibarıyla bulunan hasılat tutarları ile mükellefin beyanı dikkate alınıp, emtia çeşitlerine göre farklı katma değer vergisi oranları göz önünde bulundurulmak suretiyle dönemler itibarıyla tespit edilen matrah farkları üzerinden tarhiyat yapıldığı, davacı tarafından ilgili dönemlerde elde edilen ve el defterlerine kaydedilerek izlenen hasılatın beyan edilmediği sabit olduğundan, Mahkemelerinin 26.1.2005 günlü ara kararı ile getirilerek incelenen el defterlerinde yer alan bilgilerden hareketle, davacı kayıtları ve ifadeleri ile mesleki kuruluşlarca sunulan verilere göre mükellef lehine olan hususlar da gözetilerek saptanan matrah farkı üzerinden yapılan tarhiyatta hukuka aykırılık görülmediği, davacının ihtilaflı dönemde elde ettiği gerçek hasılatını beyan etmeyerek gizlediği, yasal defterlerine kaydetmesi gereken hesap ve işlemleri vergi matrahının azaltılması sonucunu doğuracak şekilde özel el defterine kaydettiği anlaşıldığından, vergi ziyanına sebebiyet veren bu fiil nedeniyle kesilen vergi ziyayı cezasının hukuka aykırı düşmediği gerekçesiyle davanın reddine karar vermiştir.

Davacının temyiz istemini inceleyen Danıştay Dokuzuncu Dairesi, 13.2.2007 günlü ve E:2005/2169, K:2007/364 sayılı kararıyla; 213 sayılı Vergi Usul Kanununun 127'nci maddesinde; yoklamadan maksadın mükellefleri ve mükellefiyetle ilgili maddi olayları, kayıtları ve mevzuları araştırmak ve tespit etmek olduğu, aynı maddenin (c) bendinde ise; yoklamaya yetkili memurların, vergi kanunlarının uygulanması ile ilgili olarak, günü gününe kayıt yapılması zorunlu defterlerin iş yerlerinde bulundurulup bulundurulmadığını, tasdikli olup olmadığını, usulüne göre kayıt yapıp yapılmadığını, vergi kanunları uyarınca düzenlenmesi gereken belgelerin usulüne göre düzenlenip düzenlenmediği ve kullanılıp kullanılmadığını, faturasız mal bulunup bulunmadığını tespit etmek ve kanuni defter ve belgeler dışında kalan ve vergi kaybının bulunduğu emare teşkil eden defter, belge ve delillerin tespit edilmesi halinde bunları almak yetkisini haiz oldukları hükmüne yer verildiği, aynı maddede, bu yetkilerin ne şekilde ve hangi hallerde kullanılacağını belirlemeye, yoklamaya yetkili olanların bu husustaki görev ve yetkilerini sınırlamaya, Maliye Bakanlığının yetkili olduğunun belirtildiği, Maliye Bakanlığının bu yetkiye istinaden yayımladığı 168 sayılı Vergi Usul Kanunu Genel Tebliğinin yoklama ile ilgili olarak dikkat edilecek hususları düzenleyen bölümünün 4 numaralı bendinde; sahte ve muhteviyatı itibarıyla yanıltıcı belge kullanıldığının veya kanuni defter ve belgeler dışında kalan ve vergi kaybının bulunduğu emare teşkil eden defter ve belgeler ile çift defter, vergi dışı kalan işlemlerin kayıt edildiği; el defteri, Vergi Usul Kanunu Uyarınca Vergi Mükellefleri Tarafından Kullanılan Belgelerin Basım ve Dağıtım Hakkında Yönetmelik hükümlerine aykırı belgeler ve benzeri diğer delillerin tespiti halinde, bunların alınacağı, defter ve belgelerin alındığını belirtir en az 4 örnek teferruatlı tutanak tanzim edilmesi yanında, alınan defter ve belgelerin uygun bir yerine ilgililerin imzalarının alınması yoluna gidileceğinin belirtildiği, aynı Yasanın "Yoklama Fişi" başlıklı 131'inci maddesinde; yoklama neticelerinin tutanak mahiyetinde olan "yoklama fişine" geçirileceği, bu fişlerin yoklama yerinde iki nüsha tanzim olunarak tarihleneceği, bulunursa nezdinde yoklama yapılana veya yetkili adamına imza ettirileceği; bunlar bulunmaz veya imzadan çekinirse keyfiyetin fişe yazılarak ve yoklama fişinin polis, jandarma, muhtar ve ihtiyar meclisi üyelerinden birine imza ettirileceğinin hüküm altına alındığı, un imalatı yapan davacının işyerinde yapılan yoklama sonucu faaliyetiyle ilgili el defterleri ile yasal defter, belge ve beyanları karşılaştırılmak suretiyle bulunan matrah farkı üzerinden tarhiyat yapıldığı, davacı tarafından, kendisinin fabrikanın yanında bulunan idare bürosunda olmadığı sırada yoklama memurları tarafından bürodaki çekmece ve dolapları karıştırılmak

suretiyle, defterlerinin alındığı, kendisinin yoklama memurlarını giderken gördüğü, yoklama memuru olduğunu söyleyen kişilerin kimlik ibraz etmedikleri, yaklaşık bir hafta sonra kendisinin davalı vergi dairesi müdürlüğüne çağrıldığı, gittiğinde bir tutanak gösterilerek imzalamasının istendiği, ancak imzalamadığının iddia edildiği, yukarıda anılan Kanun ve Tebliğ hükümleri birlikte değerlendirildiğinde yoklama sırasında kanuni defter ve belgeler dışında kalan ve vergi kaybının bulunduğu emare teşkil eden defter, belge ve delillerin tespit edilmesi halinde bunların nasıl alınacağını belirli kurallara bağlandığı, davalı idare tarafından, ihtilaf konusu matrah farkına esas teşkil eden el defterlerinin, davacının iş yerinde usulüne uygun olarak ele geçirildiği iddia edilmekte ise de, idarece yoklama fişi mahiyetinde hazırlanan tutanağın davacının imzadan imtina etmesi üzerine Vergi Usul Kanununun 131'inci maddesi kapsamında polis, jandarma, muhtar ve ihtiyar meclisi üyelerinden birine imzalatılmadığı, bu durumda davacının el defterlerinin Yasa ve Tebliğ hükümlerinin öngördüğü usul çerçevesinde ele geçirildiği hususunda idare tarafından bir kanıt ileri sürülemediğinin görüldüğü, T.C.Anayasasının 38'inci maddesinde yer alan, kanuna aykırı olarak elde edilmiş bulguların delil olarak kabul edilemeyeceği yolundaki hüküm karşısında, el defterleri esas alınarak yapılan tarhiyata karşı açılan davanın reddinde hukuka uygunluk bulunmadığı gerekçesiyle kararı bozmuştur.

Bozma kararına uymayan Manisa Vergi Mahkemesi, 23.7.2007 günlü ve E:2007/331, K:2007/296 sayılı kararıyla; davacı tarafından, işletmeye ait büroda kimsenin bulunmadığı sırada yetkili olup olmadığı belirsiz kişilerce el defterlerinin kanuna aykırı olarak alındığı, bu defterlerin kendilerine ait olup olmadığının bilinmediği ileri sürülmüş ise de, dosyadaki belgelerden, söz konusu defterlerin işyerinden alındığı, bu defterlerin teslim alındığına ilişkin 7.10.2003 tarihli tutanak vergi dairesi müdür vekili, servis şefi ve yoklama memurunun imzasını taşımakla ve davacı tarafından imzalanmamakla birlikte, aynı tarihte düzenlenen ve teslim alınan müstahsil makbuzu ile irsaliyeli faturanın mühürlendikten sonra yükümlüye teslim edildiğine dair tutanağın hem aynı yetkililer ve hem de davacı tarafından imzalandığı, yine ihtirazi kayıtsız imzalanın inceleme raporuna ekli tutanakta da, el defterlerinin işyerinden alındığı, defter kayıtlarının iş görüşmesine ilişkin olduğu, defterlere yazılan yazıların kendileri tarafından ya da işçilerce yazılmış olabileceği gibi hususların yükümlü tarafından beyan ve kabul edildiği, ayrıca söz konusu el defterlerinden ayrı ayrı çıkarılan ve ayrıntılı bilgiler içeren tutanak maddelerinin de ihtirazi kayıt konulmadan imzalandığı, dolayısıyla bu defterlerin davacıya ait olduğu ve içerdiği kayıtların mahiyetinin saptanması için düzenlenen tutanağın Vergi Usul Kanununun 131'inci maddesinde belirtilen kişilerce de imzalanmamasının tarhiyatı kusurlandırarak nitelikte görülmediği, el defterlerinin yasaya aykırı elde edildiği yönünde bir kanıt bulunmadığı, nitekim aynı şahıs tarafından Mahkemelerinde açılan aynı inceleme ile ilgili diğer davalarda verilen kararları itirazen inceleyen Manisa Bölge İdare Mahkemesince, temyizen inceleyen Danıştay Üçüncü Dairesince verilen kararlarda bu hususun bir eksiklik olarak görülmediği, öte yandan, kesilen vergi ziyai cezasının dayanağı olan 213 sayılı Vergi Usul Kanununun 344'üncü maddesinin 2'nci fıkrasının, cezanın hesaplanmasına ilişkin düzenlemesinin Anayasa Mahkemesince iptal edildiği, bu nedenle cezanın, verginin üç katını aşan kısmında hukuka uygunluk görülmediği gerekçesiyle, davanın katma değer vergisi ve cezanın, bu verginin üç katı tutarındaki kısmı yönünden reddi yolundaki ilk kararında ısrar etmiş, ceza fazlasının kaldırılmasına karar vermiştir.

Davacı, inceleme raporundaki tespitlerin dayanağı on adet el defterinin ele geçirilmesi ve alınmasının hukuka uygun bir şekilde yapılmadığı, bu nedenle kanunsuz delil olarak nitelendirilmesi gereken bu defterlerdeki bilgilere göre yapılan tespitlerin yasal olmadığını ileri sürerek ısrar kararının bozulmasını istemiştir.

Savunmanın Özeti : İstem reddi gerektiği savunulmuştur.

Danıştay Tetkik Hâkimi Abdurrahman GENÇBAY'ın Düşüncesi : Temyiz isteminin, ısrar hükmü yönünden reddi ile işin esası yönünden temyiz incelemesi yapılmak üzere dosyanın Danıştay Dokuzuncu Dairesine gönderilmesi gerektiği düşünülmüştür.

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

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

TÜRK MİLLETİ ADINA

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

Davacının, 2002 yılında bir kısım emtia alış ve satışlarını yasal defterler yerine el defterlerinde izleyerek hasılatının bir kısmını kayıt ve beyan dışı bırakması nedeniyle aylar itibarıyla tespit edilen beyan dışı bırakılmış hasılat farklarının ilgili dönem katma değer vergisi matrahlarına dahil edilmesi suretiyle Ekim, Kasım, Aralık 2002 dönemleri için adına re'sen salınan cezalı katma değer vergisine karşı açılan davada, işin esasını inceleyerek davanın, katma değer vergisi ve vergi ziyai cezasının, verginin üç katı tutarındaki kısmı yönünden davanın reddine, ceza fazlasının kaldırılmasına ilişkin ısrar kararı, davacı tarafından temyiz edilmiştir. Aynı doğrultudaki ilk kararına karşı tarafların temyiz istemlerini inceleyen Danıştay Dokuzuncu Dairesinin ise vergi mahkemesi kararını, davalı idare tarafından, ihtilaf konusu matrah farkının tespit edildiği el defterlerinin alınması sırasında yoklama fişi mahiyetinde hazırlanan tutanağın, davacının imzadan imtina etmesi üzerine Vergi Usul Kanununun 131'inci maddesi kapsamında polis, jandarma, muhtar ve ihtiyar meclisi üyelerinden birine imzalatılmadığı, el defterlerinin Yasa ve 168 sayılı Vergi Usul Kanunu Genel Tebliği hükümlerinin öngördüğü usul çerçevesinde ele geçirildiği hususunda idare tarafından bir kanıt gösterilmediği, T.C.Anayasasının 38'inci maddesinde yer alan, kanuna aykırı olarak elde edilmiş bulguların delil olarak kabul edilemeyeceği yolundaki hüküm ve davacının iddiaları karşısında, Kanuna aykırı olarak elde edilmiş olan el defterleri esas alınarak yapılan tarhiyatta hukuka uygunluk bulunmadığı gerekçesiyle bozduğu, ısrar hükmünün bu hususa ilişkin olduğu anlaşılmaktadır.

Bir örneği dosyada bulunan ve Uşak Valiliğine verilen 9.9.2003 tarihli ihbar dilekçesinde davacının, ... İlçesi, ... yolu üzerindeki iş yerinde yürüttüğü faaliyeti sırasında fatura düzenlemeksizin işlem yaptığına ilişkin ihbar üzerine davacı hakkında vergi incelemesi başlatıldığı ve bu amaçla iş yerine, vergi dairesi müdür vekilinin, vergi dairesi servis şefi ve yoklama memuruyla birlikte gittiği saptanmaktadır. Her ne kadar davacı; 7.10.2003 tarihinde idare binasında bulunmadığı sırada yukarıda görev unvanları belirtilen yetkililerin, kimlik ibraz etmeksizin ve bilgisi dışında bürosundaki çekmece ve dolapları karıştırarak el defterlerini aldıklarını giderken gördüğünü ve bir hafta sonra daireye çağırdığında kendisinden imzalaması istenen tutanağı imzalamadığını iddia etmekteyse de, iş yerine gidildiği ve defterlerin alındığı tarih olan 7.10.2003 tarihinde ve iş yerinde düzenlenmiş olan, teslim alınan müstahsil makbuzu ve irsaliyeli faturanın mühürlendikten sonra davacıya teslim edildiğini saptayan tutanağın hem iş yerine giden yetkililer ve hem de davacı tarafından imzalanmış olması ve olayın davacının iddia ettiği şekilde gelişmesi halinde bu durumun herhangi bir mercie şikayet yoluyla bildirilmemiş olması karşısında davacının defterlerin alınışının hukuka aykırılığı yönündeki soyut iddiasının kabulüne olanak bulunmamaktadır. Davacı ele geçirilen el defterinin kime ait olduğunu bilmediğini, bu yüzden kanıt kabul edilemeyeceğini de ileri sürmekte ise de vergi inceleme raporuna ek tutanakta yer alan; el defterlerinin iş yerinden alındığı, defter kayıtlarının iş görüşmelerine ilişkin olduğu, defterdeki

yazıların kendisi ya da işçilerine yazılmış olabileceği yönündeki anlatımını ve el defterlerinden ayrı ayrı çıkarılan ayrıntılı tespitlere ait maddelerin kapsamıyla ilgili saptamaları hiçbir çekince konulmaksızın imzalanması karşısında, yargılama sırasında ileri sürülen tersine iddiaya hukuksal sonuç bağlanamayacağı yönündeki yargıda isabetsizlik görülmemiştir.

Diğer yönden, inceleme sırasında vergi incelemesi yapmaya yetkili olanlarca düzenlenen tutanaklar, Vergi Usul Kanununun 127'nci maddesinde, mükellefleri ve mükellefiyetle ilgili mevzu ve kayıtları araştırmak ve tespit etmek amacıyla düzenlenen yoklama tutanaklarından değildir. Bu nedenle, inceleme sırasında düzenlenen tutanağın, nezdinde inceleme yapılan tarafından imzalanmasından kaçınılması halinde, aynı Yasanın 131'inci maddesine göre polis, jandarma, muhtar veya ihtiyar meclisi üyelerinden birine imzalatılması gerekmemektedir. İnceleme tutanaklarını imzalamaktan kaçınmanın yaptırımı, inceleme yapılanın defter ve belgelerinin, rızasına bakılmaksızın alınması ve tutanak imzalandığı takdirde yahut vergilendirmenin kesinleşmesinden sonra mükellefe iade edilmesidir.

Tüm bu nedenlerle ihbar üzerine davacı hakkında başlatılan incelemenin usulüne uygun yürütüldüğü ve bu inceleme sırasında davacının iş yerinden alındığı, ticari faaliyetine ilişkin olduğu anlaşılan el defterlerinin vergilendirmeye kanıt kabul edilmesinin yasaya uygun olduğu yönündeki ısrar hükmünde hukuka aykırılık görülmemiştir.

Bozma kararının, inceleme raporunun dayanağını oluşturan el defterlerinin kanıt kabul edilemeyeceği yönünde olması nedeniyle vergi mahkemesi kararının vergilendirmenin esasına ilişkin hüküm fıkrası üzerinde yapılmış bir temyiz incelemesi bulunmamaktadır. Bu yüzden, temyiz istemine konu yapılan kararın, davanın katma değer vergisi yönünden reddine, cezanın azaltılmasına ilişkin hüküm fıkrasının hukuka uygunluğu konusundaki temyiz incelemesinin, ilk derecede verilen kararları temyizden incelemekle görevli dava dairesince yapılması gerekmektedir.

Açıklanan nedenlerle ısrar hükmü yönünden temyiz isteminin reddine, Manisa Vergi Mahkemesinin, 23.7.2007 günlü ve E:2007/331, K:2007/296 sayılı kararının, davacı adına yapılan vergilendirmenin değiştirilmesine ilişkin hüküm fıkrası üzerindeki temyiz incelemesi sonuçlandırılmak üzere dosyanın, görevli Danıştay Dokuzuncu Dairesine gönderilmesine, 26.12.2008 tarihinde oyçokluğu ile karar verildi.

KARŞI OY

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

T.C.
DANIŞTAY
Vergi Dava Daireleri
Kurulu

Esas No : 2007/700

Karar No: 2008/763

Özeti : 1- Vergiden müstesna tutulduktan sonra alıcı nezdinde düzenlenen yoklama tutanağıyla vergiden müstesna tutulamayacağı saptanan özel otomobil iktisabı nedeniyle düzeltme yapılarak adına özel tüketim vergisi salınan davacının, tarhiyata karşı değil; istisna koşullarının bulunduğu iddiasıyla vergi idaresine yaptığı başvuru üzerine açılan davanın

konusunun, vergilendirme değil, başvuru hakkında kurulan işlem olabileceği,

2- Düzeltme başvurusunun reddi yolundaki işlemin, 2577 sayılı Yasanın 11'inci maddesine göre değil, Vergi Usul Kanununun 116-126'ncı maddelerinde özel olarak düzenlenen kurallar uyarınca kurulmuş bir işlem olması nedeniyle davanın, belirtilen düzenlemelere göre incelenmesi gerektiği hakkında.

Temyiz Eden : Muratpaşa Vergi Dairesi Müdürlüğü

Karşı Taraf : ... Otomotiv Ticaret ve Sanayi Limited Şirketi

İstemin Özeti : Motorlu araç ticareti yapan davacı tarafından, tadilat yaptırılmak suretiyle özel tertibatlı hale getirilen ve özel tüketim vergisi istisnasından yararlanılarak 19.9.2002 tarihinde satılan otomatik vitesli taşıta, özel tertibat yapılmadığının alıcı nezdinde düzenlenen yoklama fişiyle tespit edilmesi üzerine davacı adına salınan vergi ziyai cezalı özel tüketim vergisi davaya konu yapılmıştır.

Davayı, tarhiyatın kaldırılması istemiyle yapılan düzeltme isteminin reddi yolundaki işleme karşı açılmış bir dava olarak inceleyen Antalya Vergi Mahkemesi, 11.12.2003 günlü ve E:2003/334, K:2003/1821 sayılı kararıyla; davacı tarafından, özel tüketim vergisi istisnasından yararlanmak için gerekli olan, alıcının sakatlığına dair tam teşekküllü devlet hastanesinden alınan sağlık kurulu raporunun, aracın sakatlığa uygun olarak tadil edildiğine ilişkin teknik belgenin ve alıcının (H) sınıfı sürücü belgesinin özel tüketim vergisi beyannamesine eklenmesine karşın, vergi idaresi tarafından taşıt inceletilmeden ve beyanname ekinde yer alan belgelerin gerçeği yansıtmadığı yönünde herhangi bir tespit yapılmaksızın, sadece alıcının ifadesine göre düzenlenen yoklama fişine dayanılarak yapılan tarhiyatta hukuka uygunluk bulunmadığı gerekçesiyle düzeltme başvurusunun reddine ilişkin işlemin iptaline karar vermiştir.

Vergi idaresinin temyiz istemini inceleyen Danıştay Yedinci Dairesi ise tarhiyata karşı yapılan düzeltme başvurusunun reddinden sonra davanın tarhiyata karşı açıldığını belirterek verdiği 8.11.2006 günlü ve E:2004/1295, K:2006/3264 sayılı kararıyla; mahkeme tarafından davaya, cezalı tarhiyata ait ihbarnamenin tebliğini müteakip, 2577 sayılı Yasanın 11'inci maddesi kapsamında, vergi ve cezanın düzeltilmesi istemiyle yapılan başvuru üzerine tesis edilen olumsuz işlemin konu yapıldığı kabul edilmiş ise de vergi mahkemesinde dava konusu yapılabilecek işlemin bu ret cevabı değil, ihbarname ile tebliğ edilen düzeltme istemine konu tarh ve ceza kesme işlemi olduğu, olay tarihinde yürürlükte bulunan 4760 sayılı Özel Tüketim Vergisi Kanununun 7'nci maddesinin 2'nci fıkrasında, aynı Kanuna ekli (II) sayılı listedeki kayıt ve tescile tabi mallardan sakatların kullanabilmesi için sakatlığa uygun hareket ettirici özel tertibatı bulunan araçların malûl ve sakatlar tarafından beş yılda bir defaya mahsus olarak bizzat kullanılmak üzere ilk iktisabının özel tüketim vergisinden müstesna olduğunun hükme bağlandığı, bu hükümde öngörülen istisnadan yararlanılabilmesi için aracın, münhasıran satın alan kişinin sakatlığına uygun hareket ettirici özel tertibatla donatılması gerektiği, uyumsuzluğun çözümünün araçta yapılan tadilatın bu kapsamda değerlendirilip değerlendirilemeyeceği hususuna bağlı olduğu, sol kol ve eli ile sol ayağında sakatlık bulunan müşterisine davacı tarafından satılan araçta, ... İnşaat Taahhüt Turizm Mühendislik Ticaret Limited Şirketi tarafından hazırlanan 18.9.2002 tarihli rapora göre yapılması istenen tadilatların belirtildiği, bu rapora göre, aracın otomatik şanzımana sahip olması nedeniyle direksiyon eğrisi üzerine yerleştirilen aparat vasıtası ile kullanılabileceği ve aracın sol elle kullanılan sinyal mekanizmasının da sağ tarafa alınmasının istenmesine karşın, alıcı tarafından araca sinyal aparatı takılmadığının beyan edildiği, mahkemece, araçta yapılan bu tadilatın yukarıda yer verilen madde kapsamında aracı satın alan kişinin sakatlığına uygun hareket ettirici özel tertibat olarak kabul edilip edilemeyeceği, yapılmayan tadilatın da, aracın

trafikte kullanılabilmesi için gerekip gerekmediği hususlarının değerlendirilmesi suretiyle ulaşılabilecek sonuca göre karar verilmesi gerekirken, dava konusu işlemin hatalı nitelendirilmesi ve belirtilen inceleme yapılmaksızın verilen kararda hukuka uygunluk bulunmadığı gerekçesiyle yeniden karar verilmek üzere kararın bozulmasına karar vermiş ve yeniden verilecek kararda Anayasa Mahkemesinin vergi ziyai cezası hakkında verdiği iptal kararının gözetilmesini hükme bağlamıştır.

Bozma kararına uymayan Antalya Vergi Mahkemesi, 16.5.2007 günlü ve E:2007/711, K:2007/880 sayılı kararıyla; araçta tadilatı yapan şirket tarafından verilen 18.9.2002 tarihli raporda açıkça özel tertibat monte edildiği ve aracın sadece özürü kişi tarafından kullanılabileceği belirtilmiş ve yine aynı raporda araçta bazı değişiklikler önerilmişse de, yapıldığı bildirilen asıl tadilatın aracı satın alan kişinin sakatlığına uygun hareket ettirici özel tertibat olarak kabul edilip edilemeyeceğinin davalı idare tarafından ortaya konulması gerekirken, sadece alıcı beyanına dayanılarak, araç üzerinde hiç bir inceleme yapılmadan ve özel tüketim vergisi beyannamesine eklenen belgelerin gerçeğe uygunluğu araştırılmadan yapılan tarhiyatta hukuka uygunluk bulunmadığı gerekçesiyle tarhiyatın kaldırılması istemiyle yapılan düzeltme başvurusunun reddine ilişkin işlemin iptali yolundaki ilk kararında ısrar etmiştir.

İsrar kararını temyiz eden vergi idaresi, alıcı nezdinde düzenlenen yoklama fişine göre araç üzerinde davacının sakatlığına uygun özel hareket ettirici tertibat takılmadığının tespit edildiğini, dolayısıyla davacının özel tüketim vergisi istisnasından yararlanamayacağını ileri sürerek kararın bozulmasını istemiştir.

Savunmanın Özeti : İstem reddi gerektiği savunulmuştur.

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

Danıştay Savcısı Emel CENGİZ'in Düşüncesi : Motorlu araç ticareti yapan limited şirket tarafından özel tertibatlı hale getirildiğinden söz edilerek özel tüketim vergisi ödenmeksizin satılan aracın, esasen özel tüketim vergisine tabi bulunduğu bahisle tarh edilen özel tüketim vergisi ile kesilen vergi ziyai cezasının düzeltilmesi istemiyle dava açma süresi içerisinde yapılan başvurunun reddine ilişkin işlemin iptali istemiyle açılan davayı kabul eden vergi mahkemesi kararını bozan Danıştay Yedinci Daire Kararına direnen vergi mahkemesi kararı temyiz edilmektedir.

İdare ve vergi mahkemelerince verilen kararların temyizen incelenerek bozulabilmesi için, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 49 uncu maddesinin birinci fıkrasında belirtilen nedenlerin bulunması gerekmektedir.

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

TÜRK MİLLETİ ADINA

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

Davacı şirket tarafından satılan taşıta özel tertibat yapılmadığı halde özel tüketim vergisi istisnasından yararlandırılması nedeniyle salınan vergi ziyai cezalı özel tüketim vergisinin düzeltilmesi isteminin reddine ilişkin işlemin iptali yolundaki vergi mahkemesi ısrar kararı temyiz edilmiştir.

Temyiz istemine konu yapılan ısrar kararı, iki ayrı ısrar hükmü içermektedir. İsrar kararını veren mahkemenin ilk kararı; davanın düzeltme isteminin reddi yolundaki işleme karşı açıldığı kabul edilerek incelenmesi ve araçta yapılan tadilatın, yasada aranan özel tertibat olarak kabul edilip edilemeyeceği, yapılmayan tadilatın gerekli olup olmadığı

değerlendirilmeden karar verilmesi hukuka aykırı görülerek bozulmuş, mahkeme tarafından her iki hüküm fıkrasında da ısrar edilmiştir.

Özel Tüketim Vergisi Kanununun, motorlu araç ticareti yapanları bu verginin mükellefi olduğunu düzenleyen 4'üncü maddesinin (1/b) bendi ve bu taşıtlardan, münhasıran, sakatlığına uygun hareket ettirici özel tertibatı bulunanların malûl ve sakatlar tarafından bizzat kullanılmak üzere ilk iktisabını bu vergiden müstesna tutan 7'nci maddesinin 2'nci fıkrası uyarınca satışı vergiden müstesna tutulan binek otomobile, istisnadan yararlanmanın koşulu olan tadilat yapılmadığının, alıcının ifadesine dayanılarak yoklama ile anlaşılması nedeniyle davacının özel tüketim vergisi istisnasından yersiz faydalandırıldığı sonucuna ulaşılarak, resen düzeltme yapıldığı ve davacı adına vergi ziyaı cezaı özel tüketim vergisi salındığında ihtilaf yoktur.

Vergiye doğuran olayın meydana geldiği tarihte istisnanın uygulanması için öngörülen koşulların tümünün yerine getirildiği ve bu nedenle yararlanılan istisnanın kaldırılmasının hukuka aykırı olduğu iddiasıyla vergiyi tarh eden vergi dairesi müdürlüğüne ihbarnamenin tebliğ edildiği 30.1.2003 tarihini izleyen yedinci gün olan 6.2.2003 tarihinde başvuran davacının, Vergi Usul Kanununun 118'inci maddesinin 3'üncü fıkrasına dayanarak düzeltme istediği, bu istemin reddi yolundaki vergi dairesi müdürlüğü işleminin tebliği üzerine, vergi mahkemesinde dava açtığı saptanmaktadır.

Vergi Usul Kanunu, 117 ve 118'inci maddelerinde tanımları ayrı ayrı yapılan hesap ve vergilendirme hatalarının bulunduğu hallerde mükellef ve sorumlulara, vergi mahkemesinde dava açarak yargı yoluna başvurma dışında, sözü edilen hataların düzeltilmesini sağlayan idari başvuru yolunun izlenmesine de olanak tanımıştır. Düzeltmeye yetkili idarenin düzeltme istemini kısmen veya tamamen kabul ederek gerekli düzeltmeyi yapması ya da istemin reddi yolunda işlem kurması olanaklıdır. Yasa, hata hakkında yargı yerlerince karar verilmemiş olmak koşuluyla, yargı yerlerinden geçmiş vergilendirmelerdeki hataların da aynı yöntem izlendiğinde düzeltilebileceğini öngörmüştür.

Yapılan düzeltme başvurusunun düzeltme merciince reddi halinde, bu durumun düzeltme isteyen yazı ile duyurulmasını öngören Vergi Usul Kanununun 123'üncü maddesinin ikinci fıkrası uyarınca ilgililer, düzeltme merciinin bu yazı ile kurduğu olumsuz işlemi dava konusu yapabilecekleri gibi tebliğinden itibaren başlayan ve otuz gün olan dava açma süresi içinde olmak koşuluyla, düzeltilmesi istenen vergilendirmeyi de dava konusu yapabilirler. Ancak genellikle, düzeltilmesi istenen vergilendirmenin tebliğ tarihinde başlayan bu vergilendirmeye karşı dava açma süresi içinde düzeltme istendiğinde, düzeltme merciinin istemi yerinde görmeyerek reddine ilişkin işlem, dava açma süresi geçtikten sonra kurulabilmekte veya tebliğ edilebilmekte ve vergi yükümlülerinin hem vergilendirmeyi ve hem de düzeltme isteminin reddi yolundaki işlemi ayrı ayrı veya koşulları varsa birlikte dava konusu edebilmelerine olanak kalmamaktadır. Bu takdirde düzeltme isteyenler, bu istemin reddi yolundaki işlemi dava konusu yapmak yönündeki seçeneği kullanmak zorunda kalmaktadır.

Vergilendirmeye karşı dava açma süresi geçtikten sonra düzeltme yoluna başvurulması halinde ise düzeltme istemi reddedilenlerin, şikayet yolunu izlemesi gerekmektedir.

Vergilendirmede yapılan hataların dava yoluna başvurulmadan giderilmesi amacını taşıyan düzeltme yolu, Vergi Usul Kanununda özel olarak açıkça düzenlenmiş olduğundan, 2577 sayılı Yasanın "Üst Makama Başvurma" başlığını taşıyan 11'inci maddesinin, vergilendirmeye ilişkin ihbarnamelerin duyurulması üzerine uygulanmasına olanak bulunmadığına ve davacı tarafından vergi mahkemesinde dava açma süresi içinde yapılan düzeltme başvurusunun reddine ilişkin işleme karşı açılan davanın, vergilendirmeye karşı açılmış bir dava olarak incelenemeyeceği yönündeki ısrar hükmünde hukuka aykırılık bulunmadığına oyçokluğu ile karar verildikten sonra işlemin iptali yolundaki ısrar hükmü incelendi.

Özel Tüketim Vergisi Kanununun uygulanmasına ilişkin (1) sayılı Genel Tebliğin, "Malûl ve Sakatlara Mahsus Taşıt Araçları İstisnası" başlıklı 7.2.1 işaretli bölümünde; bu istisnadan yararlanan kişilerin istisna uygulanan ilk iktisaplarına ilişkin özel tüketim vergisi beyannamesine, alıcının malûliyetine veya sakatlığına dair tam teşekküllü devlet hastanesinden alınan sağlık kurulu raporu ile aracın sakatlığa uygun olarak tadil edildiğine dair teknik belge ve alıcının "H" sınıfı sürücü belgesinin fotokopisinin eklenmesi gerektiği belirtilmiştir.

Tam teşekküllü devlet hastanesinden 11.7.2002 tarihinde aldığı rapora göre özel tertibatlı araç kullanabileceği belirtilen "H" sınıfı sürücü belgesi sahibi kişiye davacı tarafından ... marka aracın istisnadan yararlandırılarak satılması amacıyla, taşıtı satın alacak kişinin sakatlığına uygun olarak 18.9.2002 tarihli tadilat projesi raporunda; aracın otomatik şanzımana sahip olması nedeniyle direksiyon eğrisi üzerine yerleştirilen aparat vasıtası ile kullanılabileceği ve aracın sol elle kullanılan sinyal tertibatının da sağ tarafa alınması gerektiğinin belirtildiği, Antalya Sanayi ve Ticaret İl Müdürlüğünün araç üzerinde tadilat projesine uygun olarak tadilat ve montajın yapılmış olduğunu tespit ederek trafik kayıt tescil için gerekli belgeyi verdiği, davacının da bu belge ile taşıtı ... plakaya tescil ettirerek 19.9.2002 tarihinde sattıktan sonra 20.9.2002 tarihinde özel tüketim vergisi beyannamesine, 1 sayılı Özel Tüketim Vergisi Genel Tebliği gereği eklenmesi gereken tüm bu belgeleri ekleyerek, özel tüketim vergisi istisnasından yararlandığı anlaşılmaktadır. Alıcı nezdinde düzenlenen 17.1.2003 tarihli yoklama fişindeki sinyal aparatının sağ tarafa alınmasıyla ilgili tadilatın yapılmadığı yönündeki anlatıma dayanılarak ve istisna uygulanamayacağı sonucuna ulaşılarak resen vergi ziyaı cezalı özel tüketim vergisi salınmıştır. Davacı, yaptığı düzeltme başvurusunun reddine ilişkin işlemin iptalini isteyerek dava açmıştır.

4760 sayılı Özel Tüketim Vergisi Kanununun 7'nci maddesinin 2'nci fıkrasında öngörülen özel tüketim vergisi istisnasından yararlanılması, münhasıran aracın alıcının sakatlığına uygun hareket ettirici özel tertibatla donatılmasına bağlıdır. Davacı tarafından satılan araçta alıcının kullanabilmesi için gerekli tadilatların, tadilat projesine uygun olarak yapıldığı Sanayi ve Ticaret İl Müdürlüğünce verilen teknik belgeden anlaşıldığı ve araç bu belge üzerine trafik siciline tescil edilmiş olduğuna göre tadilat projesi ve teknik belgenin gerçeğe aykırı olduğu veya beyanname ekindeki belgelerin gerçeği yansıtmadığı saptanmadan, salt alıcının taşıta sinyal aparatı takılmadığı yolundaki beyanını içeren yoklama fişine dayanılarak özel tüketim vergisi istisnasından yersiz yararlandığının kabulü suretiyle yapılan vergilendirmenin düzeltilmesi isteminin reddi yolundaki işlem hukuka uygun düşmemiştir. İşlemin iptaline ilişkin ısrar hükmünde bu nedenle hukuka aykırılık bulunmamaktadır.

Bu nedenlerle, temyiz isteminin reddine, 26.12.2008 gününde usulde ve esasta oyçokluğu ile karar verildi.

KARŞI OY

X- Cezalı tarhiyata ait ihbarnamenin tebliğini müteakip, 2577 sayılı Yasanın 11'inci maddesi kapsamında, vergi ve cezanın düzeltilmesi istemiyle yapılan başvuru üzerine tesis edilen olumsuz işlem davaya konu yapılmıştır.

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun "Dava Açma Süresi" başlıklı 7'nci maddesinde, dava açma süresinin, özel kanunlarında ayrı süre gösterilmeyen hallerde Danıştay'da ve idare mahkemelerinde altmış, vergi mahkemelerinde otuz gün olduğu belirtilmiş, aynı Kanunun "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 hüküm altına alınmıştır. Sözü edilen maddenin 4'üncü fıkrasında yer alan, "Bu madde hükümleri, vergi, resim ve harçlarla benzeri mali yükümlerin tarh, tahakkuk ve tahsilinden ve bunların zam ve cezalarından doğan uyuşmazlıklarda uygulanmaz." hükmü de, 18.6.1994 gün ve 21964 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 4001 sayılı Kanunun 6'ncı maddesi ile 18.6.1994 tarihinden itibaren yürürlükten kaldırılmıştır.

4001 sayılı Kanunun anılan 6'ncı maddesinin gerekçesinde; vergi, resim ve harçlarla benzeri mali yükümlerin tarh, tahakkuk ve tahsili ve bunların zam ve cezalarından doğan uyuşmazlıklarda, idari davaya konu olacak işlemlere karşı mevcut hükümlere göre dava açılmadan önce idari makamlara başvurulmasının mümkün bulunmadığı, başvuru yapılması dava süresini durdurmadığı için daha sonra açılan davaların süre aşımı yönünden reddedildiği, bu sebeple çoğu zaman hak kayıplarına neden olduğu, gerek bu gibi haksızlıkların ortadan kaldırılması ve gerekse dava yoluna başvurulmadan idareye yapılacak başvuru yoluyla uyuşmazlıkların çözülmesinin sağlanmasının, dava sayısını azaltma yönünden yapacağı olumlu etki göz önüne alınarak, söz konusu fıkranın yürürlükten kaldırıldığı belirtilmiştir.

Gerekçede yapılan bu açıklamadan; 2577 sayılı Kanunun 11'inci maddesinin 4'üncü fıkrasının yürürlükten kaldırılmasıyla güdülen amacın, tıpkı diğer idari işlemlerde olduğu gibi, tarh, tahakkuk ve tahsil işlemleriyle karşılaşan yükümlülere, bu işlemlerin kaldırılması, geri alınması, değiştirilmesi veya yeni bir işlem yapılması için dava açma süresi içinde idareye başvuru yolunu açmak, bu başvuru ile dava açma süresini durdurmak ve böylece uyuşmazlıkların, dava aşamasına gelmeden, idari süreç içerisinde yeniden incelenip çözülmesi olduğu anlaşılmaktadır.

Bu bakımdan; 2577 sayılı Kanunun idari başvuru yolunu düzenleyen 11'inci maddesinin 18.6.1994 tarihinden itibaren vergi, resim ve harçlarla benzeri mali yükümlerin tarh, tahakkuk ve tahsilinden ve bunların zam ve cezalarından doğan uyuşmazlıklarda da uygulanması, yani, ilgililerin bahsi geçen işlemlere karşı doğrudan idari dava açma ya da idari itiraz yoluna başvurma haklarının olması, açıklanan yasal düzenleme sonrası doğan hukuki duruma ve bu düzenlemeyi yapmaktaki Kanun koyucu'nun amacına uygun bulunmaktadır.

Öte yandan; sözü edilen 11 inci maddenin ilk fıkrası kuralı; yürürlükten kaldırılan 4 üncü fıkrası da, bu kuralın istisnasını düzenlemektedir. İstisnanın yürürlükten kaldırılmasıyla, kuralın istisnasının konusuna da şamil bir biçimde uygulanacak duruma gelmesi, bir hukuk kuralıdır.

Bu nedenlerle, vergilendirme işlemlerine karşı İdari Yargılama Usulü Kanununun 11 inci maddesi kapsamında başvuru yapılabileceği, bu başvuru üzerine dava konusu edilecek işlemin ise, düzeltme istemine konu tarh ve ceza kesme işlemi olduğu, dolayısıyla, vergi ve cezanın düzeltilmesi istemiyle yapılan başvuru üzerine tesis edilen olumsuz işlemin dava konusu yapıldığını kabul eden Mahkeme kararında hukuka uygunluk bulunmadığından usule ilişkin ısrar hükmünün bozulması gerekeceği oyu ile karara katılmıyoruz.

KARŞI OY

XX- ... İnşaat Taahhüt Turizm Mühendislik Ticaret Limited Şirketi tarafından hazırlanan 18.9.2002 tarihli raporda, aracın otomatik şanzımana sahip olması nedeniyle direksiyon eğrisi üzerine yerleştirilen aparat vasıtası ile kullanılabileceği ve sol elle kullanılan sinyal mekanizmasının sağ tarafa alınmasının istenmesine karşın, alıcı tarafından araca sinyal aparatı takılmadığı beyan edildiğinden, mahkemece, araçta yapılan bu tadilatın, yukarıda yer verilen madde kapsamında aracı satın alan kişinin sakatlığına uygun hareket ettirici özel tertibat olarak kabul edilip edilemeyeceği, yapılmayan tadilatın da, aracın trafikte kullanılabilmesi için gerekip gerekmediğinin 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 20'nci maddesinde idari yargı yerlerine tanınan yetki uyarınca araştırılmasından sonra karar

verilmesi gerekirken, taraflar arasındaki tartışmalı durum hakkındaki duraksama giderilmeden verilen kararın işlemin iptaline ilişkin hüküm fıkrasının bozulması gerektiği oyu ile karara katılmıyoruz.

T.C.
DANIŞTAY
Vergi Dava Daireleri
Kurulu
Esas No 2008/582
Karar No: 2009/74

Özeti : Gerçek bir emtia teslimine dayanmayan faturaların kayıtlara alınmasıyla kurum kazancının azaltılması nedeniyle yapılan vergilendirmeye karşı açılan davada; 2577 sayılı Yasanın 31'inci maddesinin 2'nci fıkrasında yapılan göndermeden dolayı kanıt yükünün düştüğü tarafın, Vergi Usul Kanununun 3'üncü maddesine göre belirlenmesi gerektiği hakkında.

Kararın Düzeltilmesini İsteyen : Yüreğir Vergi Dairesi Müdürlüğü

Karşı Taraf : ... Limited Şirketi

İstemin Özeti

İstemin Özeti :Yedek parça imalatı ve ihracatı yapan

davacının 2004 takvim yılında kurum kazancını, gerçeği yansıtmayan faturaları maliyet kayıtlarına dahil ederek azalttığının saptanması üzerine, fatura tutarlarının maliyetlerden çıkarılması suretiyle belirlenen kazanç farkının, yararlanabileceği yatırım indirimi tutarını aşan kısmı üzerinden 2004 takvim yılı için re'sen salınan vergi ziyaı cezalı kurumlar vergisi davaya konu yapılmıştır.

Davayı inceleyen Adana 2.Vergi Mahkemesi, 30.3.2006 günlü ve E:2005/799, K:2006/291 sayılı kararıyla; vergilendirme döneminde davacıya fatura düzenleyen ... Limited Şirketi ... ve ... hakkında yapılan tespitler değerlendirilerek, bu mükelleflerin gerçek bir emtia teslimi ve hizmet ifasını temsil etmeyen fatura düzenledikleri sonucuna varıldığı ve tarhiyat yapıldığı, raporda; çok değişik tür ve ebatta yedek parça imal eden davacı şirketin, ticaretini yaptığı emtia maliyeti doğru ve tam olarak hesaplanamayacağından, emtianın mükellef tarafından hiç alınmadığı kabul edilmişse de, davacı şirketin aylık ve yıllık ciroları değerlendirilmeden, aktifte kayıtlı makina ve teçhizatla ne kadar üretim yapılabileceği göz önüne alınmadan, emtianın üretimde kullanılmadığı sonucuna ulaşamayacağı, imal edilen yedek parçaların depolanması için kullanılan yerlerin, iç ve dış piyasada satılan yedek parça miktarı ile üretimin uyumlu olup olmadığının, iş şartları ve piyasa koşulları da dikkate alınarak incelenmesi gerekirken, bu hususlarda herhangi bir araştırma yapılmaksızın, gerçeği yansıtmayan faturaların kurum kazancını azaltmak amacıyla temin edildiği kabul edilmek suretiyle yapılan tarhiyatta hukuka uygunluk görülmediği gerekçesiyle, vergi ve cezayı kaldırmıştır.

Vergi idaresinin temyiz istemini inceleyen Danıştay Üçüncü Dairesi, 28.12.2006 günlü ve E:2006/3866, K:2006/3639 sayılı kararıyla; muhtelif yedek parça imalatı ve dış ticareti yapan iki ortaklı bir limited şirket olan davacı kurumun, ... Limited Şirketi ... ve ... tarafından "döküm" açıklamasıyla düzenlenen yaklaşık 113 milyar lira tutarındaki yirmi üç faturayı 2004 vergilendirme döneminde yasal defterlerinin maliyet kayıtları arasına aldığı tartışma bulunmadığı, ... Limited Şirketinin, 2000 yılında unvan ve adres değişikliğinden sonra unvanında gösterilen pek çok alanda faaliyet göstermek üzere basım izni alarak

26.7.2002 tarihinde (154851-155100) numaralar arasında beş cilt ve 17.3.2004 tarihinde (20451-20550) numaralar arası iki cilt fatura bastırıldığı, ticaret sicil kayıtlarında en son ortaklar kurulu karar tarihinin 8.5.2000 tarihini göstermesine ve tescil edilmiş adresi ... Mahallesi ... Sok.No: ... -Adana olmasına karşın, bağlı olduğu vergi dairesi müdürlüğüne iş yeri adresi olarak ... Bulvarı, ... Apt.Kat: ... No: ... Seyhan-ADANA adresini bildirdiği, ticaret siciline herhangi bir değişiklik tescili yapılmadığı halde, ortakları tarafından paylarının 8 ve 9.1.2004 ile 13.2.2004 tarihli pay devir sözleşmeleriyle ... ve ...'a devredildiğinin eski ortaklarınca sadece vergi dairesine bildirildiği, incelenmek üzere 2004 takvim yılına ait defter ve belgelerinin ibrazı istenen yazının, ticaret siciline ortağı ve müdürü olarak tescil edilmiş olan ...'e, şirketin bilinen adreslerinde tebliğ edilememesi nedeniyle konutunda tebliğ edilebildiği, adı geçenin 10.5.2005 tarihinde denetim bürosuna gelerek verdiği ifadesinde; şirkete ait olup, istenen defter ve belgelerin pay devri sırasında şirketin yeni müdürü olan ...'a teslim edilmesi nedeniyle ibraz edemeyeceğini bildirdiği ve 2004 vergilendirme döneminin Ocak ayında davacının kayıtlarına alınan 155029, 155032 ve 155035 sayılı faturaların kendisi tarafından düzenlendiğini ifade ettiğinin, VDENR-127/61 ve 62 sayılı raporlar ve eklerinden anlaşıldığı, aynı tarihte, ticaret siciline bu şirketin müdürü görünen ancak, temsil yetkisi süresi iki gün önce bittiği ve yeni müdür ataması yapılmadığı için Türk Ticaret Kanununun 540'ıncı maddesi gereği müdürü sıfatıyla şirketi temsil etmesi zorunlu olan ...'ün, şirketin defter ve belgelerini teslim ettiğini bildirdiği ...'ın da bilinen adresinden on gün önce yeni adres bildirmeden taşındığının, imzadan kaçındığı için o yer muhtarının mühür ve onayını taşıyan konut malikinin anlatımı ile tutanağa bağlandığı, ...'ın, 3.11.2003 tarihinde demir-çelik ürünleri, döküm malzemeleri toptan ticareti yapmak üzere mükellefiyet tesis ettirip, Ekim 2004'e kadar 442,1 milyar lira KDV matrahı beyan etmesine karşın, 2003 ve 2004 yıllarına ait beyannamelerini vermeyen ve adreslerinde bütün aramalara rağmen bulunamadığı için mükellefiyet kaydı 30.9.2004 tarihinde re'sen silinen bir kimse olduğunun saptandığı, ... Limited Şirketinin tüm basılı belgelerinin, mükellefiyetinin 29.2.2004 tarihinde silinmesinden sonra da paylarını devrettiğini belirten ... tarafından umumi vekili olduğu ... Limited Şirketine düzenlendiği ve 2000 yılından itibaren hiç personel istihdam etmeyen, dolayısıyla döküm işi gibi bir imalatı yapabilecek iş gücü ve teçhizatın yoksun olan şirketin, ne Ocak 2004'te davacıya onbeş ton ve ne de aynı dönemde ...'e düzenlediği faturalarda görünün yüzlerce ton döküm üretemeyeceği, gerçekte fatura ticareti yaptığı sonucuna ulaşarak yapılan tarhiyatların kesinleştiğinin, dosyada bulunan 8.3.2006 gün ve 4305 sayılı yazıdan anlaşıldığı, ... Limited Şirketi tarafından düzenlenen faturalarda, davacıya teslim edilen emtianın cinsi hakkında kilogram birimiyle "döküm" ifadesi dışında, ürünü tanımlayan başka bir açıklama bulunmadığı, yedek parça imalatı ve ticareti yapan davacı, bu firmadan yaklaşık onbeş ton ağırlığında hangi yedek parça imalatı için alış yaptığını açıklayamadığı gibi temsilcisi; şirketi tanımadığını, faturaya konu dökümlerin satıcının pazarlamacıları tarafından iş yerinde teslim edildiğini ve ödemelerin, kimlik bilgileri dahi verilmeyen bu kimselere yapıldığını ifade etmekle yetindiği. Vergi Usul Kanununun faturada malın cinsinin gösterilmesini öngören kuralı, teslim edilen şeyi tanımlamaya elverişli açıklamanın bulunmasını gerektirdiği, teslim edilen nesneyi tanımlamaya elverişsiz "döküm" açıklamasıyla düzenlenen faturaların kurala uygun olmaması kadar, emtia tesliminin yürütülüş şekli hakkındaki açıklamalar ve faturayı düzenleyen kurum hakkında yapılan saptamalar, davacının kayıtlarına aldığı faturalarla ne tür bir nesne teslim aldığını kanıtlamaya yeterli olmadığı, aynı vergilendirme döneminde 4.8.2003 tarihinde dökümcülüğe başlayarak mükellefiyet tesis ettiren ... tarafından yaklaşık 91 milyar lira tutarında döküm teslim edildiğini belgelendirmek üzere verilen yirmi faturanın da davacının maliyet kayıtlarında yer aldığı, vergi idaresine şube iş yeri adresi olarak bildirdiği 60 m² büyüklüğünde ve içinde bir ocak, iki körük ve muhtelif kalıplar bulunan adresin, 1998 yılında boşandığı eşinin konutu olduğu mahalle muhtarının onayıyla belirli adı geçenin, defter ve belgelerini ibraz yazısının kendisine 16.2.2004 tarihinde tebliğine karşın ibrazdan kaçınmakla birlikte, 12.3.2004'te geçici vergi matrahı ve 30.3.2004

tarihinde 2003 vergilendirme dönemleri için ek beyannameler verdiği, defterlerini tutmadığı ve beyannamelerini onaylamadığı halde muhasebecisinin bir meslek mensubu olduğunu bildirdiği, davacıya düzenlediği altı faturada teslim edilen dökümün ağırlığı hakkında bir açıklama bulunmadığı, 2003 yılında beş cilt ve 2004 yılında dört cilt fatura bastıran, 31.12.2004 tarihinde faaliyeti terk ettiğini bildiren ve terk eden ... tarafından, davacıya, 2004 yılının Mart, Mayıs, Haziran, Temmuz, Ekim ve Aralık aylarında, her ayın muhtelif günlerinde fatura düzenlendiği, bu faturaların düzenlendiği tarihler arasında uzunca bir zaman aralığı bulunmasına karşın fatura numaralarının aralıksız birbirini izlediği, emtia ağırlığı gösterilenler dışındaki faturalarda ise sadece döküm açıklaması bulunduğu, davacının kayıtlarında alıcılar hesabının borcuna kayıtlı fatura tutarlarının ödendiğine dair herhangi bir yevmiye kaydı yer almadığı halde davacının, adı geçenden emtia alıp, bedelini peşin ödediğini ifade ettiği, bu aykırılık yanında ...'ın küçük bir iş yerinde bir ocak ve iki körükle, sadece bir işçi çalıştırarak bir trilyon lira tutarından fazla hasılat elde edecek imalat yapmasına da olanak bulunmadığı, dolayısıyla, ...'ın gerçekten faturalarında görüldüğünün tersine, imalat yapmaksızın, fatura düzenleyen bir kimse olduğunun anlaşıldığı, yapılan imalatın girdisini teşkil etmesi gereken sözü edilen faturalara konu emtianın, ne kadarının hangi yedek parçanın üretiminde kullanıldığını Vergi Usul Kanununun 197'nci maddesinde tutulması zorunlu kılınan imalat defteri kayıtlarıyla kanıtlaması gerekirken, bu konuda herhangi bir kanıt sunmayan, yukarıda belirtilen ekonomik, ticari ve teknik gereklerle aykırı düşen durumların tersini ispat yükü kendisine düştüğü halde genel iddialar ileri sürmekle yetinen davacıdan kanıt sunması istenmeksizin, tarhiyatın kaldırılması yolunda verilen kararın yasaya aykırı olduğu, diğer taraftan matrah farkı önceki yıllardan devreden yararlanabileceği yatırım indirimi tutarı dikkate alınarak hesaplandığından tarhiyat hakkında, 2003 takvim yılı kurum kazancının tümünün yatırım indiriminden yararlanması nedeniyle bu yatırım indirimi üzerinden Nisan 2004 dönemi için yapılan gelir (stopaj) vergisi tarhiyatı ile ilgili Dairelerinin E:2006/3872, K:2006/3637 sayılı kararı da gözetilerek karar verilmesi gerektiği gerekçesiyle kararı bozmuştur.

Bozmaya uymayan Adana 2.Vergi Mahkemesi, 29.6.2007 günlü ve E:2007/985, K:2007/991 sayılı kararıyla; vergi ve cezanın kaldırılması yolundaki ilk kararında ısrar etmiştir.

Vergi idaresinin temyiz istemini inceleyen Danıştay Vergi Dava Daireleri Kurulu 9.11.2007 günlü ve E:2007/398, K:2007/376 sayılı kararıyla; temyiz istemini reddetmiştir.

Vergi idaresi, davacı şirket adına 2004 yılının muhtelif tarihlerinde ... Limited Şirketi ve ... tarafından düzenlenen faturaların gerçek bir teslim dayanamaması nedeniyle ve katma değer vergisi indirimlerinin kabul edilmemesi suretiyle yapılan tarhiyatlara karşı açılan davaların ve davanın reddine ilişkin kararlara karşı yapılan temyiz istemlerinin, Danıştay Üçüncü Dairesince reddedildiği, kararların kesinleştiği, dolayısıyla ilgili dönemde ... Limited Şirketi ve ...'ın davacıya düzenlendiği faturaların gerçeği yansıtmadığının yargı kararlarıyla sabit olduğunu ve sahte faturaları kayıtlarına dahil eden davacıdan bu durumun aksini ispatlaması istenerek ve re'sen araştırma yetkisi uyarınca davacıdan kanıt sunması istenmeden karar verilmesinin hukuka uygun düşmediğini ileri sürerek kararın düzeltilmesini istemiştir.

Savunmanın Özeti : Savunma verilmemiştir.

Danıştay Tetkik Hâkimi Ahmet AKKOCA'nın Düşüncesi : Davacıya 2004 yılında iki mükellef tarafından düzenlenen faturaların gerçek bir emtia teslimine dayanmayan sahte faturalar olması sebebiyle bu faturalar içeriği katma değer vergisi indirimlerinin kabul edilmemesi suretiyle yapılan vergi ziyaı cezalı katma değer vergisi tarhiyatlarına karşı açılan davaların reddedildiği, mahkeme kararlarının temyiz isteminin ise incelemeyi yapan Danıştay Üçüncü Dairesince reddedildiği anlaşılmıştır. Dolayısıyla, gerek vergi tekniği raporundaki tespitlere göre gerekse katma değer vergisi tarhiyatlarına karşı açılan dava sonuçlarına göre ... ve ...'ın faturalarda görüldüğünün tersine imalat yapmaksızın fatura düzenledikleri vergi

idaresi tarafından ispatlanmıştır. İspatlanılan bu durumun yani maliyet kayıtlarının gerçeği yansıtmadığının aksini kanıtlama yükü ekonomik, ticari ve teknik gereklerle davacıya düşmektedir.

Bu nedenle ispat yükü kendisine düşen davacıdan maliyet kayıtlarının gerçeği yansıttığına ilişkin kanıt sunması istendikten ve sunulursa incelendikten sonra sonucuna göre karar verilmesi gerekirken tarhiyatın yazılı nedenlerle kaldırılması yolunda verilen kararda hukuka uygunluk bulunmadığı düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı Nurten KARAÇAY'ın Düşüncesi : Danıştay Üçüncü Dairesinin 28.12.2006 gün ve K:2006/3639 sayılı kararında yer alan savcı düşüncesi uyarınca temyiz isteminin kabulü ile temyize konu ısrar kararının bozulmasının uygun olacağı düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

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

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. Vergilendirmenin dayandığı kanıtların yarattığı hukuksal durumun tersinin veya iktisadi, ticari ve teknik icaplara uymayan yahut normal ve mutad olmayan bir durumun iddia olunması halinde ispat külfetinin, bu iddiayı ileri süren tarafa ait olduğu düzenlenmiştir.

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.

Muhtelif yedek parça imalatı ve ihracat yapan davacı şirket adına, 2004 yılında ... Limited Şirketi ile ...'ın düzenlediği 113 milyar lira tutarındaki yirmi üç faturayı yasal defterlerinin maliyet kayıtlarına dahil ettiği, ancak bu iki şirket hakkında ayrı ayrı düzenlenen

vergi tekniği raporlarındaki saptamalar nedeniyle düzenledikleri faturaların gerçek bir emtia teslimine dayanamayacağı için faturalar tutarının davacının maliyet tutarı olan 660 milyar liradan çıkarılması suretiyle bulunan matrah farkı üzerinden cezalı tarhiyat yapıldığı anlaşılmaktadır.

Davacıya fatura düzenleyenler hakkında düzenlenen vergi tekniği raporlarında ve bu kararın "İstemin Özeti" bölümünde yer alan Danıştay Üçüncü Dairesinin bozma kararında yapılan tüm saptamalar, faturayı düzenleyenler tarafından davacıya herhangi bir emtia teslim edildiğinin kabulüne engel kanıt teşkil etmektedir. Dolayısıyla davacı tarafından gerçekten faturaları düzenleyenlerden faturalarda yazılı emtianın alındığının kabulüne olanak yoktur.

Karar düzeltme dilekçesinde ileri sürülen iddialar, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 54 üncü maddesinin 1 inci fıkrasının (c) bendi uyarınca istemin kabulünü gerektirecek nitelikte bulunduğundan, vergi idaresi müdürlüğünün karar düzeltme isteminin kabulü ile Danıştay Vergi Dava Daireleri Kurulunun 9.11.2007 günlü ve E:2007/398, K:2007/376 sayılı kararı kaldırıldıktan sonra vergi idaresinin temyiz istemi yeniden incelendi.

Fatura, bir ticari işletmeden emtia satın alan kimseye, satıcı tarafından düzenlenerek verilen ve alıcının borçlandığı tutarı gösteren ticari bir belgedir. Bir faturanın Vergi Usul Kanununun kayıt ve belge düzenine ilişkin kurallarına göre emtia veya hizmeti alan tacirin yaptığı alışa kanıt oluşturabilmesi için emtia veya hizmetin faturayı düzenleyen tarafından yapılması gereklidir.

Bu nedenle, faturalarda yer alan miktarda dökümün, aynı birim fiyatla bir başka tacirden alındığını ve vergilendirme dönemindeki imalatın ve hasılatın sözü edilen girdiler alınmadan gerçekleştirilemeyeceğinin, Vergi Usul Kanununun kanıt kabulünü öngördüğü; öncelikle davacı şirket tarafından aynı Yasanın 197'nci maddesinde imalatçı mükellefleri tutmakla yükümlü kıldığı imalat defteri kayıtlarıyla olmak üzere, dönem başı ve sonu girdi stokları, dönem içi alışları ve imalat miktarı ile cinsinin, üretimin gerçekleştirilmesi için gerekli diğer dönem içi alışlarının, faturalardaki harcamayı zorunlu kıldığının davacı tarafından kanıtlanması gerekmektedir.

Davacı, hangi yedek parça imalatı için alış yaptığını açıklayamadığı gibi temsilcisi; şirketi tanımadığını, faturaya konu dökümlerin satıcının pazarlamacıları tarafından iş yerinde teslim edildiğini ve ödemelerin, kimlik bilgileri dahi verilmeyen bu kimselere yapıldığını ifade etmekle yetinmiştir. Vergi Usul Kanununun faturada malın cinsinin gösterilmesini öngören kuralı, teslim edilen şeyi tanımlamaya elverişli açıklamanın bulunmasını gerektirdiği, teslim edilen nesneyi tanımlamaya elverişsiz "döküm" açıklamasıyla düzenlenen faturaların kurala uygun olmaması kadar, emtia tesliminin yürütülüş şekli hakkındaki açıklamalar ve faturayı düzenleyen kurum hakkında yapılan saptamalar, davacının kayıtlarına aldığı faturalarla ne tür bir nesne teslim aldığını kanıtlamaya yeterli değildir.

Maliyet kayıtlarının gerçeği yansıttığını ispatlamak amacıyla kendisi de imalatçı olan davacının Vergi Usul Kanununun 220'nci maddesine göre tasdik ettirerek aynı kanunun 197'nci maddesine göre tutmak zorunda olduğu imalat defterine maddede belirtilen; satın alınan ve müşteri tarafından imalat yapılmak üzere tevdi olunan her nevi iptidai ve ham maddelerin, başlıca yardımcı malzemelerin, bu maddelerden imalata sarf olunan veya aynen satılanların, imal edilen mamül maddelerin ve teslim edilen mamül maddelerin giriş çıkış hareketlerinin, emtianın cinsi ve miktarı itibarıyla yazılması gerektiği, bu suretle maliyet kayıtlarının gerçeği yansıttığını kanıtlama imkanı bulunan davacının inceleme raporu ve eki tutanağa göre imalat defterini ibraz etmediği anlaşılmıştır.

Bu nedenle, ispat yükü kendisine düşen davacıdan, iddialarının doğruluğuna ilişkin kanıt sunması istendikten ve sunulursa incelendikten sonra sonucuna göre karar verilmesi gerekirken, tarhiyatın yazılı nedenlerle kaldırılması yolunda verilen kararda hukuka uygunluk bulunmamaktadır.

Diğer taraftan matrah farkı önceki yıllardan devreden yararlanabileceği yatırım indirimi tutarı dikkate alınarak hesaplandığından tarhiyat hakkında, 2003 takvim yılı kurum

kazancının tümünün yatırım indiriminden yararlanması nedeniyle, yatırım indirimi üzerinden Nisan 2004 dönemi için yapılan gelir (stopaj) vergisi tarhiyatı ile ilgili Kurulumuzun E:2008/584, K:2009/78 sayılı kararı ile vergi ziyai cezası hakkında, 213 sayılı Vergi Usul Kanununun 4369 sayılı Kanun ile değişik 344'üncü maddesinin, cezanın hesaplanmasıyla ilgili ikinci fıkrasında yer alan düzenlemeyi iptal eden, Anayasa Mahkemesinin 20.10.2005 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanan 6.1.2005 gün ve E:2001/3, K:2005/4 sayılı kararının gerekçesi ve bu karardan sonra Danıştay'ın istikrar bulmuş içtihatları göz önüne alınarak karar verilmesi gerekmektedir.

Açıklanan nedenlerle, temyiz isteminin kabulü ile Adana 2.Vergi Mahkemesinin 29.6.2007 günlü ve E:2007/985, K:2007/991 sayılı sayılı ısrar kararının bozulmasına, yeniden verilecek kararda hüküm altına alınacağından, yargılama giderleri yönünden hüküm kurulmasına gerek bulunmadığına, 6.3.2009 gününde oyçokluğu ile karar verildi.

KARŞI OY

X-Karar düzeltilme dilekçesinde ileri sürülen iddialar, istemin kabulünü gerektirecek nitelikte bulunmadığından, istemin reddi gerektiği oyu ile karara katılmıyoruz.

DÜZENLEYİCİ – GENEL İŞLEMLER

T.C.
DANIŞTAY
Vergi Dava Daireleri
Kurulu
Esas No : 2007/708
Karar No: 2008/767

Özeti : Katma Değer Vergisi Kanununun 11'inci maddesinde Maliye Bakanlığına; ihracat istisnası belgesine sahip olan mükellefler ile bu mükelleflere ihrac kaydıyla mal teslim edenlerin katma değer vergisi iadesinin şekli yönünden farklı düzenleme yapma yetkisi tanınmadığı ve tanınan yetkinin kamu yararı ve eşitlik ilkesine uygun kullanılması gerektiğinden, 61 sayılı Katma Değer Vergisi Genel Tebliğinin, istisna belgeli mükelleflere tanınan nakden iade olanağının bu mükelleflere ihrac kaydıyla teslim yapanlara tanınmaması yolundaki düzenlemesinde hukuka uygunluk bulunmadığı hakkında.

Temyiz Edenler : 1- Maliye Bakanlığı
2- Büyükçekmece Vergi Dairesi Müdürlüğü

Karşı Taraf : ... Kollektif Şirketi -... ve Ortağı

İstemin Özeti : 61 sayılı Katma Değer Vergisi Genel Tebliğinin (6.2) işaretili bölümünde yer alan, istisna belgeli satıcılara ihrac kaydıyla teslimde bulunanlar lehine doğacak katma değer vergisi iade alacaklarının nakden iadesinin mümkün olmadığı, bu alacakları ancak mükelleflerin kendi vergi borçlarına mahsup edilebileceği şeklindeki düzenlemenin iptali ile katma değer vergisi iadesi tasdik raporu uyarınca nakden iade edildikten sonra davacının yeminli mali müşaviri tarafından vergi idaresine başvurularak, 61 sayılı Katma Değer Vergisi Genel Tebliğine göre tasdik raporundaki nakten iadenin

mahsuben iade şeklinde düzeltilmişinin bildirilmesi üzerine evvelce haksız iade edilen verginin gecikme faiziyle tahsili için tahakkuk fişi düzenlenerek aynı gün tahsil edilen tutarın ret ve iadesi istemiyle dava açılmıştır.

Davayı inceleyen İstanbul 6.Vergi Mahkemesinin 11.5.1999 gün ve E:1998/1437, K:1996/581 sayılı kararının, Danıştay Dokuzuncu Dairesinin 17.9.2003 gün ve E:2000/4671, K:2003/4452 sayılı kararı ile görev yönünden bozulması üzerine bozma kararına uyan İstanbul 6.Vergi Mahkemesi 2.1.2004 gün ve E:2004/4, K:2004/4 sayılı kararıyla ilk derece mahkemesi olarak Danıştay'da inceleneceği gerekçesiyle davanın görev yönünden reddine karar vermiştir.

Danıştay Yedinci Dairesinin 13.11.2006 tarih ve E:2004/926, K:2006/3339 sayılı gönderme kararı üzerine davayı inceleyen Danıştay Dördüncü Dairesi, 29.5.2007 günlü ve E:2007/67, K:2007/1788 sayılı kararıyla; dava konusu düzenleme 23.11.2001 tarih ve 24592 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 84 no.lu Katma Değer Vergisi Genel Tebliği ile yürürlükten kaldırılmış ise de kaldırıldığı tarihe kadar icrai nitelikte düzenlemeler içerdiğinden davayı inceleyerek, 3065 sayılı Katma Değer Vergisi Kanununun 11'inci maddesinin 1'inci fıkrasının (1-b) bendi ile Türkiye'de ikamet etmeyen yolculara yapılan teslimlerin ihracat istisnası kapsamına alındığı, aynı maddenin 2'nci bendi ile Maliye Bakanlığına katma değer vergisi tahsil edilmeden teslim edilecek mal miktarını, ihracatçı ve ihracatçıya mal teslim edenlerin her biri için bir önceki yıl iş hacmi, cari yıldaki işlemler ve vergi alacağının emniyet altına alınması amacıyla gerekli görülen hallerde sınırlamak ve istisnanın uygulanmasına ilişkin usul ve esaslar ile istisnanın uygulanacağı asgari miktarların tespiti konusunda yetki verildiği, Bakanlığa, istisna belgeli mükellefler ile bu mükelleflere ihrac kaydıyla mal teslim eden mükellefler hakkında iade alacağıyla ilgili olarak ayrı ayrı düzenleme yapabilme yetkisi tanınmadığı, kaldı ki, kanunla verilen bir yetkiden söz edilse dahi, bu yetkinin kamu yararı ve Anayasanın 73'üncü maddesi ve vergilendirmede eşitlik ilkesi gözönünde tutularak kullanılması gerektiği, dolayısıyla, Kanunda istisna belgeli mükelleflere ihrac kaydıyla teslimden dolayı iade alacağı doğan mükelleflere bu alacaklarının nakten iadesine bir engel bulunmadığından, istisna belgeli mükelleflere tanınan nakden iade hakkının, bu mükelleflere ihrac kaydıyla teslimde bulunanlara tanınmaması yolundaki düzenlemede hukuka uygunluk bulunmadığı gerekçesiyle dava konusu düzenlemenin iptaline, tahakkuk ettirilen katma değer vergisi ile hesaplanan gecikme faizinin kaldırılmasına, ödenen tutarın ret ve iadesine karar vermiştir.

Maliye Bakanlığı Katma Değer Vergisi Kanununun 11'inci maddesinin 2'nci fıkrasına dayanarak, madde kapsamındaki teslim ve hizmetlerde, işlemlerin özelliğine, işlemi yapan mükellef grubunun durumuna göre kamu alacağının güvence altına alınması amacıyla farklı usul ve esaslar belirlendiğini, 61 sayılı Katma Değer Vergisi Genel Tebliğinin (6.2) işaretli bölümünün kanunu uygun olduğunu, vergi dairesi müdürlüğü ise yapılan tahakkukta yasaya aykırılık bulunmadığını ileri sürerek kararın bozulmasını istemiştir.

Savunmanın Özeti : Savunma verilmemiştir.

Danıştay Tetkik Hâkimi Gönül SAYIN'ın Düşüncesi : 3065 sayılı Katma Değer Vergisi Kanununun "mal ve hizmet ihracatı" başlıklı 11.maddesi ile "istisna edilmiş işlemlerde indirim" başlıklı 32.maddesinde katma değer vergisi iadesinin mahsuben veya nakden yapılacağına ve/veya bu hususta Maliye Bakanlığının yetkili olduğuna dair bir düzenlemeye yer verilmemiş iken 2.1.2004 tarihinde yürürlüğe giren 5035 sayılı Kanunun 10'uncu maddesiyle Katma Değer Vergisi Kanununun 32'inci maddesine eklenen fıkra ile Maliye Bakanlığının katma değer vergisi iadesini mahsup suretiyle sınırlayabileceği hükme bağlanmıştır. Bu durumda 2.1.2004 tarihine kadar Maliye Bakanlığının katma değer vergisi iadesini mahsup suretiyle sınırlamaya yetkili olmadığının kabulü gerekmektedir. Ancak Katma Değer Vergisi Kanununun 11'inci maddesinde, Türkiye'de ikamet etmeyenlere döviz karşılığı mal satanlara ihrac kaydıyla teslimlere yönelik bir istisnaya yer verilmediği halde anılan maddenin "c" bendi ile ihracatçılara ihrac kaydıyla teslimde bulunan imalatçılar için

öngörülen istisna imkanı Maliye Bakanlığınca Türkiye'de ikamet etmeyenlere döviz karşılığı mal satanlara ihracat kaydıyla teslimde bulunan mükelleflere de tanındığından, kanunda yer almayan istisna ve iade hakkını tanıyan Maliye Bakanlığının bu hakkı koşullara bağlaması veya sınırlandırması da mümkündür. Bu nedenle Türkiye'de ikamet etmeyenlere mal satanlara ihracat kayıtlı teslimlerde katma değer vergisi iadesinin mahsupla sınırlandırılmasının Kanuna aykırı olmadığı kanaati ile Danıştay Dördüncü Daire kararının bozulması gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı Eren SONBAY'ın Düşüncesi : Temyiz dilekçesinde öne sürülen hususlar, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 49 uncu maddesinin birinci fıkrasında belirtilen nedenlerden hiçbirisine girmediğinden vergi dairesi temyiz isteminin reddi ile temyiz konusu Danıştay Dördüncü Daire kararının onanması gerekeceği düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

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

Dayandığı hukuksal nedenler ve gerekçesi yukarıda açıklanan Danıştay Dördüncü Dairesinin 29.5.2007 günlü ve E:2007/67, K:2007/1788 sayılı kararı; aynı hukuksal nedenler ve gerekçe ile Kurulumuzca da uygun bulunmuş ve temyiz dilekçesinde ileri sürülen iddialar, kararın bozulmasını gerektirecek durumda görülmemiştir.

Bu nedenlerle, temyiz isteminin reddine, 26.12.2008 gününde oyçokluğu ile karar verildi.

KARŞI OY

X- 3065 sayılı Katma Değer Vergisi Kanununun "mal ve hizmet ihracatı" başlıklı 11'inci maddesinde, Türkiye'de ikamet etmeyenlere döviz karşılığı mal satanlara ihracat kaydıyla teslimlere yönelik bir istisnaya yer verilmediği halde anılan maddenin "c" bendi ile ihracatçılara ihracat kaydıyla teslimde bulunan imalatçılar için öngörülen istisna imkanı Maliye Bakanlığınca Türkiye'de ikamet etmeyenlere döviz karşılığı mal satanlara ihracat kaydıyla teslimde bulunan mükelleflere de tanındığından, kanunda yer almayan istisna ve iade hakkını tanıyan Maliye Bakanlığının bu hakkı koşullara bağlaması veya sınırlandırması da mümkündür. Bu nedenle Türkiye'de ikamet etmeyenlere mal satanlara ihracat kayıtlı teslimlerde katma değer vergisi iadesinin mahsupla sınırlandırılması Kanuna aykırı olmadığından temyize konu Danıştay Dördüncü Daire kararının bozulması gerektiği oyu ile karara katılmıyoruz.

YARGILAMA USULÜ

T.C.
DANIŞTAY
Vergi Dava Daireleri
Kurulu
Esas No : 2007/683
Karar No: 2008/756

Özeti : 1- İncelenmesiyle verilecek hüküm de etkili olmayacağından, etkisiz işlemlere karşı dava açılmayacağı,

2- İdari davalara, idare hukuku ilkelerine göre kurulmuş, kesin ve etkili işlemler konu yapılabileceğinden, vadesinde ödenmeyen rüsum bedelini ödemeye çağıran, çağrıya karşın ödenmediği takdirde 6183 sayılı Yasaya göre cebren takibe başlanacağını bildiren yazının, etkili işlem niteliği taşımadığı hakkında.

Temyiz Eden : ... Anonim Şirketi
Karşı Taraf : Antalya Valiliği İl Özel İdaresi
Vekili : Av. ...

İstemın Özeti : Dava, 25.4.2004-25.4.2006 tarihleri arasında geçerli olmak üzere sözleşmedeki para birimiyle 85.000.000.000 TL rüsum karşılığı, iki yıl süreyle kum-çakıl ocağı işletme ruhsatı verilen davacı şirketin ruhsatının 17.9.2004 tarihinde iptal edilmesi üzerine, 25.10.2004 ve 25.1.2005 olan vade tarihlerinde ödenmeyen ve o tarihteki para birimine göre 42.500 YTL rüsum bedelinin gecikme faiziyle birlikte ödenmesi gereğini ve aksi halde 6183 sayılı Yasaya göre cebren tahsil edileceğini duyuran Antalya İl Özel İdare Müdürlüğünün 8.6.2005 tarih ve 625 sayılı yazısının iptali istemiyle açılmıştır.

Davayı inceleyen Antalya Vergi Mahkemesi, 27.10.2005 gün ve E:2005/735, K:2005/1179 sayılı kararıyla; Taşocakları Nizamnamesi uyarınca rüsumun, taş-kum-çakıl ocağı işletme hakkı karşılığı alındığı, rüsum bedelinin belli bir işletme süresinden sonra idare ile ruhsat sahibi arasındaki mutabakatla maktu miktara bağlanabileceği, ruhsat verilmesine ilişkin karar ve sözleşme ile belirli rezerve sahip ocağı işletme hakkı davacıya verilirken, rezervin kullanılması bakımından bir sınırlama getirilmediği, iki yıllık ruhsat süresi sona ermeden de rezervin tamamını alma hakkı tanındığı, bu nedenle rüsumu belirleyen unsurun ruhsat süresi değil, ocağın kullanma hakkının tanınması olduğu, dolayısıyla ocağın işletme hakkının verilmesiyle idarenin rüsumun tamamına hak kazandığı, vadesinde ödenmeyen rüsum bedelinin gecikme faizi ile birlikte takip ve tahsili amacıyla tesis edilen dava konusu işlemde hukuka aykırılık bulunmadığı, ayrıca Maden Kanununda daha önceden ruhsata bağlanan ocakların rüsumu yönünden bir değişiklik getirilmediğinden işlemin bu açıdan da kusurlandırılmayacağı gerekçesiyle davayı reddetmiştir.

Davacının temyiz istemini reddeden ancak, karar düzeltme istemini kabul ederek, temyiz isteminin reddi yolundaki kararını kaldırdıktan sonra temyiz istemini yeniden inceleyen Danıştay Dokuzuncu Dairesi, 13.2.2007 günlü ve E:2006/5136, K:2007/343 sayılı kararıyla; davacı şirket tarafından işletilmekte olan kum-çakıl ocağına ilişkin ruhsatın, ocakta derinlik sınırının aşılması ve ruhsat dışı sahadan malzeme alınması nedeniyle İl Daimi Encümeninin 17.9.2004 günlü kararı ile iptal edildiği ve sözleşmeden doğan 25.10.2004 ve 25.1.2005 tarihlerine ait rüsum taksitlerinin vadesinde ödenmemesi üzerine dava konusu işlemin tesis edildiği, Taşocakları Nizamnamesinin 19'uncu maddesinde, ocaktan çıkarılacak maddelerden alınacağı belirtilen rüsum bedelinin, ocağın rezerv durumu, çıkarılan kum ve çakıl miktarı ve işletme süresi dikkate alınarak hesaplanmasının öngörüldüğü, işletmecinin kusuru nedeniyle dahi olsa ruhsatın iptal edilmesiyle ocaktan çıkarılması kararlaştırılan ürünün tamamı istihsal edilemeyeceğinden, ocak rezervinin tamamının kullanılacağı varsayımı ile önceden saptanan rüsum bedelinin tümünün istenmesinde hukuka uygunluk görülmediği gerekçesiyle vergi mahkemesi kararını bozmuştur.

Bozma kararına uymayan Antalya Vergi Mahkemesi, 12.7.2007 gün ve E:2007/1045, K:2007/1270 sayılı kararıyla, davanın reddi yönündeki ilk kararında ısrar etmiştir.

Davacı, taşocağı işletme ruhsatının davalı idarece iptal edilmesi nedeniyle ocakta faaliyette bulunulmadığını, ruhsat süresi sonunda alınan malzeme miktarının bilirkişi raporu ile tespit edildiğini, haksız rüsum istendiğini ileri sürerek kararın bozulmasını istemiştir.

Savunmanın Özeti : Savunma verilmemiştir.

Danıştay Tetkik Hâkimi Gönül SAYIN'ın Düşüncesi : Taşocakları Nizamnamesinin 19'uncu maddesi uyarınca idare ile ruhsat sahibi davacı arasında yapılan görüşme sonucu düzenlenen sözleşme ile azami rezerv miktarı kadar kum-çakılın alınmasına iki yıl süre ile izin verildiğinden azami rezerv miktarının tamamının çıkarıldığı yönünde idarece bir tespit olmadığı sürece maktu rüsumun iki yıllık kullanım karşılığı alındığının kabulü gerekmektedir.

Olayda 25.4.2004-25.4.2006 tarihleri arasında geçerli olmak üzere verilen kum-çakıl ocağı işletme ruhsatı 17.9.2004 tarihinde iptal edilerek 6.10.2004 tarihinden, iptal işlemine karşı idare mahkemesinde açılan davada verilen yürütmenin durdurulmasına ilişkin kararın tebliğ tarihi olan 28.3.2005 tarihine kadar davacının faaliyeti durdurulduğundan, davacı şirketin idarenin işlemi ve eylemi nedeniyle faaliyette bulunamadığı 5 ay 22 gün süreye isabet eden rüsumun azami rezerv miktarının tamamının çıkarıldığı yönünde idarece bir tespit olmadığı takdirde terkinin gerekmektedir.

Bu nedenlerle vergi mahkemesince idare tarafından ruhsatlı alandan alınan kum-çakıl miktarının tespit edilip edilmediği araştırıldıktan sonra karar verilmesi gerektiği kanaati ile ısrar kararının bozulması gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı Buket ORAL'ın Düşüncesi : Danıştay Dokuzuncu Dairesinin bozma kararındaki gerekçede belirtilen nedenler doğrultusunda temyiz isteminin kabulü ile temyiz konusu Mahkeme ısrar kararının bozulmasının uygun olacağı düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

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

Vadesinde ödenmeyen rüsum bedeli taksitlerinden oluşan borcun gecikme faiziyle ödenmesi gerektiğini ve aksi halde 6183 sayılı Yasa hükümlerine göre cebren takip ve tahsil edileceğini duyuran il özel idare müdürlüğü yazısına karşı açılan davayı inceleyerek, reddeden vergi mahkemesi ısrar kararı temyiz edilmiştir.

İdari davalara, idare hukuku ilkelerine göre kurulmuş, kesin ve etkili işlemler konu yapılabilir. Etkisiz işlemleri konu edinen davaların, 2577 sayılı Yasanın 14'üncü maddesinin (3/d) ve 15'inci maddesinin (1/b) bendi uyarınca reddi gerekmektedir.

Davacı şirkete, Antalya İli, ... İlçe, ... ve ... sınırları içinde ... Çayı mevkiinde bulunan, 68.635 m2 alanın, 17.000 m2'sinde İl Daimi Encümeninin 25.3.2004 gün ve 92 sayılı kararına dayanılarak 25.4.2004-25.4.2006 tarihleri arasında geçerli olmak üzere maktu rüsum karşılığı kum-çakıl ocağı işletme ruhsatı verildiği, davalı idare ile davacı şirket arasında imzalanan 16.4.2004 tarihli sözleşmede rüsum bedelinin 1/4'ünün peşin, geri kalan kısmının ise üç eşit taksitle 25.7.2004, 25.10.2004, 25.1.2005 tarihlerinde ödenmesinin, sözleşmede kararlaştırılan rüsum bedelinin vadesinde ödenmemesi halinde ihbar ve ihtar gerek olmadan, 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun uyarınca işlem yapılmasının öngörüldüğünde ve davacının ödeme zamanı sözleşmede kararlaştırılan, 25.10.2004 ve 25.1.2005 tarihlerinde ödemesi gereken taksitleri vadelerinde ödemediğinde tartışma bulunmamaktadır. Sözleşmede, kararlaştırılan taksitlerin vadelerinde ödenmemesi halinde herhangi bir ihbar veya ihtar yapılması gerekmez, rüsum bedelinin 6183 sayılı Yasa hükümlerine göre tahsil edileceği yazılı olduğuna göre davacı hakkında kurulabilecek etkili işlem, 6183 sayılı Yasanın 54'üncü maddesine dayanılarak kurulacak işlemlerden biri olabilir. Gösterilmişse teminatın paraya çevrilmesi veya davacı adına ödeme emri düzenlenerek başlatılabilecek olan cebren takipten önce alacaklı tahsil dairesi tarafından yazılan ve borçluyu ödemeye çağıran yazı gereğinin yerine getirilmemesi, borçlunun yazının tebliğinden önceki hukuksal durumunda herhangi bir değişiklik yaratmaz.

Antalya İl Özel İdare Müdürlüğü'nün davacıya tebliğ ettiği ve davaya konu yapılan 8.6.2005 günlü ve 625 sayılı yazısı, rüsum bedelinin vadesinde ödenmediğini hatırlatarak

ödemeye çağıran, çağırıya karşın ödenmediği takdirde 6183 sayılı Yasaya göre cebren takibe başlanacağını bildiren bir yazıdır. Belirtilen niteliğinden dolayı etkili olmayan yazıya karşı açılan davanın incelenmesiyle verilecek hükmün de etkili olmayacağı açıktır.

Açıklanan nedenlerle, davacı tarafından ileri sürülen iddialar, temyiz istemine konu yapılan Antalya Vergi Mahkemesinin, 12.7.2007 gün ve E:2007/1045, K:2007/1270 sayılı ısrar kararının sonucu itibarıyla bozulmasını gerektirecek nitelikte görülmediğinden temyiz isteminin reddine, 26.12.2008 gününde oyçokluğu ile karar verildi.

KARŞI OY

X- Dava, 25.4.2004- 25.4.2006 tarihleri arasında geçerli olmak üzere sözleşmedeki para birimiyle 85.000.000.000 TL. rüsum karşılığı, iki yıl süreyle kum-çakıl ocağı işletme ruhsatı verilen davacı şirketin ruhsatının 17.9.2004 tarihinde iptal edilmesi üzerine, 25.10.2004 ve 25.1.2005 olan vade tarihlerinde ödenmeyen ve o tarihteki para birimine göre 42.500 YTL. rüsum bedelinin gecikme faiziyle birlikte ödenmesi gereğini ve aksi halde 6183 sayılı Yasaya göre cebren tahsil edileceğini duyuran Antalya İl Özel İdare Müdürlüğünün 8.6.2005 tarih ve 625 sayılı yazısının iptali istemiyle açılmıştır.

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 2 nci maddesinin 1 inci fıkrasının (a) bendinde, idari işlemler hakkında yetki, şekil, sebep, konu ve maksat yönlerinden biri ile hukuka aykırı olduklarından dolayı iptalleri için menfaatleri ihlal edilenler tarafından açılan iptal davaları, idari dava türü olarak açıklanmıştır.

Doktrinde idari işlem, idari makam ve mercilerin idare işlevleriyle ilgili, kamu hukuku alanında tesis ettikleri tek taraflı, doğrudan uygulanabilir nitelikteki hukuki tasarrufları olarak tanımlanmakta, işlemin, ilgilinin talebine bağlı olmaksızın kişilerin hukuksal durumunda etkili olması, hukuk alanına bir yenilik veya değişiklik getirmesi bilgisini içermesi idari davaya konu olması için yeterli görülmektedir.

Davacıya,25.10.2004 ile 25.1.2005 tarihleri arasında ödenmeyen rüsum bedelinin gecikme faizi ile birlikte ödenmesini, aksi halde 6183 sayılı Yasaya göre cebren tahsil edilebileceğinin bildirilmesine ilişkin dava konusu işlem, gerek rüsum bedelinin faiziyle birlikte ödenmesi hususunda davacıya yükümlülük öngörmesi, gerek ödeme yapılmaması halinde davacının, 6183 sayılı Yasaya göre cebren tahsil için takibata maruz kalacağını açıklanmış olması nedeniyle yaratacağı hukuki sonuçlar dikkate alındığında yukarıda tanımlanan nitelikte davacının menfaatini doğrudan etkileyen idari davaya konu olabilecek kesin ve yürütülmesi zorunlu işlem olarak kabul edilmelidir.

Bu nedenle temyiz isteminin esası incelenerek karar verilmesi gerektiği oyu ile karara karşıyız.

T.C.
DANIŞTAY
Vergi Dava Daireleri
Kurulu

Esas No : 2008/738

Karar No: 2009/80

Özeti : Birden çok gümrük giriş beyannamesi muhteviyatı eşya nedeniyle yapılan tahakkuklardan her birine ayrı ayrı yöneltelen itirazların reddine ilişkin işlemlerin 4458 sayılı Gümrük Kanununa uygun olup olmadığının ayrı ayrı incelenmesi gerektiği ve işlemlerden biri diğerinin sonucu olmadığı gibi biri hakkında ulaşılacak yargının, diğerini etkilemesi de

söz konusu olmadığından, birlikte ve aynı dilekçede dava konusu yapılamayacağı hakkında.

Temyiz Edenler : 1- ... Anonim Şirketi

Vekili : Av. ...

2- Başbakanlık Gümrük Müsteşarlığı adına
Halkalı (Tekstil İhtisas) Gümrük Müdürlüğü

İstemin Özeti : Davacı şirket adına ihtirazi kayıtla verilen 41 ayrı gümrük giriş beyannamesi muhteviyatı eşya nedeniyle yapılan tahakkuklara vaki itirazların reddine ilişkin işlemlerin iptali istemiyle açılan davayı inceleyen İstanbul 7.Vergi Mahkemesi, 21.6.2006 günlü ve E:2006/36, K:2006/1569 sayılı kararıyla, dava konusu işlemlerin kısmen iptaline, kısmen de davanın reddine karar vermiştir.

Tarafların temyiz istemini inceleyen Danıştay Yedinci Dairesi, 14.6.2007 günlü ve E:2006/3602, K:2007/2738 sayılı kararıyla; beyannamelerin tescil tarihi itibarıyla yürürlükte bulunan Gümrük Kanununun ilgili hükümlerine uygun olarak düzenlenip düzenlenmediği yönünden her birinin ayrı ayrı incelenmesi zorunlu olan birden fazla işleme karşı tek dilekçeyle açılan davaya ait dilekçenin 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 5'inci maddesine uygun olmaması nedeniyle reddi gerekirken, davanın bu aykırılık gözetilmeden karara bağlanmasında isabet bulunmadığı gerekçesiyle kararı bozmuştur.

Bozma kararına uymayan İstanbul 7.Vergi Mahkemesi, 15.5.2008 günlü ve E:2008/1621, K:2008/1641 sayılı kararıyla; 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 5'inci maddesinin 1'inci fıkrasında yer alan, aralarında maddi veya hukuki yönden bağıllık ya da sebep-sonuç ilişkisi bulunan birden fazla işleme karşı tek dilekçe ile de dava açılabileceği yolundaki hüküm karşısında, dava dilekçesinde değinilen kurala aykırılık görülünceye kadar davanın esaslı incelenerek sonuçlandırılmasında hukuka aykırılık bulunmadığı gerekçesiyle ilk kararında ısrar etmiştir.

Taraflar, ısrar kararının hukuka uygun olmadığını ileri sürerek bozulmasını istemişlerdir.

Savunmanın Özeti : Davacı tarafından savunma verilmemiştir. Vergi idaresince yasal dayanaktan yoksun olan temyiz isteminin reddi gerektiği savunulmuştur.

Danıştay Tetkik Hakimi Gönül SAYIN'ın Düşüncesi : Taraflar temyiz isteminin ısrar hükmü yönünden reddi ile işin esaslı yönünden temyiz incelemesi yapılmak üzere dosyanın Danıştay Yedinci Dairesine gönderilmesi gerektiği düşünülmüştür.

Danıştay Savcısı H.Hüseyin TOK'un Düşüncesi : Taraflar temyiz isteminin kabulü ile vergi mahkemesi ısrar kararının Danıştay 7 nci Dairesince verilen bozma kararı doğrultusunda bozulmasına karar verilmesi gerektiği düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Vergi Dava Daireleri Kurulunca, tebligat işlemlerinin tamamlandığı görüldüğünden, davacının yürütmenin durdurulması istemi hakkında karar verilmesine gerek görülünceye kadar dosyadaki belgeler incelendikten sonra gereği görüldü:

Davacı şirket adına verilen 41 ayrı gümrük giriş beyannamesi muhteviyatı eşya nedeniyle ayrı ayrı yapılan tahakkuklardan her birine ayrı dilekçelerle yöneltilen itirazların reddine ilişkin işlemlerin, aynı dilekçede dava konusu edilmesinde yargılama usulüne aykırılık görmeyerek davayı incelemesi nedeniyle kararı bozulan vergi mahkemesi tarafından verilen ısrar kararı temyiz edilmiştir.

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 5'inci maddesinin 1'inci fıkrasında; her idari işlem aleyhine ayrı ayrı dava açılacağı ancak, aralarında maddi veya hukuki yönden bağıllık ya da sebep sonuç ilişkisi bulunan birden fazla işleme karşı bir dilekçe ile de dava açılabileceği kuralına yer verilmiştir.

Her idari işleme karşı ayrı ayrı dava açılması gerektiği kuralına istisna oluşturan sözü edilen düzenlemenin, birden çok işleme karşı aynı dilekçe ile dava açılmasını bağladığı koşullar karşısında; işlemlerden birinin, diğerinin sonucu olmadığı ya da biri hakkında verilecek kararın diğerini etkilemediği durumlarda birden çok işlemin, aynı dilekçede dava konusu edilmesine olanak bulunmadığı sonucuna ulaşılmaktadır.

Davacı şirket adına tescilli muhtelif gün ve sayılı gümrük giriş beyannameleri muhteviyatı eşya nedeniyle yapılan tahakkuklardan her birine ayrı ayrı yöneltilen itirazların reddine ilişkin dava konusu işlemlerin; beyannamelerin tescil tarihi itibarıyla yürürlükte bulunan 4458 sayılı Gümrük Kanununun ilgili hükümlerine uygun düzenlenip düzenlenmediği ve ihtirazi kayıtla verilip verilmediği yönünden her birinin ayrı ayrı incelenmesi zorunlu bulunduğu ve işlemlerden biri diğerinin sonucu olmadığı gibi bu işlemlerden biri hakkında ulaşılabilecek yargının diğerini etkilemesi de söz konusu edilemeyeceğinden, itirazların reddi yolundaki her işleme karşı ayrı dava açılması zorunlu olduğu halde tümüne aynı dilekçe ile dava açılması nedeniyle dava dilekçesinin bu durum gözetilerek reddi gerekirken, dava dilekçesinde bu yönden yargılama usulüne aykırılık görülmeyerek verilen ısrar hükmünde hukuka uygunluk bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle, temyiz isteminin kabulüyle, İstanbul 7.Vergi Mahkemesinin 15.5.2008 günlü ve E:2008/1621, K:2008/1641 sayılı ısrar kararının bozulmasına, yeniden verilecek kararda karşılanacağından, yargılama giderleri yönünden hüküm kurulmasına gerek bulunmadığına, 6.3.2009 gününde oyçokluğu ile karar verildi.

KARŞI OY

X- Tarafların ısrar hükmüne yönelik temyiz istemlerinin reddi ile işin esası yönünden temyiz incelemesi yapılmak üzere dosyanın görevli Danıştay Yedinci Dairesine gönderilmesi gerektiği görüşüyle karara karşıyım.

İKİNCİ DAİRE KARARLARI

MEMURLAR VE DİĞER KAMU GÖREVLİLERİ

T.C. DANIŞTAY İkinci Daire

Esas No : 2008/3427

Karar No : 2009/826

Özeti : 2005/73 sayılı Genelgenin yargı kararıyla iptal edilmiş olmasının, genelge kapsamında tesis edilmekle birlikte, üst norm olan Yönetmelikte belirlenen koşulları taşıyanların atamalarının iptalini gerektirmeyeceği hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan (Davalı): Milli Eğitim Bakanlığı

Karşı Taraf : Eğitim ve Bilim Emekçileri Sendikası(Eğitim-Sen)

Vekili : Av. ...

İsteğin Özeti : Davacı Sendika tarafından, Milli Eğitim Bakanlığı

Personel Genel Müdürlüğü'nün 2005/73 sayılı Genelgesi'nin Danıştay 2. Dairesi'nin 10.04.2006 günlü, 2005/2651 sayılı kararıyla yürütmesinin durdurulması nedeniyle söz konusu Genelge'ye dayanılarak tesis edilen öğretmen atamalarının geri alınması istemiyle yapılan başvurunun cevap verilmemek suretiyle zımnen reddine ilişkin davalı idare işleminin iptali yolunda Ankara 1. İdare Mahkemesi'nce verilen 6.12.2007 günlü, E:2006/2255, K:2007/2977 sayılı kararın, dilekçede yazılı nedenlerle 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 49. maddesi uyarınca temyizden incelenerek bozulması isteminden ibarettir.

Cevabın Özeti : Cevap verilmemiştir.

Danıştay Tetkik Hakimi : Elif Karakaş

Düşüncesi : İdare Mahkemesi kararının onanması gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı : Celalettin Yüksel

Düşüncesi : İdare ve vergi mahkemelerince verilen kararların temyizden incelenerek bozulabilmesi için, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 49 uncu maddesinin birinci fıkrasında belirtilen nedenlerin bulunması gerekmektedir.

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

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay İkinci Dairesi'nce işin gereği düşünüldü:

İdare ve vergi mahkemeleri tarafından verilen kararların temyiz yolu ile incelenerek bozulabilmeleri, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 49. maddesinde belirtilen nedenlerden birinin varlığına bağlı olup, davalı idare tarafından ileri sürülen hususlar bunlardan hiç birine uymamaktadır.

Milli Eğitim Bakanlığı Personel Genel Müdürlüğü'nün "Anadolu Liselerine Öğretmen Seçimi" konulu, 23.8.2005 günlü, 51735 (2005/73) sayılı Genelgesi'nin Dairemizin 10.4.2006 günlü, E:2005/2651 sayılı kararıyla yürütülmesinin durdurulmasına, daha sonra da 5.6.2007 günlü, E:2005/2651, K:2007/2508 sayılı kararıyla, Yönetmelikte ana kural olarak öngörülen "sınav" koşulunun, Genelge ile istisna durumuna getirildiği, ana kuralın ihmal edilmek

suretiyle sınavsız atama olanağı getirilmesinde Yönetmelik hükümlerine uygunluk bulunmadığı gerekçesiyle, anılan Genelgenin iptaline karar verildiği anlaşıldığından, bu Genelgenin dava konusu işlemlere dayanak olarak alınması mümkün değildir. Bu durumda dava konusu olan ve anılan Genelge uyarınca yapılan tüm atama işlemlerinin, tesis edildikleri tarihte yürürlükte bulunan ve Aralık 1999 tarihli, 2507 sayılı Tebliğler Dergisinde yayımlanan Milli Eğitim Bakanlığı Anadolu Liseleri Öğretmenlerinin Seçimi ve Atamalarına İlişkin Yönetmelik hükümleri çerçevesinde değerlendirilmesi gerekmektedir.

Anılan Genelge uyarınca yapılan atama işlemlerinin tümünün iptali yolundaki İdare Mahkemesi kararının da bu doğrultuda değerlendirilmesi gerekmekte olup, anılan kararın; hiç bir düzenlemeye dayanmadan yalnızca 2005/73 sayılı Genelgeye dayanılarak yapılan atama işlemleri açısından sonuç doğuracağı, Genelge kapsamında tesis edilmekle birlikte üst norm olan Yönetmelikte belirlenen koşulları taşıyanların atamalarının iptalini gerektirmeyeceği açıktır.

Aralık 1999 tarihli, 2507 sayılı Tebliğler Dergisinde yayımlanan Milli Eğitim Bakanlığı Anadolu Liseleri Öğretmenlerinin Seçimi ve Atamalarına İlişkin Yönetmeliğin 2. maddesinde, bu Yönetmeliğin, Hollandaca, Japonca, İspanyolca, İtalyanca öğretmenleri ile mesleki ve teknik öğretim kurumlarının endüstriyel teorik ve endüstriyel uygulama öğretmenleri hariç, Milli Eğitim Bakanlığı'na bağlı her türdeki resmi Anadolu liselerinde görev alacak öğretmenleri kapsadığı belirtilmiş, 5. maddesinde, adaylarda aranacak genel koşullara, 6. maddesinde, yabancı dille yapılan derslerin öğretmenliğine atanacaklar için adaylarda aranacak özel koşullara, 8. maddesinde, seçme sınavının Eğitim Teknolojileri Genel Müdürlüğünce çoktan seçmeli test şeklinde merkezi sistemle yapılacağı, 10. maddesinde, seçme sınavını kazanan adayların, öğretmen ihtiyacı karşılanacak okulların Bakanlık merkez teşkilatında bağlı olduğu birim amirinin veya görevlendireceği yardımcısının başkanlığında Sınav Yürütme Kurulunca oluşturulacak sınav komisyonları tarafından branşlarının özelliğine göre mülakat veya uygulama sınavına alınacakları, 12. maddesinde ise sınavların 100 puan üzerinden ölçüleceği, bu sınavların her birinden en az 70 puan alanların başarılı sayılıp seçme sınavını kazananların tamamının mülakat/uygulama sınavına alınacağı ve sınavları kazanan adayların başarı sıralamasının seçme sınavında alınan notun %60'ı ile mülakat/uygulama sınavında alınan notun %40'ının toplamına göre en yüksek puan alandan başlamak üzere yapılacağı kuralına yer verilmiş ve sınav sonuçlarının 5 yıl süre ile geçerli olduğu hükme bağlanmış, 17. maddesinde, sınavı kazanan adayların atamalarının, başarı sıralamasına göre, aynı birime bağlı okullardan yapılmış olan tercihleri de dikkate alınarak, bu Yönetmelik kapsamında ihtiyacı bulunan okullara Bakanlıkça yapılacağı, 18. maddesinde, kapsama dahil okulların öğretmenliğine atanarlardan; daha sonra çeşitli nedenlere bağlı olarak 3 yıl ve daha az süreyle öğretmenlik mesleğinden ayrı kalanlar ile kapsam dışındaki okullarda 5 yıl ve daha az süreyle görev yapanların, kapsama dahil okullara atanmak istemeleri halinde, bu Yönetmelikte belirtilen şartları taşıyor olmaları koşuluyla, aynı türdeki okullara yeniden atanabilecekleri, geçici 1. maddesinin 2. fıkrasında da, daha önce kapsama dahil okullarda görev yapmakta iken herhangi bir nedenle bu Yönetmeliğin yürürlüğe girdiği tarihten önce görevlerinden ayrılmış olanlardan, kapsama dahil okullara yeniden atanmak isteyenler hakkında bu Yönetmelik hükümlerine göre işlem yapılacağı öngörülmüştür.

Anılan hükümlerin birlikte değerlendirilmesinden, esas itibarıyla Anadolu Liselerine seçme sınavı ile atama yapılacağı, dolayısıyla dava konusu atama işlemleri yönünden, 2000 yılında yapılan Anadolu liselerine öğretmen seçme sınavının test ve mülakat aşamasında başarılı olanların 5 yıllık geçerlilik süresi içinde atanmış olmak kaydıyla kazanılmış haklarının bulunduğu, daha önce Anadolu statülü okullarda görev yapıp çeşitli nedenlerle kapsam dışı okullara geçiş yapan öğretmenler için ise belirli koşullarla sınav şartının aranmayacağı anlaşılmaktadır. Bu bağlamda Yönetmeliğin 18. maddesi irdelendiğinde, kapsama dahil okulların öğretmenliğine atanarlardan, kapsam dışındaki okullarda 5 yıl ve daha az süreyle görev yapanların, kapsama dahil okullara atanmak istemeleri halinde Yönetmelikte

öngörülen genel ve özel koşullar dışında sınav koşulunun aranmayacağıının anlaşılması gerekir. Aksi halde, anılan 18. maddede belirtilen süre kıstasının bir anlamı kalmayacaktır.

Öte yandan, daha önce Anadolu statülü okullarda görev yapıp da çeşitli nedenlerle kapsam dışı okullara geçiş yapan öğretmenlerin 18. madde hükmünden yararlanabilmeleri için, kapsam dışı okula geçmeden önce görev yaptıkları Anadolu statülü okula hukuka ve bu okullara atandıkları tarih itibarıyla yürürlükte bulunan mevzuata uygun olarak atanmış olmaları gerektiği kuşkusuzdur.

Daha açık bir ifadeyle, 1.1.2000 tarihinde yürürlüğe giren Aralık 1999 tarihli, 2507 sayılı Tebliğler Dergisinde yayımlanan Milli Eğitim Bakanlığı Anadolu Liseleri Öğretmenlerinin Seçimi ve Atamalarına İlişkin Yönetmelik ile Anadolu statülü okullara atanabilmek için sınav şartı öngörüldüğünden, 1.1.2000 tarihi itibarıyla Anadolu statülü bir okula ilk defa atanmış olanlar ile daha önce kapsama dahil okullarda görev yapmakta iken herhangi bir nedenle bu Yönetmeliğin yürürlüğe girdiği tarihten önce görevlerinden ayrılmış olanların; kapsama dahil okullara yeniden atanmak istemeleri halinde 18. madde hükmünden sınavsız yararlanma olanağı bulunmamaktadır.

Diğer taraftan, Anadolu statülü okullara, anılan Yönetmelik yürürlüğe girmeden önce ve atanma tarihinde yürürlükte bulunan mevzuata uygun şekilde atanmış olanlardan, Yönetmeliğin yürürlüğe girdiği 1.1.2000 tarihinde halen Anadolu statülü okul öğretmeni olarak görev yapanların Yönetmeliğin Geçici 1. maddesinin 1. fıkrası uyarınca 18. madde hükmünden sınavsız yararlanabilecekleri tabiidir.

Aralık 1999 tarihli, 2507 sayılı Tebliğler Dergisinde yayımlanan Milli Eğitim Bakanlığı Anadolu Liseleri Öğretmenlerinin Seçimi ve Atamalarına İlişkin Yönetmeliğin yürürlüğe girdiği 1.1.2000 tarihinden önce Anadolu statülü okullara yapılacak öğretmen atamalarında uygulanacak olan mevzuata gelince; Dairemizin E:2006/868 sayılı dosyasında verilen 2.7.2008 günlü ara kararı uyarınca davalı idare tarafından gönderilen Milli Eğitim Bakanlığı Personel Genel Müdürlüğünün 16.7.1992 günlü, il emrine yapılacak atamalar konusu yazısında Anadolu liselerinin yabancı dil ve öğretimi yabancı dille yapılan derslerin (Matematik ve Fen Grubu) öğretmenlerinin atamalarında doğrudan okul ve kurumlara atamak suretiyle Bakanlığın, bunların dışında kalan öğretmenlerin atamalarında ise valiliklerin yetkili olduğu belirtildiğinden, sınav şartı olmayan 16.7.1992 - 1.1.2000 tarihleri arasında Anadolu statülü okullara atanmış olanlar için de bu kriterin esas alınması gerekmektedir.

Açıklanan nedenlerle, Ankara 1. İdare Mahkemesi'nce verilen 6.12.2007 günlü, E:2006/2255, K:2007/2977 sayılı karar ve dayandığı gerekçe hukuk ve usule uygun olup, bozulmasını gerektirecek bir neden de bulunmadığından, temyiz isteminin reddi ile anılan kararın onanmasına, temyiz giderlerinin istemde bulunan davalı üzerinde bırakılmasına, 25.2.2009 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

T.C.
DANIŞTAY
İkinci Daire

Esas No : 2009/432
Karar No : 2009/1697

Özeti : Kariyer basamaklarında yükselmeye ilişkin olarak, ilgili mevzuatta belirtilen "hizmet içi eğitim" ibaresinin Anayasa Mahkemesi kararıyla iptal edilmesi nedeniyle davalı idarece, davalı ile emsallerinin olay tarihi itibarıyla hizmet içi eğitim belgeleri puanlamaya dahil edilmeksizin yeniden bir değerlendirme yapılması gerektiği hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunanlar (Davalılar) : 1-Milli Eğitim Bakanlığı
2-Bor Kaymakamlığı

Karşı Taraf : ...

İsteğin Özeti : Danıştay İkinci Dairesi'nin usule ilişkin 4.12.2007 günlü, E:2007/3186, K:2007/4730 sayılı bozma kararına uyularak Aksaray İdare Mahkemesi'nce verilen 25.9.2008 günlü, E:2008/142, K:2008/1511 sayılı kararın iptale ilişkin kısmının temyizen incelenerek bozulması isteminden ibarettir.

Cevabın Özeti : Cevap verilmemiştir.

Danıştay Tetkik Hakimi : Ali Ün

Düşüncesi : İdare Mahkemesi kararının iptale ilişkin kısmının gerekçesi değiştirilerek onanması gerektiği düşünülmüştür.

Danıştay Savcısı : Şule Taturoğlu

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, Niğde İli, Bor ... İlköğretim Okulu'nda öğretmen olarak görev yapmakta olan davacının, Uzman Öğretmenlik ünvanını elde etmek amacıyla yaptığı başvurusunun reddine ilişkin işlemin iptali istemiyle açılmıştır.

Danıştay İkinci Dairesi'nin usule ilişkin 4.12.2007 günlü, E:2007/3186, K:2007/4730 sayılı bozma kararına uyularak Aksaray İdare Mahkemesi'nce verilen 25.9.2008 günlü, E:2008/142, K:2008/1511 sayılı kararla; davacı tarafından sunulan beş adet hizmetçi eğitim belgesinden dördünün kariyer basamaklarında yükselmeye ilişkin değerlendirmede esas alınmamasına ilişkin işlemde hukuka aykırılık bulunmadığı, ancak, davacının katıldığı 75 saatlik Bilgisayar ve İnternet Kullanımı Kursunun Milli Eğitim Bakanlığı Hizmetçi Eğitim Daire Başkanlığı'nın 2003/75 sayılı genelgesi kapsamında organize edilerek düzenlenen bir kurs olması nedeniyle bu kurs sonucunda verilen belgenin kabul edilmemesine ilişkin işlemde ise hukuka uyarlık bulunmadığı gerekçesiyle puanlamaya esas alınmayan anılan Bilgisayar ve İnternet Kullanımı Kursuna ilişkin belge yönünden, dava konusu işlemin bu kısmı iptal edilmiş, diğer belgelerin değerlendirmeye alınmamasına ilişkin kısım yönünden ise dava reddedilmiştir.

Davalı idareler, söz konusu belgenin kariyer basamaklarında yükselmeye ilişkin değerlendirmede kabul edilemeyeceğini öne sürmekte ve İdare Mahkemesi kararının iptale ilişkin kısmının temyizen incelenerek bozulmasını istemektedirler.

5204 sayılı Milli Eğitim Temel Kanunu ve Devlet Memurları Kanununda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanunun 1. maddesiyle, 1739 sayılı Milli Eğitim Temel Kanununun 43. maddesinin sonuna eklenen 2. fıkra, "Kariyer basamaklarında yükselmede kıdem, eğitim (hizmet içi eğitim, lisansüstü eğitim), etkinlikler (bilimsel, kültürel, sanatsal ve sportif çalışmalar) ve sicil (iş başarımı) puanları ile sınav sonuçları esas alınır. Değerlendirme 100 tam puan üzerinden yapılır. Değerlendirme puanının % 10'unu kıdem, %20'sini eğitim, %10'unu etkinlikler, % 10'unu sicil (iş başarımı) ve %50'sini de sınav puanı oluşturur." hükmüne yer verilmiştir.

Ancak, Anayasa Mahkemesi'nin 18.3.2009 günlü, 27173 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan 21.5.2008 günlü, E:2004/83, K:2008/107 sayılı kararıyla, anılan hükümde yer alan "hizmet içi eğitim" ibaresinin, "Anayasa'nın 10. maddesinde öngörülen yasa önünde eşitlik, herkesin her yönden aynı kurallara bağlı olacağı anlamına gelmez. Kimi yurttaşların

haklı bir nedene dayanarak değişik kurallara bağlı tutulmaları eşitlik ilkesine aykırılık oluşturmaz. Durum ve konumlarındaki özellikler kimi kişiler için değişik kuralları ve değişik uygulamaları gerekli kılabilir. Anayasa'nın amaçladığı eşitlik eylemli değil hukuksal eşitliktir. Aynı hukuksal durumlar aynı, ayrı hukuksal durumlar ayrı kurallara bağlı tutulursa Anayasa'da öngörülen eşitlik çiğnenmiş olmaz. Başka bir anlatımla, kişisel nitelikleri ve durumları özdeş olanlar arasında, yasalara konulan kurallarla değişik uygulamalar yapılamaz. Durumlardaki değişikliğin doğurduğu zorunluluklar, kamu yararı ya da başka haklı nedenlere dayanarak yasalarla farklı uygulamalar getirilmesi durumunda Anayasa'nın eşitlik ilkesinin çiğnendiği sonucu çıkarılamaz.

Kariyer basamaklarında yükselmedeki ölçütlerden olan "hizmet içi eğitim" ile ilgili olarak 1739 sayılı Yasa'nın 48. maddesinde, "Öğretmenlerin daha üst öğrenim görmelerini sağlamak üzere yaz ve akşam okulları açılır veya hizmet içinde yerleştirilmeleri maksadıyla kurslar ve seminerler düzenlenir. Yaz ve akşam okulları öğretmen yetiştiren kurumlarca açılır; bunlara devam ederek yeterli krediyi dolduran öğretmenlere o kurumun belge ve diploması verilir. Milli Eğitim Bakanlığınca açılan kurs ve seminerlere devam edenlerden başarı sağlayanlara belge verilir. Bu belgelerin, öğretmenlerin atama, yükselme ve nakillerinde ne ölçüde ve nasıl değerlendirileceği yönetmelikle düzenlenir." hükmü yer almaktadır.

Milli Eğitim Bakanlığı'nın hazırladığı yıllık hizmet içi eğitim planına göre eğitim alacak öğretmenler ve sayıları belirlenerek hizmet içi eğitim gerçekleştirilmektedir. Uygulamada mahalli hizmet içi eğitim faaliyetlerine katılacak öğretmenler valilik, Bakanlık tarafından yapılan hizmet içi eğitim faaliyetlerine katılacak olanlar ise Bakanlık onayı ile tespit edilmektedir.

Bu düzenlemelerden kariyer basamaklarında yükselmedeki değerlendirme puanının %20'lik eğitim kısmı içerisinde yer alan hizmetiçi eğitime katılmada öğretmenin iradesinin belirleyici olmadığı anlaşılmaktadır. Bu durumun, hizmetiçi eğitim almak üzere görevlendirilmiş öğretmenlerin, bu kapsama alınmayanlara göre kariyer basamaklarındaki değerlendirmede öne geçmelerine ve aynı hukuksal konuma sahip öğretmenler arasında eşitsizliğe yol açacağı açıktır. Hizmetiçi eğitime katılacakların saptanmasında bu eşitsizliği giderici objektif kriterlerin yasada yer almaması nedeniyle kuraldaki "hizmetiçi eğitim" ibaresi Anayasanın 10. maddesine aykırıdır." gerekçesiyle iptaline karar verilmiştir.

Dava dosyasının incelenmesinden, öğretmenlik kariyer basamaklarında yükselme sınavında başarılı olan davacının, değerlendirme sürecinde sunduğu beş adet hizmetiçi eğitim belgesinin puanlamaya dahil edilmemesi nedeniyle uzman öğretmenlik unvanını almaya hak kazanamaması üzerine, söz konusu belgelerin geçerli sayılarak gereğinin yapılmasını istediği, bu istemin reddi üzerine bakılan davanın açıldığı anlaşılmıştır.

Anılan Anayasa Mahkemesi kararına göre, hizmet içi eğitim faaliyetlerine ilişkin belgelerin, kariyer basamaklarında yükselmeye ilişkin değerlendirmede belirleyici kıstaslardan biri olarak kabul edilmesi mümkün değildir. Ancak olay tarihi itibarıyla, bu belgelerin, değerlendirmeye tabi tutulması suretiyle, davacının dışında bazı kişilerin, puanlamada öne geçerek uzman öğretmen unvanını almaya hak kazandıkları da kuşkusuzdur.

Dolayısıyla, Anayasa Mahkemesi'nce verilen kararın, olaya uygulanması halinde, hizmet içi eğitim belgelerinin dikkate alınması suretiyle puanlamada öne geçerek uzman öğretmen olan kişilerle davacı arasında oluşan eşitsizliğin giderilmesi açısından, davalı idarece, davacı ile emsallerinin olay tarihi itibarıyla hizmet içi eğitim belgeleri puanlamaya dahil edilmeksizin durumlarının ele alınıp yeniden bir değerlendirme yapılması gerektiği açıktır.

Buna göre, davacının uzman öğretmenlik unvanını almaya hak kazanıp kazanmadığının tespiti açısından yukarıda belirtildiği şekilde yeniden bir değerlendirme yapılması gerektiğinden, söz konusu belgenin puanlamaya dahil edilemeyeceğinden bahisle tesis edilen işlemde hukuka uygunluk bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle, davalı idarelerin temyiz istemlerinin reddiyle Aksaray İdare Mahkemesi'nce verilen ve hüküm fıkrası itibariyle hukuka uygun bulunan 25.9.2008 günlü, E:2008/142, K:2008/1511 sayılı kararın iptale ilişkin kısmının yukarıda belirtilen gerekçeyle onanmasına, temyiz giderlerinin istemde bulunan davalı idareler üzerinde bırakılmasına, 21.4.2009 tarihinde oyçokluğuyla karar verildi.

AZLIK OYU

X- 1739 sayılı Milli Eğitim Temel Kanunu'nun 43. maddesine, kariyer basamaklarında yükselmeye ilişkin olarak 5204 sayılı Kanun'la eklenen bazı fıkra ve ibareler, 18.3.2009 günlü, 27173 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Anayasa Mahkemesi'nin 21.5.2008 günlü, E:2004/83, K:2008/107 sayılı kararıyla iptal edilmişse de, aynı kararla, iptal edilen fıkra ve ibarelerin doğuracağı hukuksal boşluk kamu yararını ihlal edici nitelikte görüldüğünden, Anayasa'nın 153. maddesinin üçüncü fıkrasıyla 2949 sayılı Yasa'nın 53. maddesinin dördüncü ve beşinci fıkraları gereğince iptal hükümlerinin kararın Resmi Gazetede yayımlanmasından başlayarak bir yıl sonra yürürlüğe girmesine karar verilmiştir.

Bu durumda, Anayasa Mahkemesi'nce verilen iptal kararının Resmi Gazetede yayımlanmasından itibaren bir yıl sonra yürürlüğe gireceği dikkate alındığında, bu aşamada, temyiz istemi hakkında mevcut düzenlemelere göre değerlendirme yapılarak bir karar verilmesi gerektiği görüşüyle çoğunluk kararına katılmıyorum.

T.C. DANIŞTAY İkinci Daire

Esas No : 2008/3369

Karar No : 2009/2678

Özeti : Ek özel hizmet tazminatının da, özel hizmet tazminatlarında olduğu gibi, bu tazminatları gerektiren işlerde görevlendirilen personelin fiilen o işlerde çalışması karşılığında ödeneceği hakkında.

Kararın Düzeltilmesini İsteyen (Davalı) : Tarım Reformu Genel Müdürlüğü

Karşı Taraf : ...

Vekili : Av. ...

İsteğin Özeti : Ankara 10. İdare Mahkemesi'nin 23.10.2003 günlü, E:2003/1570, K:2003/1450 sayılı kararının onanmasına dair Danıştay Onbirinci Dairesi'nin 19.06.2006 günlü, E.2004/151, K:2006/3292 sayılı kararının dilekçede yazılı nedenlerle düzeltilmesi ve İdare Mahkemesi kararının bozulması istenilmektedir.

Cevabın Özeti : Cevap verilmemiştir.

Danıştay Tetkik Hakimi : Nafi Alantar

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 üncü maddesinde yazılı nedenlerden hiçbirisine uymadığından, istemin reddi gerekeceği düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay İkinci Dairesi'nce işin gereği düşünüldü:

Dava, Tarım Reformu Ankara Bölge Müdürlüğü'nde ziraat mühendisi olan davacı tarafından, arazide yapılan çalışmalar dolayısıyla verilmekte olan ek özel hizmet tazminatının peşin ödenmesi yolunda yapılan başvurunun yanıt verilmemek suretiyle reddine ilişkin işlemin iptali istemiyle açılmıştır.

Ankara 10. İdare Mahkemesi'nin 28.04.1999 günlü, E:1998/574, K:1999/518 sayılı kararıyla; 19.01.1998 gün ve 98/10548 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı eki II Sayılı Özel Hizmet Tazminatı Cetvelinin (E) Teknik Hizmetler bölümünün 6. sırasında, Teknik Hizmetler Sınıfına ait kadrolarda bulunan personelden, çalışma süresinin en az dörtte birini, büro, atölye, tesis gibi kapalı mahaller dışındaki arazi, inşaat ve baraj gibi çalışma mahallinde geçirmesini gerektirecek şekilde görevlendirilenlere belirli oranlarda ek özel hizmet tazminatı ödeneceğinin hükmüne bağlandığı, olayda davacı ek özel hizmet tazminatlarının arazide çalışma oranları araştırılmayarak peşin ödenmesini istemekte ise de, yukarıda anılan Bakanlar Kurulu kararına ekli söz konusu Cetvel'in 6. sırasında ek özel hizmet tazminatının ödenme koşulları açıklanıp, personelin çalışma süresi, çalışma mahalleri belirtildiğine ve personel hizmetinden yararlanmak üzere görevlendirileceğine göre, özel hizmet tazminatlarında olduğu gibi, bu tazminatların görevlendirilen personelin fiilen çalışması karşılığında ödeneceği, aksine bir uygulamanın hakkaniyete de uygun düşmeyeceği, yine aynı Cetvel'de bu tazminatların kimlere ödeneceğinin, iş programları ve çalışma mahallerinin özellikleri dikkate alınarak üçer aylık dönemler itibarıyla ilgili birim amirlerince belirleneceği kuralının yer aldığı ve söz konusu tazminatların üçer aylık çalışma dönemi sonunda ödeneceği açık olduğundan davacının özel hizmet tazminatlarının arazide çalışma oranları dikkate alınmaksızın peşin olarak ödenmesi yolundaki isteminin zımnen reddedilmesine ilişkin dava konusu işlemde hukuka aykırılık bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiş; söz konusu bu karar, temyizden incelenmesi sonucunda, Danıştay Onbirinci Dairesi'nce verilen 22.04.2003 günlü, E:2000/9850, K:2003/1771 sayılı karar ile bozulmuş ve bozma kararına uyulmak suretiyle Ankara 10. İdare Mahkemesi'nce verilen 23.10.2003 günlü, E:2003/1570, K:2003/1450 sayılı kararla; dosyanın incelenmesinden, davalı idare tarafından Bölge Müdürlüğü Uygulama Alanı içerisinde bulunan yerlerde, 1998 yılında yapılacak arazi çalışmalarına ait üçer aylık dönemler itibarıyla hazırlanan 4 dönem 114 günlük arazi çalışma programı ile çalışmalarda görevlendirilen kadrolu teknik personelin isimlerinin hazırlanarak Tarım Reformu Genel Müdürlüğü'ne sunulduğu ve davacının bu görevlendirme programında yer aldığı anlaşıldığı, öte yandan, 98/10548 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı'na ekli (II) sayılı Cetvel'in (E) Teknik Hizmetler Sınıfı bölümünün 6. sırasında ve 151 nolu Devlet Memurları Kanunu Genel Tebliği'nin (II) sayılı Cetvel'e ilişkin açıklama bölümünün 7. maddesinde ifade edildiği gibi, ilgili birim amirince üçer aylık dönemlerde arazide yapılacak iş ve kişilere ait görevlendirmeler ve buna ilişkin programlanan işlere ait liste hazırlandığına ve listenin ibrazı yeterli olacağına göre aynı Kararname ve ekli tebliğ hükümleri uyarınca davacıya ek özel hizmet tazminatının da peşin ödenmesi gerektiği, bu durumda, davacı, ilgili birim amirince hazırlanan listede yer aldığından ve programa dayalı listenin ibrazı yeterli olduğundan, davacının ek özel hizmet tazminatının peşin ödenmesi isteminin cevap verilmemek suretiyle reddine ilişkin işlemde hukuka aykırılık bulunmadığı gerekçesiyle dava konusu işlemin iptaline hükmedilmiştir.

Davalı idarenin, anılan karara karşı yapmış olduğu temyiz başvurusu Danıştay Onbirinci Dairesi'nin 19.06.2006 günlü, E.2004/151, K:2006/3292 sayılı kararıyla reddedilerek İdare Mahkemesi kararı onanmıştır.

Davalı idare tarafından, davacının arazide geçirdiği sürenin, normal çalışma süresinin dörtte birine ulaşmadığı ileri sürülerek karar düzeltme isteminin kabulü ile İdare Mahkemesi kararının bozulması istenilmektedir.

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 19.06.2006 günlü, E.2004/151, K:2006/3292 sayılı kararı kaldırılarak uyumsuzluğun esasına geçildi.

04.02.1998 günlü, 23248 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Bakanlar Kurulu'nun 19.01.1998 gün ve 98/10548 sayılı kararına ekli II Sayılı Cetvel'in (E) Teknik Hizmetler Sınıfı bölümünün 6. sırasında, Teknik Hizmetler Sınıfına ait kadrolarda bulunan personelden çalışma sürelerinin en az dörtte birini büro, atölye, ısı santrali, laboratuvar, tesis, işletme gibi kapalı mahaller dışındaki arazi, şantiye, inşaat ve baraj gibi çalışma mahallerinde geçirmesini gerektirecek şekilde görevlendirilenlere, aşağıda gösterilen oranlarda ayrıca özel hizmet tazminatı ödeneceği belirtilerek bu oranlar açıklanmış olup, ek özel hizmet tazminatının kimlere ödeneceğinin, iş programları ve çalışma mahallerinin özellikleri dikkate alınarak üçer aylık dönemler itibarıyla ilgili birim amirlerince belirleneceği kuralına yer verilmiştir.

Öte yandan, bu karara açıklık getiren Maliye Bakanlığı'nın 27.03.1998 günlü, 23299 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 151 nolu Tebliği'nin 7. maddesinde, söz konusu ek ödemenin yapılabilmesi için, bu personelin üçer aylık çalışma süresinin en az dörtte birini büro, atelye, laboratuvar gibi "kapalı mahaller" dışında arazi, park-bahçe, şantiye, maden ocağı, tünel, demiryolu, büyük içme suyu, köprü, kıyı yapıları, baraj vb. "açık mahaller" de geçirmelerini gerektirecek şekilde görevlendirilmiş olmalarının ve ilgili birim amirlerince, söz konusu görevlendirmelere ilişkin görev ve isimleri ihtiva eden listelerin ibrazının yeterli olacağı, ek ödemelerin bu listelere göre ve peşin olarak yapılacağı, ancak söz konusu listelerin programlanmış ve önceden bilinebilen işler dikkate alınarak hazırlanacağı, muhtemel işlerin söz konusu listelerde yer almayacağı, ayrıca söz konusu ek oranların vize cetvellerinde gösterilmeyeceği, ilgili birim amirlerince hazırlanan listelerde yer almamakla birlikte, üçer aylık çalışma süresinin en az dörtte birini yukarıda belirtilen çalışma mahallerinde geçirdiğini tevsik edenlere, geriye yönelik farklarının, dönem sonlarında ödenebileceği, birim amirlerinin, iş programlarını ve personelin bir önceki üç aylık dönemlerindeki büro içi ve büro dışı çalışmalarını dikkate alarak, her üç ayda bir ek ödeme yapılacak personel listelerini yeniden gözden geçirecekleri, birim amirlerince düzenlenecek listelerde, personelin unvanı, adı-soyadı ve görevlendirildiği işlerin ayrıntılı olarak yer alacağı, üç aylık dönem sonunda, personelin çalışma sürelerinin en az dörtte birini büro ve benzeri mahaller dışında geçirmediği anlaşılsa dahi, ödenen tutarın geri alınmayacağı, bu ödemenin yapılmasında personelin görevlendirilmesi ve göreve hazır olmasının esas alınacağı açıklanmıştır.

Dosyanın incelenmesinde, davalı idare tarafından Bölge Müdürlüğü Uygulama Alanı içerisinde bulunan yerlerde 1998 yılında yapılacak arazi çalışmalarına ait üçer aylık dönemler itibarıyla hazırlanan 4. dönem 114 günlük arazi çalışma programı ile çalışmalarda görevlendirilen kadrolu teknik personelin isimlerinin hazırlanarak Tarım Reformu Genel Müdürlüğüne sunulduğu ve davacının da bu görevlendirme programında yer aldığı anlaşılmıştır.

Olayda, davacı ek özel hizmet tazminatlarının, arazide çalışma oranları araştırılmaksızın peşin ödenmesini istemekte ise de, yukarıda anılan Bakanlar Kurulu kararına ekli söz konusu Cetvel'in 6. sırasında ek özel hizmet tazminatının ödenme koşulları açıklanıp, personelin çalışma süresi, çalışma mahalleri belirtildiğine ve personelin de hizmetinden yararlanmak üzere görevlendirileceğine göre, özel hizmet tazminatlarında olduğu gibi, bu tazminatlarında görevlendirilen personelin fiilen çalışması karşılığında ödeneceği, diğer taraftan, söz konusu yerlerde geçirilen çalışma süresinin de, toplam çalışma süresinin en az dörtte birini oluşturması gerektiği açıktır.

Bu durumda, davacı, ilgili birim amirince hazırlanan listede yer almakla beraber, planlanan toplam çalışma süresinin, normal çalışma süresinin dörtte birini oluşturmadığı dikkate alındığında, davalı idarece davacının ek özel hizmet tazminatının, tarafına peşin

olarak ödenmesi için yaptığı başvurunun, yanıt verilmemek suretiyle reddine ilişkin işlemde hukuka aykırılık bulunmadığından, dava konusu işlemin iptaline yönelik mahkeme kararında yasal isabet görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle, davalı idarenin temyiz isteminin kabulüyle Ankara 10. İdare Mahkemesi'nce verilen 23.10.2003 günlü, E:2003/1570, K:2003/1450 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 hususlar da gözetilerek yeniden bir karar verilmek üzere dosyanın adı geçen Mahkemeye gönderilmesine, 24.06.2009 tarihinde oybirliği ile karar verildi.

T.C.
DANIŞTAY
İkinci Daire

Esas No : 2008/7796

Karar No : 2009/2964

Özeti : Anadolu Üniversitesi, Açıköğretim Fakültesi Sağlık Kurumları İşletmeciliği Programı'nın, sağlık görevlileri açısından mesleki bir üst öğrenim olduğu, bu nedenle özel hizmet tazminatları ile ek göstergenin üst öğrenime göre verilmesi gerektiği; ancak olayda davacının, 657 sayılı Kanuna ekli II sayılı Cetvelde belirtilen 4. dereceli bir kadroya henüz gelmediğinden ek göstergeden yararlanamayacağı hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan (Davacı) : ...

Karşı Taraf : Sağlık Bakanlığı

İsteğin Özeti : Çanakkale İdare Mahkemesi'nin 17.09.2008 günlü, E:2008/581, K:2008/561 sayılı kararının dilekçede yazılı nedenlerle temyizden incelenerek bozulması isteminden ibarettir.

Cevabın Özeti : Temyiz isteminin reddi gerektiği yolundadır.

Danıştay Tetkik Hakimi : Nafi Alantar

Düşüncesi : İdare Mahkemesi kararının özel hizmet tazminatına ilişkin kısmının bozulması gerektiği düşünülmüştür.

Danıştay Savcısı : Filiz Z. Gürmeriç

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 Onbirinci 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 İkinci Dairesi'nce işin gereği düşünüldü:

Dava, Çanakkale Yenice Devlet Hastanesi'nde Ebe Hemşire olarak görev yapan davacı tarafından, Anadolu Üniversitesi Açıköğretim Fakültesi Sağlık Kurumları İşletmeciliği Programı'nı bitirmesi nedeniyle intibakı yapılarak, ödenen ek gösterge, yan ödeme ve özel hizmet tazminatının kesilmesi üzerine, gördüğü üst öğrenim uyarınca söz konusu

ödemelerden yararlandırılması gerektiği yolundaki başvurusunun zımnen reddine ilişkin işlemin iptali ile ödenmeyen yan ödeme, özel hizmet tazminatı ve ek göstergenin 22.12.2003 tarihinden itibaren yasal faiziyle birlikte tazminine karar verilmesi istemiyle açılmıştır.

Bursa 2. İdare Mahkemesi'nin 28.02.2005 günlü, E:2004/502, K:2005/148 sayılı kararıyla; Sağlık idaresinin bilimsel açıdan sağlık bilimi kapsamında yer aldığı ve Anadolu Üniversitesi Açıköğretim Fakültesi Sağlık Kurumları İşletmeciliği bölümü mezunlarının da sağlık bilimi lisansiyeri sayılması gerektiği, 657 sayılı Yasa'da sağlık idarecilerinin Sağlık Hizmetleri Sınıfı'nda yer aldığı, Sağlık Hizmetleri Sınıfı'nda ebe hemşire olarak görev yapan ve Anadolu Üniversitesi Açıköğretim Fakültesi Sağlık Kurumları İşletmeciliği bölümünü bitiren davacıya, bitirdiği okulun mesleğinin devamı olmadığı ileri sürülerek mesleği ile ilgili yüksek öğrenimi bitiren sağlık personeli için belirlenen ek gösterge, özel hizmet tazminatı ve yan ödeme tutarından yararlandırılmamasında hukuka uyarlık bulunmadığı gerekçesiyle dava konusu işlemin iptali ile yoksun kalınan parasal hakların 22.12.2003 tarihinden itibaren işletilecek yasal faiziyle birlikte ödenmesine hükmedilmiş ise de, davalı idare tarafından, İdare Mahkemesi kararının temyiz edilmesi üzerine; bu karar, Danıştay Onbirinci Dairesi'nin 11.02.2008 günlü, E:2005/2434, K:2008/1178 sayılı kararıyla bozulmuş, bozma kararına uyulmak suretiyle Çanakkale İdare Mahkemesi'nce verilen 17.09.2008 günlü, E:2008/581, K:2008/561 sayılı karar ile de; yükseköğrenim görmüş sağlık personeline ödenen oranda tazminat ve yan ödeme tutarından yararlanabilmek için, bitirilen üst öğrenimin mesleki alanda olması gerektiği, davacının mezun olduğu Açıköğretim Fakültesi Sağlık Kurumları İşletmeciliği Önlisans Programı'nın ise, 03.12.2002 günlü ve 45 sayılı Yükseköğretim Kurulu kararı uyarınca İktisadi ve İdari Programlar arasında yer aldığı ve mesleki nitelikte bulunmadığı anlaşıldığından, davacının özel hizmet tazminatı ve yan ödemedi yararlandırılmamasında hukuka aykırılık bulunmadığı; dava konusu işlemin ek göstergeye ilişkin kısmına gelindiğinde ise; sağlık hizmetleri sınıfında 5. dereceli kadroda görev yapan ve iki yıllık yükseköğrenim mezunu olan davacının, sağlık bilimleri lisansiyerleri için öngörülen ek göstergeden yararlandırılmasında olanak bulunmadığı gerekçesiyle, dava reddilmiştir.

Davacı, ebe hemşire olarak görev yaptığını, ebe hemşireler yönünden Sağlık Kurumları İşletmeciliği Programı'nın bir üst öğrenim olduğunu, öne sürmekte ve İdare Mahkemesi kararının bozulmasını istemektedir.

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. Olayda, davacının 5. dereceli kadroda bulunduğu husus da dikkate alındığında, dava konusu işlemin ek göstergeye ilişkin kısmında hukuka aykırılık bulunmadığından, İdare Mahkemesi'nin ek göstergeye yönelik olarak davayı reddetmesi hukuk ve usule uygun olup, bozulmasını gerektirecek bir neden de bulunmamaktadır.

Davanın, davacının, Anadolu Üniversitesi Açıköğretim Fakültesi Sağlık Kurumları İşletmeciliği Programı'nı bitirmesi nedeniyle, yükseköğrenim görmüş sağlık personeline ödenen oranda yan ödeme ve özel hizmet tazminatından yararlandırılmaması yolundaki işleme yönelik kısmına gelindiğinde ise;

657 sayılı Devlet Memurları Kanununun, 631 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 4 üncü maddesi ile zam ve tazminatlar başlığı altında yeniden düzenlenen, 152 inci maddesinin (II) Tazminatlar başlıklı fıkrasında; görevin önem, sorumluluk ve niteliği, görev yerinin özelliği, hizmet süresi, kadro unvan ve derecesi ve eğitim seviyesi gibi hususlar gözönüne alınarak bu Kanun'da belirtilen en yüksek Devlet Memuru aylığının brüt tutarının Bakanlar Kurulunca belirlenecek esas ölçü ve nispetler dahilinde tazminat olarak ödeneceği, (b) bendinde ise sağlık hizmetleri sınıfına dahil olup da, bu görevleri ile ilgili olmayan bir üst öğrenimi bitirenler için, önceki öğrenim durumlarına ait tazminat oranlarının esas alınacağı belirtilmiştir.

657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun anılan 152 inci maddesine dayanılarak çıkarılan 04.01.2003 günlü, 2003/5139 sayılı Bakanlar Kurulu Kararıyla 2003 yılında da uygulanması uygun bulunan ve 04.02.1998 günlü, 23248 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 19.01.1998 günlü, 98/10548 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı'na ekli (II) sayılı Cetvel'in (F) Sağlık Hizmetleri Bölümü'nde, kurumların Sağlık Hizmetleri Sınıfı'na dahil kadrolarında görev yapanların, görev unvanı, eğitim seviyesi, hizmet yerleri ve kadro dereceleri dikkate alınarak tazminat oranları ayrı ayrı belirlenmiş, bu personelden mesleki yüksek öğrenim görmüş diğer sağlık personeline uygulanacak tazminat oranları (6/a) bendinde, lise dengi mesleki öğrenim görmüş diğer sağlık personeline uygulanacak özel hizmet tazminat oranları ise (6/b) bendinde yer almıştır.

Anılan Bakanlar Kurulu Kararına ekli (I) sayılı Cetvel'in Sağlık Hizmetleri Bölümü'nde de yan ödemelere ilişkin benzer ayırım yapılmıştır.

Her iki cetvelde de, mesleki yüksek öğrenim görmüş diğer sağlık personeli için farklı, lise dengi mesleki sağlık öğrenimi görmüş sağlık personeli için farklı miktar ve oranlarda iş güclüğü ve temininde güçlük zammı puanı ve özel hizmet tazminatı oranları belirlenmiştir.

Bu hükümler dikkate alındığında, söz konusu (I) ve (II) sayılı Cetveller'de belirtilen ve yüksek öğrenim görmüş sağlık hizmetleri sınıfı personeline ödenen oranda tazminat tutarından yararlanılabilmesi için, bitirilen üst öğrenimin mesleki alanda, yani sağlık programları bölümünde olması gerektiği açıktır.

Diğer taraftan, 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu'nun, yükseköğretime nasıl girileceğini düzenleyen ve bu düzenleme çerçevesinde esaslarını belirlemede Yükseköğretim Kurulu'na yetki veren, "Yükseköğretime Giriş" başlıklı ve 18.08.1983 günlü, 2880 sayılı Kanun'un 26. maddesiyle değişik 45. maddesinin (a) fıkrasının 3. paragrafında, bir mesleğe yönelik programlar uygulayan liselerin mezunları, Yükseköğretim Kurulu tarafından belirlenecek aynı alanda bir yükseköğretim kurumuna girerken, başarı notlarının, ayrıca tespit edilecek bir katsayı ile çarpılmak suretiyle değerlendirilerek giriş sınavı puanlarına ekleneceğinin belirtildiği; yine aynı maddeye 4207 sayılı Kanun'un 2. maddesiyle eklenen (e) fıkrasında ise; mesleki ve teknik orta öğretim kurumlarından mezun olan öğrencilerin istedikleri takdirde bitirdikleri programın devamı niteliğinde veya buna en yakın programların uygulandığı, öncelikle kendi mesleki ve teknik eğitim bölgesi içinde yer alan veya bölgesi dışındaki meslek yüksekokullarına sınavsız olarak yerleştirilebilecekleri kuralına yer verilmiş olup, söz konusu bu kural çerçevesinde ebe hemşire yetiştiren bölümler de dahil olmak üzere sağlık meslek lisesi mezunlarının, Anadolu Üniversitesi, Açıköğretim Fakültesi Sağlık Kurumları İşletmeciliği Programı'na yerleştirilirken söz konusu bu kolaylıklardan yararlandırılmalarına, Yükseköğretim Kurulu Öğrenci Seçme ve Yerleştirme Merkezi (ÖSYM) tarafından hazırlanan ve basımı, dağıtımı ve uygulanması da, Yükseköğretim Genel Kurulu'nun kararları ile kabul edilen ve muhtelif yıllara ait Öğrenci Seçme Sınavı Kılavuzlarında yer verildiği görülmektedir.

Dava konusu olayda, Anadolu Üniversitesi Açıköğretim Fakültesi Sağlık Kurumları İşletmeciliği Programı'nın, ebe hemşire yetiştiren sağlık meslek liselerinin devamı niteliğinde görülmesi sebebiyle, 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu'nun 45. maddesi kapsamındaki kolaylıklardan yararlandırılıyor olması karşısında, Anadolu Üniversitesi, Açıköğretim Fakültesi Sağlık Kurumları İşletmeciliği Programı'nın, sağlık görevlileri açısından mesleki bir üst öğrenim olduğunun kabulü zorunlu olup, davacının ise, ebe hemşire olarak görev yaptığı hususu ihtilafsız olduğuna göre, dava konusu edilen ve sağlık hizmetleri sınıfındaki sağlık personeli için belirlenen yan ödeme ve özel hizmet tazminatından davacının yararlandırılmamasına ilişkin işlemde hukuka uyarlık; bu kısma ilişkin olarak aksi yönde verilen İdare Mahkemesi kararında da hukuki isabet görülmemiştir.

Kaldı ki, 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu'nun 43. maddesinin (b) bendi uyarınca alınan, Anadolu Üniversitesi Açıköğretim Fakültesi Sağlık Kurumları İşletmeciliği Programı'nın

Sağlık Programları Bölümü bünyesine alınmasının uygun olmadığı ve sağlık görevlileri ile ilgili bir üst öğrenim olarak değerlendirilmeyeceği yolundaki Yükseköğretim Yürütme Kurulu'nun 03.12.2002 tarihli kararının, Danıştay İkinci Dairesi'nin, Danıştay Sekizinci Dairesi'yle müşterek yaptığı toplantıda 16.03.2009 günlü, E.2008/3393, K:2009/1074 sayılı kararıyla, Anadolu Üniversitesi, Açıköğretim Fakültesi Sağlık Kurumları İşletmeciliği Programı'nın, sağlık görevlileri açısından bir üst öğrenim olarak değerlendirilmemesinde hukuka uyarlık bulunmadığı gerekçesiyle iptal edildiği, ayrıca Yükseköğretim Genel Kurulu'nun 14.02.2008 tarihli kararından, 2547 sayılı Kanun'un 2880 sayılı Kanun'la değişik 43/b maddesi uyarınca Üniversitelerarası Kurul Başkanlığı'nın görüşü de dikkate alınarak, sözkonusu programın müfredatının incelenmesi ve Başkent Üniversitesi'nde benzer programın üst öğrenim sayılması da göz önünde bulundurularak mezunlarının aldıkları eğitimin sağlık ve teknik hizmetler sınıfında yer alan personel için bir üst öğrenim sayılmasına karar verildiği de görülmektedir.

Açıklanan nedenlerle, davacının temyiz isteminin kısmen kabulü ile Çanakkale İdare Mahkemesi'nce verilen 17.09.2008 günlü, E:2008/581, K:2008/561 sayılı kararın, yan ödeme ve özel hizmet tazminatına yönelik olarak davayı reddeden kısmının bozulmasına, ek göstergeye yönelik olarak davayı reddeden kısmına ilişkin temyiz isteminin ise, reddi ile kararın bu kısmının onanmasına; 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 bozulan kısım hakkında yeniden karar verilmek üzere dosyanın adı geçen Mahkemeye gönderilmesine, 10.07.2009 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

OKUL İŞLERİ

T.C. DANIŞTAY İkinci Daire

Esas No : 2007/3818
Karar No : 2008/1637

Özeti : Yapılan soruşturma sonucu yöneticilik görevinden alınarak başka bir okula öğretmen olarak atanmış olan davacının yöneticilik görevinden kaynaklanan iddialarla ilgili olarak düzenlenen yeni bir soruşturmaya dayalı şekilde tekrar atanamayacağı hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan (Davacı) : ...

Vekili : Av. ...

Karşı Taraf : Kocaeli Valiliği

İsteğin Özeti : Kocaeli İdare Mahkemesi'nce verilen 21.06.2007 günlü, E:2006/1527, K:2007/1145 sayılı kararın, dilekçede yazılı nedenlerle temyizen incelenerek bozulması isteminden ibarettir.

Cevabın Özeti : Temyiz isteminin reddi gerektiği yolundadır.

Danıştay Tetkik Hakimi : Ömür Yıldız

Düşüncesi : İdare Mahkemesi kararının bozulması gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı : S. Sema Kabukçu

Düşüncesi : Davacının, Kocaeli İli ... İlçesi Halk Eğitim Merkezinde

Giyim/Hazır Giyim Öğretmeni unvanıyla görev yapmakta iken, aynı İl ... İlçesi Halk Eğitim Merkezine Giyim öğretmeni olarak atanmasına ilişkin işlemin iptali istemiyle açtığı davanın reddi yolundaki İdare Mahkemesi kararının temyizen incelenerek bozulması istenilmektedir.

Dosyanın incelenmesinden; dava konusu işlemin gerekçesi olarak ortaya konulan soruşturma raporunda davacı hakkında öne sürülen iddiaların, davacının ... Anadolu Meslek ve Meslek Lisesi Müdürü Unvanıyla çalıştığı döneme ait ve yöneticilik görevi ile ilgili olduğu ve bu iddialardan dolayı yöneticilik görevinin üzerinden alınarak aynı ilçe içinde başka bir okula öğretmen olarak atandığı ve sonrasında da aynı soruşturmaya bağlı olarak dava konusu işlemle ... İlçesi Halk Eğitim Merkezine Giyim Öğretmeni olarak atandığı anlaşılmaktadır.

Buna göre, davacının idarecilik görevinden kaynaklanan iddialarla düzenlenmiş soruşturma raporuna dayalı olarak tekrar atanması mümkün olamayacağından hakkında tesis edilen işlemde kamu yararına ve hizmet gereklerine uyarlık bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenle temyiz isteminin kabulü ile İdare Mahkemesi kararının bozulması gerektiği düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay İkinci Dairesi'nce işin gereği düşünüldü:

Dava; davacının, Kocaeli İli ... İlçesi Halk Eğitim Merkezi'nde Giyim/Hazır Giyim öğretmeni unvanıyla görev yapmakta iken, aynı İl ... İlçesi Halk Eğitim Merkezi'ne Giyim Öğretmeni olarak atanmasına ilişkin 08.02.2006 tarihli işlemin iptali istemiyle açılmıştır.

Kocaeli İdare Mahkemesi'nin 21.06.2007 günlü, E:2006/1527, K:2007/1145 sayılı kararıyla, davacının; ... Anadolu Meslek ve Meslek Lisesi Müdürü olarak görev yaptığı dönemde, bu okulda yaşanan olayların boyutu ve İlçe Milli Eğitim Müdürlüğü idarecileri ile yaşadığı olumsuzluklar dikkate alındığında, ayrıca; ... Halk Eğitim Merkezi'nde okutabileceği bir sınıfının da mevcut olmaması karşısında, hakkında düzenlenmiş soruşturma raporunda getirilen teklif üzerine tesis edilen işlemde hukuka aykırılık bulunmadığı gerekçesiyle dava reddedilmiştir.

Davacı; aynı soruşturmaya bağlı şekilde ikinci kez görev yerinin değiştirildiğini, ilk atama işleminden sonra ortaya atılan iddiaların ikinci atamaya esas alınamayacağını, bunun yanında; Milli Eğitim Bakanlığı'nın Norm Kadro Tespit Çizelgesi'nde, "... Halk Eğitim Merkezi'nde 10.05.2005 tarihi itibarıyla iki adet hazır giyim/giyim öğretmeni ihtiyacı olduğunu" belirtildiğini, dolayısıyla; sınıf bulunmadığı iddiasının da geçerlilik taşımadığını öne sürmekte ve İdare Mahkemesi kararının temyizen incelenerek bozulmasını istemektedir.

657 sayılı Devlet Memurları Kanununun "Memurların Kurumlarınca Görevlerinin ve Yerlerinin Değiştirilmesi" başlıklı 76. maddesinde kurumların, görev ve unvan eşitliği gözetmeden kazanılmış hak aylık dereceleriyle memurları bulundukları kadro derecelerine eşit veya 68. maddedeki esaslar çerçevesinde daha üst, kurum içinde aynı veya başka yerlerdeki diğer kadrolara naklen atayabilecekleri öngörülmüştür.

5442 sayılı İl İdaresi Kanunu'nun 8. maddesinde; yetiştirme ve ikmal kaynakları Bakanlıklar veya tüzel kişiliği haiz genel müdürlüklere bağlı olup il genel teşkilatı içinde birden fazla istihdam yerleri bulunan meslek, fen ve uzmanlık kadrolarına dahil görevlerden :

A) İlçe idare şube başkanı sıfatını haiz olanlarla il merkezinde Devlet gelir, giderlerinin ve mallarının tahakkuk, tahsil, ödeme ve idaresiyle ilgili ikinci derecedeki müdürlerin, şube şefleri ve kontrol memurlarının, nakit muhasipleriyle, lise, orta ve o derecelerdeki okul müdür ve öğretmenlerinin, hastaneler mütehassıs hekimlerinin, Bakanlıklar veya tüzel kişiliği haiz genel müdürlükler tarafından tayin edilecekleri,

B) Bunun dışında kalan bütün memurların, Bakanlıklar veya tüzelkişiliği haiz genel müdürlükler tarafından valilik emrine tayin edilerek il idare şube başkanının inhası üzerine valiler tarafından istihdam yerlerinin tesbit olunacağı;

C) Yukardaki fıkralarda yazılı bütün memurların lüzumu halinde il içinde nakil ve tahvillerinin, mensup olduğu il idare şube başkanlarının inhası üzerine valiler tarafından icra edilmekle beraber; mensup oldukları Bakanlıklar veya genel müdürlüklere sebepleriyle bildirileceği hükme bağlanmıştır.

11 Haziran 2000 tarih ve 24076 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Milli Eğitim Bakanlığına Bağlı Eğitim Kurumları Öğretmenlerinin Atama ve Yer Değiştirme Yönetmeliği'nin "Hizmetin Gereği Olarak Yapılacak Yer Değiştirmeler" başlığını taşıyan 16. maddesinde; bu Yönetmeliğin yer değiştirmeyle ilgili koşulları aranmaksızın haklarında yapılan soruşturma sonucunda o yerde kalması uygun görülmemeyenlerin ve son iki yılda üst üste olumsuz sicil almış olanların hizmetin gereği olarak yer değiştirme suretiyle atamalarının yapılabileceği hükümlerine yer verilmiştir.

Anılan maddelerle; memurların naklen atanmaları konusunda idareye takdir yetkisi tanındığı açık olup, bu yetkinin ancak, kamu yararı ve hizmet gerekleri gözardı edilerek kullanıldığıının kanıtlanması ya da idari yargı merciince saptanması halinde, sözü edilen bu durumun dava konusu idari işlemin sebep ve amaç yönlerinden hukuka aykırılığı nedeniyle iptalini gerektireceği, yerleşmiş yargısal içtihatlarla kabul edilmiş bulunmaktadır.

Dosyanın incelenmesinden, davacı hakkında; ... Anadolu Meslek ve Meslek Lisesi Müdürü unvanıyla çalıştığı dönemde tahkikat başlatıldığı, soruşturmanın devamı esnasında hazırlanmış Ön Soruşturma Raporu'nda yer alan tespitler üzerine getirilen teklife dayanılarak 22.08.2005 günlü işlemle Müdürlük görevinden alındığı, ardından; 07.09.2005 tarihli işlemle ... Halk Eğitim Merkezi'ne Öğretmen olarak atandığı, bu işlemlere karşı açtığı, dava devam etmekte iken; 25.11.2005 tarihi itibarıyla hakkında tekrar soruşturma açıldığı, düzenlenen 01.02.2006 tarihli ve 410/5 sayılı Ön Rapor'da; "İddia konularının çok kapsamlı olduğu, sürekli yeni şikayet dilekçelerinin geldiği, davacı tarafından devamlı rapor kullanılmasından ötürü ifadesinin alınamadığı, ifade ve belgelerin tek tek değerlendirilmesinin zaman alacağı, 'davacının geri dönüp hesap soracağı' şeklindeki duyumların ... Meslek Lisesi'ndeki öğretmenlerin tedirginliğine yol açtığı, huzursuzlukların sürdüğü, davacının bu okulda görevde bulunduğu sırada öğretmenlerle iletişim kurmadığı, onları rencide edecek sözler söylediği, üzerlerinde baskı oluşturduğu, izin ve sevklerde yetkisini aşarak güçlük çıkardığı, Kurumda ahenkli çalışma düzenini sağlayamadığı, ayrıldığı Okul üzerinde hâlâ etkilerinin görüldüğü, bu sebeple; kamu yararı ve hizmet gerekleri uyarınca ... İlçesi dışında bir kuruma atanmasının" önerildiği, yapılan teklif doğrultusunda davaya konu işlemin tesis edildiği, işlem sonrasında tamamlanan 16.03.2006 günlü, 410/11-15 sayılı Soruşturma Raporu'nda da; "Okulda görev yapan öğretmenlere branşı dışında dersler verdiği, izin ve sevk işlemlerinde zorluk çıkardığı, sicilleriyle oynamak maksadıyla usulsüz cezalar verdiği, gözlerini korkutup tehdit ederek onları yıldırmaya çalıştığı, çocuğunun rahatsızlığından dolayı kendisine gelen; ancak, sonuç alamayınca İlçe Milli Eğitim Müdürü'ne başvuran ... adlı öğretmene hakarete bulunduğu, derse girmediği halde diğer yöneticilerle beraber ek ders ücreti aldığı, aynı İlçe içinde atanmış olduğu yeni görevine vaktinde başlamadığı ve ... İlçe Milli Eğitim Müdürü ile Şube Müdürlerini şikayet ettiği yönündeki iddiaların sübuta erdiği" hususlarına yer verilerek, idari yönden; "görev yerinin değiştirilmesiyle ilgili 01.02.2006 tarihli ve 410/5 sayılı Ön Rapor'un makama sunulduğu"nın ifade edildiği, öte yandan; ilk atamaya yönelik işlemlere karşı açmış olduğu davanın ise, Kocaeli İdare Mahkemesi'nce verilen 14.06.2006 günlü, E:2005/1459, K:2006/1102 sayılı kararla reddedildiği, kararın; Dairemizin 19.03.2007 tarihli ve E:2006/2702, K:2007/1091 sayılı kararıyla onandığı görülmektedir.

Uyuşmazlık konusu olayda; gerek 01.02.2006 tarihli ve 410/5 sayılı Ön Rapor'da, gerekse 16.03.2006 günlü, 410/11-15 sayılı Soruşturma Raporu'nda davacı hakkında öne sürülen iddialardan; "aynı İlçe içinde atanmış olduğu yeni görevine vaktinde başlamadığı" ve

"davacının geri dönüp hesap soracağı şeklindeki duyumların ... Meslek Lisesi'ndeki öğretmenlerin tedirginliğine yol açtığı" haricinde tamamının, ... Anadolu Meslek ve Meslek Lisesi Müdürü unvanıyla çalıştığı döneme ait ve idarecilik niteliğiyle ilgili bulunan hususlardan ibaret olduğu anlaşılmaktadır.

Buna göre; ... Anadolu Meslek ve Meslek Lisesi Müdürü unvanıyla çalışmakta iken, yapılan soruşturma sonucu yöneticiliği üzerinden alınan ve aynı İlçe içinde başka bir okula Öğretmen olarak atanan davacının, önceki okulunda yürütmüş olduğu idarecilik görevinden kaynaklanan iddialarla düzenlenmiş yeni bir soruşturmaya dayalı şekilde tekrar atanamayacağı, yukarıda bahsi geçen ve sübuta erdiği belirtilen iki iddianın da; atanmasını gerektirecek ağırlıkta bulunmadığı açık olduğundan, dava konusu işlemin kamu yararı ve hizmet gereklerine uygunluk taşımadığı sonucuna varılmış ve aksi yöndeki Mahkeme kararında hukuksal isabet görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle; davacının temyiz isteminin kabulüyle, Kocaeli İdare Mahkemesi'nin 21.06.2007 günlü, E:2006/1527, K:2007/1145 sayılı kararının 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 49. maddesinin 1/b. fıkrası uyarınca bozulmasına, aynı maddenin 3622 sayılı Kanun'la değişik 3. fıkrası gereğince ve yukarıda belirtilen hususlar da gözetilerek yeniden bir karar verilmek üzere dosyanın adı geçen Mahkeme'ye gönderilmesine, 04.04.2008 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

T.C.
DANIŞTAY
İkinci Daire

Esas No : 2007/3575
Karar No : 2009/1728

Özeti : Milli Eğitim Bakanlığına bağlı olmayan yurt dışındaki bir okulda, atama işlemine dayalı olmaksızın, müdür yardımcısı olarak geçen sürenin, ilgili mevzuatta öngörülen anlamda "yönetici" tanımına girmeyeceği hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan (Davalı) : Muğla Valiliği

Karşı Taraf : ...

İsteğin Özeti : Muğla 1. İdare Mahkemesi'nce verilen 29.3.2007 günlü, E:2005/1442, K:2007/655 sayılı kararın dilekçede yazılı nedenlerle bozulması isteminden ibarettir.

Cevabın Özeti : Temyiz isteminin reddi ile Mahkeme kararının onanması gerektiği yolundadır.

Danıştay Tetkik Hakimi : Öznur Turan

Düşüncesi : Davacının, Muğla İli, ... Halk Eğitim Merkezi'nde öğretmen olarak görev yapmakta iken Milli Eğitim Bakanlığı tarafından yapılan yurt dışı sınavını kazanması üzerine 3 yıl süreyle öğretmen olarak görev yapmak üzere Kırgızistan Bişkek Büyükelçiliği Eğitim Müşavirliği bünyesinde görevlendirildiği, Kırgız Türk Anadolu Meslek Lisesi'nde 13.9.1999-5.4.2001 tarihleri arasında öğretmen, 6.4.2001-13.9.2002 tarihleri arasında ise, müdür yardımcısı olarak görev yaptığı, ancak müdür yardımcılığı görevinin Milli Eğitim Bakanlığı'nca tesis edilen atama tasarrufuna bağlı olmayıp, yöneticilik sınavı ya da değerlendirmesine dayalı olmaksızın yurt dışı görevi esnasında yürütüldüğünün anlaşıldığı, davacının, Milli Eğitim Bakanlığı Eğitim Kurumları Yöneticilerinin Atama ve Yer Değiştirme Yönetmeliği kapsamına girmeyen yurt dışında müdür yardımcısı olarak geçen hizmet süresinin, anılan Yönetmeliğin 20. ve 25. maddelerinde yer aldığı şekliyle "daha önce

eğitim kurumu yöneticiliği görevinde bulunmuş olmak" şartını karşılamadığı sonucuna varılmakla sınavsız olarak müdür yardımcısı kadrosuna atanmasına olanak bulunmadığı anlaşılan davacı hakkında tesis edilen dava konusu işlemin iptali yolundaki İdare Mahkemesi kararının bozulması gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı : Semra Şentürk

Düşüncesi : Milli Eğitim Bakanlığı Eğitim Kurumları Yöneticilerinin

Atama ve Yer Değiştirme Yönetmeliği'nin 7.maddesinin (h) bendine göre, yöneticilik görevine atanabilmek için bu Yönetmelikte öngörülen sınavda başarılı olmak gerektiğinden bu koşulu taşımayan davacı isteminin reddinde hukuka aykırılık bulunmamaktadır.

Bu durumda, hukuka aykırı bulunmayan dava konusu işlemi iptal eden İdare Mahkemesi kararında isabet görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle, temyiz isteminin kabul edilerek İdare Mahkemesi kararının bozulması gerekeceği düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay İkinci Dairesi'nce işin gereği düşünüldü:

Dava, Muğla İli, ... İlçesi, ... İlköğretim Okulu'nda Giyim ve Hazır Giyim Moda Tasarımları Öğretmeni olarak görev yapan davacının, aynı Okulda boş bulunan müdür yardımcılığı kadrosuna daha önce yöneticilik görevinde bulunduğundan bahisle atanma istemiyle yaptığı başvurusunun reddine ilişkin 9.6.2005 günlü, 1565 sayılı işlemin iptali istemine ilişkindir.

Muğla 1. İdare Mahkemesi'nin 29.3.2007 günlü, E:2005/1442, K:2007/655 sayılı kararıyla; Muğla İli, ... İlçesi, ... İlköğretim Okulu Giyim ve Hazır Giyim Moda Tasarımları Öğretmeni olarak görev yapan davacının, 6.4.2001-13.9.2002 tarihleri arasında Kırız Türk Anadolu Meslek Lisesi'nde müdür yardımcısı olarak görev yaptığı, ... İlköğretim Okulu'nda boş bulunan müdür yardımcılığı kadrosuna atanma istemiyle yaptığı başvurusunun, daha önce yönetim kademelerinde görev yapmadığı, yurt dışı görevinde bulunduğu sürede yerine getirdiği yöneticilik görevinin, Milli Eğitim Bakanlığı Eğitim Kurumları Yöneticilerinin Atama ve Yer Değiştirme Yönetmeliği kapsamında değerlendirilemeyeceği yolundaki Milli Eğitim Bakanlığı Personel Genel Müdürlüğü'nden alınan görüş yazılarına dayalı olarak reddedildiği, müdür yardımcısı kadrosuna atanabilmek için daha önce yöneticilik kadrosunda çalışmak şartının ilgili Yönetmelikte yer almadığı anlaşıldığından, davacının yurt dışı görevi sırasında yöneticilik görevini yerine getirdiği görülmekle durumunun, bu kapsamda yapılacak puanlamaya göre değerlendirilmesi gerekirken, doğrudan reddi yönünde tesis edilen dava konusu işlem, hukuka uyarlık bulunmadığı gerekçesiyle iptal edilmiştir.

Davalı idarece; Milli Eğitim Bakanlığı Eğitim Kurumları Yöneticilerinin Atama ve Yer Değiştirme Yönetmeliği'nin 25. maddesi uyarınca, müdür yardımcısı kadrosuna atanabilmek için; daha önce herhangi bir kurumda idareci olarak çalışmış olmak ve bu idarecilik görevi yurt içindeki kurumlarda geçmiş olmak gerektiğinden, davacının, yurt dışında müdür yardımcısı olarak çalıştığı sürenin, bu Yönetmelik kapsamındaki yönetim kademelerinde geçmiş sayılmasına olanak bulunmadığı ileri sürülerek, dava konusu işlemin iptaline ilişkin kararın bozulması istenilmektedir.

Dava konusu işlemin tesis edildiği tarih itibarıyla yürürlükte bulunan 2.12.2004 tarih ve 25658 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan Yönetmelik ile değişik 11.1.2004 tarih ve 25343 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan Milli Eğitim Bakanlığı Eğitim Kurumları Yöneticilerinin Atama ve Yer Değiştirme Yönetmeliği'nin "Tanımlar" başlığını taşıyan 4.maddesinde; " c)Eğitim Kurumu: Millî Eğitim Bakanlığına bağlı örgün ve yaygın eğitim okul ve kurumlarını, e)Yönetici: Millî Eğitim Bakanlığına bağlı örgün ve yaygın eğitim okul ve kurumlarında müdür, müdür başyardımcısı ve müdür yardımcısı görevlerinde bulunanları, f)"Seçme Sınavı: Millî Eğitim Bakanlığına bağlı örgün ve yaygın eğitim okul ve kurum müdür yardımcılığı görevine atanacaklar için düzenlenecek yazılı sınavı, l) Atama: Millî Eğitim

Bakanlığına bağlı örgün ve yaygın eğitim okul ve kurum yöneticiliklerine 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 88 inci maddesi uyarınca ikinci görev kapsamında yapılan görevlendirmeyi, ifade eder." düzenlemesine yer verilmiştir.

Anılan Yönetmeliğin "Yönetim Kademeleri" başlıklı 6. maddesinde, eğitim kurumlarının yönetim kademeleri belirtilmiş olup, 7. maddesinin (h) bendinde ise yöneticilik görevlerine atanacaklarda aranılan genel şartlar arasında, "atanacağı yöneticilik görevi için bu Yönetmelikte öngörülen sınavda başarılı olmak" şartı, sayılmış ve 12. maddesinde; "Eğitim kurumu müdür yardımcılıklarına atanacakların belirlenmesi için Bakanlıkça tespit edilecek merkezlerde Ölçme, Değerlendirme ve Yerleştirme Merkezince, merkezi sistemle yazılı olarak seçme sınavı yapılır. Ancak, sınav için gerekli teknik alt yapısının yeterli olduğunun Bakanlıkça uygun görülmesi halinde valiliklerce de seçme sınavı yapılabilir." kuralı ile "Müdür Yardımcılığına Atama" başlığını taşıyan 20. maddesinde; "Seçme sınavını kazanan adaylar boş müdür yardımcılıklarına atanmak için valiliklerce yapılacak duyuru üzerine, EK-1'deki Yöneticilik İstek Formu ile kadrosunun bulunduğu okulda boş müdür yardımcılığı olması halinde bu eğitim kurumu da aralarında bulunmak şartıyla en fazla üç eğitim kurumu tercih etmek suretiyle istekte bulunabilirler. İstekte bulunan adaylardan EK-2'deki Yönetici Değerlendirme Formu üzerinde yapılan değerlendirme sonucunda puanı en yüksek olanların tercihleri dikkate alınarak valiliklerce başvuru tarihinin tamamlanmasından itibaren en geç 3 ay içinde atanırlar." kuralına yer verilmiştir.

Yukarıda sözü edilen Yönetmelikte yer verilen "Yönetici" tanımı içinde; Milli Eğitim Bakanlığı'na bağlı örgün ve yaygın eğitim okul ve kurumlarında müdür, müdür başyardımcısı ve müdür yardımcısı görevlerinde bulunanlar sayılmış olup, davacının, daha önce Milli Eğitim Bakanlığı'na bağlı olmayan yurt dışındaki bir okulda, atama işlemine dayalı olmaksızın, müdür yardımcısı olarak geçen hizmet süresinin, boş müdür yardımcılığına atanmak için yeterli sayılmasına olanak bulunmamaktadır.

Kaldı ki, müdür yardımcılığı görevine hizmet cetvelinde yer verilmediği gibi anılan göreve ilişkin hizmet içi kurs, sınav ve değerlendirme koşullarının da gerçekleşmediği görülmektedir.

Her ne kadar, davacı tarafından, ilgili Yönetmeliğin 25. maddesi gereğince müdür yardımcısı olarak atanma isteminin yerinde olduğu iddia edilmekteyse de, bu Yönetmeliğin "Yeniden Atama" başlıklı 25. maddesinde getirilen; "Birleştirilen, dönüştürülen veya kapatılan eğitim kurumlarının önceki yöneticileri dahil, daha önce eğitim kurumu yöneticiliğinde bulunmuş olanlar, ayrıldıkları veya istekleri halinde daha alt tipteki eğitim kurumları yöneticilik görevlerine yeniden atanabilirler. Aynı eğitim kurumuna atanmak üzere birden fazla adayın başvurmuş olması durumunda EK-2'deki Yönetici Değerlendirme Formuna göre yapılacak değerlendirme sonucuna göre atama yapılır." kuralı karşısında, yönetici tanımından hareketle anılan maddenin de, davacı hakkında uygulanması hukuken olanaklı değildir.

Bu durumda, ilgili Yönetmelikte ilk kez müdür yardımcılığına atanabilmek için müdür yardımcılığı seçme sınavının kazanılması şartı arandığından ve davacının, daha önce yurt dışı görevi sırasında, ilgili Yönetmelik kapsamında bir atama işlemine bağlı olmaksızın yürüttüğü müdür yardımcılığı dikkate alınmayarak, görev yaptığı aynı Okula müdür yardımcısı olarak atamasının yapılmamasına ilişkin işlemde hukuka aykırılık, davacının yönetici olarak atama isteminin değerlendirilmesi gerektiği gerekçesiyle dava konusu işlemin iptali yolundaki İdare Mahkemesi kararında hukuki isabet bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle, davalı idarenin temyiz isteminin kabulüyle Muğla 1. İdare Mahkemesi'nin 29.3.2007 günlü, E:2005/1442, K:2007/655 sayılı kararının, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 49. maddesinin 1/b. fıkrası uyarınca bozulmasına, aynı maddenin 3622 sayılı Kanun'la değişik 3. fıkrası gereğince ve yukarıda belirtilen hususlar da gözetilerek yeniden bir karar verilmek üzere dosyanın adı geçen Mahkeme'ye gönderilmesine, 24.4.2009 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

ÖĞRETİM İŞLERİ

T.C. DANIŞTAY İkinci Daire

Esas No : 2007/4507

Karar No : 2009/1601

Özeti : Anayasa Mahkemesi'nce ilgili mevzuatta yer alan branşlar temelindeki uzman öğretmenlik ve başöğretmenlik sayılarının yönetmelikte düzenleneceğine ve toplam serbest öğretmen kadrosu içinde, uzman öğretmenlik kontenjan oranının % 20, başöğretmenlik kontenjan oranının % 10 ile sınırlanmasına ilişkin ibarelerin iptal edildiği göz önünde bulundurulduğunda, branşlara göre kontenjan sınırlaması getirilmesinin yasal dayanağının kalmadığı hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan (Davacı) : ...

Vekili : Av. ...

Karşı Taraf : Konya Valiliği

İsteğin Özeti : Konya 1. İdare Mahkemesi'nce verilen 19.7.2007 günlü, E:2007/58, K:2007/1141 sayılı kararın temyizen incelenerek bozulması isteminden ibarettir.

Cevabın Özeti : Cevap verilmemiştir.

Danıştay Tetkik Hakimi : Ali Ün

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 işin gereği düşünüldü:

Dava, öğretmen olan ve kariyer basamaklarında yükselme sınavında başarılı olması üzerine yapılan değerlendirmede, alanı Fizik olarak dikkate alınması sonucu uzman öğretmenlik sertifikası almaya hak kazanamayan davacının, alanının Fen ve Teknoloji olarak yeniden değerlendirilerek mağduriyetinin giderilmesi istemiyle yaptığı başvurusunun reddine ilişkin 27.12.2006 günlü, 65993 sayılı işlemin iptali istemiyle açılmıştır.

Konya 1. İdare Mahkemesi'nin 19.7.2007 günlü, E:2007/58, K:2007/1141 sayılı kararıyla; Öğretmenlik Kariyer Basamaklarında Yükselmeye İlişkin Değerlendirme Kılavuzunun 1.14. maddesine göre öğretmenlik alan bilgilerinin, 30 Eylül 2005 tarihi son gün olarak esas alınıp değerlendirileceği açıkça düzenlendiğinden, bu tarih itibarıyla Fizik öğretmeni olan davacının, Fen ve Teknoloji öğretmeni olarak değerlendirilip uzman

öğretmen unvanının verilmesi için yaptığı başvurusunun reddine ilişkin işlemde hukuka aykırılık bulunmadığı gerekçesiyle dava reddedilmiştir.

Davacı, dava konusu işlemin hukuka aykırı olduğunu öne sürmekte ve İdare Mahkemesi kararının temyizen incelenerek bozulmasını istemektedir.

5204 sayılı Milli Eğitim Temel Kanunu ve Devlet Memurları Kanununda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanunun 1. maddesiyle, 1739 sayılı Milli Eğitim Temel Kanunu'nun 43. maddesinin sonuna eklenen 6. fıkra, "Öğretmenlik kariyer basamaklarında yükseleceklerin gireceği sınav, sınava katılacaklarda aranacak en az çalışma süresi, hizmet içi eğitim veya lisansüstü eğitim nitelikleri, her bir değerlendirme ölçütüne ilişkin hususlar ve puan değerleri, alanında ya da eğitim bilimleri alanında tezli yüksek lisans veya doktora öğrenimini tamamlamış olanlardan uzman öğretmenlik veya başöğretmenlik için aranacak kıdem, hizmet içi eğitim, etkinlikler (bilimsel, kültürel, sanatsal ve sportif çalışmalar) ve sicil (iş başarımı) şartları ve puan değerleri, branşlar temelindeki uzman öğretmenlik ve başöğretmenlik sayıları, yükselmeye ilişkin usul ve esaslar ile diğer hususlar Maliye Bakanlığı ve Devlet Personel Başkanlığı'nın uygun görüşleri alınarak Milli Eğitim Bakanlığı'nca çıkarılacak yönetmelikle düzenlenir." hükmüne, 7. fıkra ise, "Toplam serbest öğretmen kadro sayısı içinde, başöğretmen oranı %10, uzman öğretmen oranı %20'dir. Bakanlar Kurulu bu oranları bir katına kadar yükseltmeye yetkilidir." hükmüne yer verilmiştir.

Anılan 6. fıkra hükmü uyarınca 13.8.2005 günlü, 25905 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan Öğretmenlik Kariyer Basamaklarında Yükselme Yönetmeliği'nin 7. maddesinde, Bakanlık eğitim-öğretim hizmetleri sınıfındaki toplam serbest öğretmen kadro sayısı içinde uzman öğretmen oranının %20, başöğretmen oranının %10 olduğu, bu oranların Bakanlar Kurulunca artırılması durumunda, artırıldığı oranda uzman öğretmen ve başöğretmenlik sayılarına yansıtılacağı, bu sayılardan; a) Alanlara göre mevcut öğretmen sayısının, Bakanlık eğitim-öğretim hizmetleri sınıfındaki toplam serbest öğretmen kadro sayısı içindeki oranı esas alınarak uzman öğretmenlik ve başöğretmenlik sayılarının her alan için en az bir olmak şartıyla alanlar arasındaki dağılımı, b) Alanlara göre uzman öğretmenlik ve başöğretmenlik sayıları içinde sonradan muaf olan veya olmayanlar için kullanılacak uzman öğretmenlik ve başöğretmenlik sayılarının Bakan onayı ile belirleneceği, 21. maddesinde, alanlara göre uzman öğretmenlik ve başöğretmenlik kontenjanına girecek olanların belirlenmesi amacıyla, İl Öğretmen Değerlendirme Komisyonlarından gelen İl Başarı Sıralaması Çizelgesine göre sınavdan muaf olan ve olmayanlar bakımından eş zamanlı olarak ve ayrı ayrı olmak üzere puan üstünlüğü dikkate alınarak Merkez Sınav ve Değerlendirme Komisyonunca Türkiye Geneli Başarı Sıralaması Çizelgesinin düzenleneceği, başarı sıralaması sonucunda alanlara göre belirlenen kontenjana girenlerin, Türkiye Geneli Başarı Sıralaması Çizelgesine göre tespit edileceği belirtilmiş, Öğretmenlik Kariyer Basamaklarında Yükselmeye İlişkin Değerlendirme Kılavuzunun ekinde (ek 1), uzman öğretmen ve başöğretmen kontenjanları, sınavdan muaf olan ve olmayanlar bakımından alanlar ve kurumlara göre ayrı ayrı olmak üzere gösterilmiş, Milli Eğitim Bakanlığı yönünden kontenjan, "Fizik" alanında, sınav sonucuna göre değerlendirilenler için 1822, sınavdan muaf olarak değerlendirilenler için 322, "Fen ve Teknoloji/Fen Bilgisi" alanında, sınav sonucuna göre değerlendirilecekler için 2634, sınavdan muaf olarak değerlendirilecekler için 465 olarak belirlenmiştir.

Ancak, Anayasa Mahkemesi'nin 18.3.2009 günlü, 27173 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 21.5.2008 günlü, E:2004/83, K:2008/107 sayılı kararıyla, 5204 sayılı Milli Eğitim Temel Kanunu ve Devlet Memurları Kanununda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanunun 1. maddesiyle, 1739 sayılı Milli Eğitim Temel Kanunu'nun 43. maddesinin sonuna eklenen 6. fıkra yönünden, "Yasayla düzenleme, konunun tüm ayrıntılarının yasayla belirlenmesini değil, temel ilkelerin, ölçü ve sınırların yasada gösterilip uzmanlık ve teknik konulara yönelik ayrıntıların düzenlenmesinin yürütme organına bırakılmasını ifade eder. Yasada, yönetmelikle düzenlenecek konuların çerçevesinin, Anayasa yargısı bağlamında denetime olanak verecek biçimde düzenlenmiş olması gerekir. Kuraldaki "sınava katılacaklarda aranacak en az çalışma

süresi", "alanında ya da eğitim bilimleri alanında tezli yüksek lisans veya doktora öğrenimini tamamlamış olanlardan uzman öğretmenlik ve başöğretmenlik için aranacak kıdem", "branşlar temelindeki uzman öğretmenlik ve başöğretmenlik sayıları" ve "ile diğer hususlar" ibarelerinin belirlenmesinde belirtilen çerçeveye yer verilmediği açıktır. Bu nedenlerle kuraldaki anılan ibareler Anayasa'nın 2. ve 7. maddelerine aykırıdır. İptalleri gerekir.

Kuralın kalan bölümü ise yönetmelikte düzenlenebilecek nitelikte konulara ilişkindir ve Anayasa'nın 2. ve 7. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir." gerekçesine yer verilerek, anılan fıkranın;

a-"...sınava katılacaklarda aranacak en az çalışma süresi,...", "...alanında ya da eğitim bilimleri alanında tezli yüksek lisans veya doktora öğrenimini tamamlamış olanlardan uzman öğretmenlik ve başöğretmenlik için aranacak kıdem,...", "...branşlar temelindeki uzman öğretmenlik veya başöğretmenlik sayıları,...", "...ile diğer hususlar..." ibarelerinin Anayasa'ya aykırı olduğuna ve iptaline,

b-Kalan bölümün Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptali isteminin reddine,

c- Anılan fıkranın iptal edilen ibareleri nedeniyle uygulama olanağı kalmayan kalan bölümünün de 2949 sayılı Anayasa Mahkemesi'nin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 29. maddesinin ikinci fıkrası gereğince iptaline, karar verilmiştir.

Yine 5204 sayılı Milli Eğitim Temel Kanunu ve Devlet Memurları Kanununda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanunun 1. maddesiyle, 1739 sayılı Milli Eğitim Temel Kanunu'nun 43. maddesinin sonuna eklenen 7.fıkranın, "5204 sayılı Yasa'nın 1. maddesiye getirilen kariyer basamaklarında yükselme sistemi, öğretmenlerin nitelik ve statülerinin iyileştirilmesine özel önem verilmesi temeline dayanmakta ve öğretmenlerin kıdem, eğitim ve iş başarımları esas alınarak, mesleki ve kişisel gelişimlerinin sağlanması, niteliklerinin iyileştirilmesi, statülerinin yaptıkları görevin önem, güçlük ve sorumluluk derecesi çerçevesinde olması gereken seviyeye yükseltilmesini amaçlamaktadır.

Kuralda, kariyer basamaklarında yükselme koşullarının tümünü sağlasa bile, %20 ve %10'luk sınırlama nedeniyle bütün öğretmenler yükselme olanağına sahip olamayacaklardır. Bakanlar Kurulu'na tanınan bu oranları bir katına kadar yükseltme yetkisinin kullanılmasında da aynı sonuçla karşılaşılabilir.

Anılan oranlar dolduğunda geride kalan öğretmenler, boşalma olana kadar yüzde yüz başarı elde etseler bile, uzman ve/veya başöğretmen hakkını elde edemeyeceklerdir. Bu durum ise yığılmalara, tıkanmalara ve çalışma hayatında olumsuzluklara neden olabilecektir. Öngörülen kontenjanlardaki yüzdelere giren son kişilerle aynı değerlendirme puanına sahip olanların kontenjan dışında kalmaları hali hukuk devleti ve eşitlik ilkeleriyle bağdaşmamaktadır." gerekçesiyle iptaline karar verilmiştir.

Dava dosyasının incelenmesinden, davacının, kariyer basamaklarında yükselmeye ilişkin değerlendirmede, Fizik alanından değerlendirme yapıldığı, bu alan için belirlenen kontenjana giremediğinden bahisle uzman öğretmenlik sertifikası almaya hak kazanamadığı, alanının Fen ve Teknoloji olarak değerlendirilmek suretiyle mağduriyetinin giderilmesi istemiyle yaptığı başvurusunun reddine ilişkin işlemin iptali istemiyle bakılan davanın açıldığı anlaşılmıştır.

Anayasa Mahkemesi'nce, 5204 sayılı Milli Eğitim Temel Kanunu ve Devlet Memurları Kanununda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanunun 1. maddesiyle, 1739 sayılı Milli Eğitim Temel Kanunu'nun 43. maddesinin sonuna eklenen 6. fıkrada yer alan "branşlar temelindeki uzman öğretmenlik ve başöğretmenlik sayıları"nın Yönetmelikle düzenleneceğine ve toplam serbest öğretmen kadrosu içinde, uzman öğretmenlik kontenjan oranının % 20, başöğretmenlik kontenjan oranının % 10 ile sınırlandırılmasına ilişkin, 5204 sayılı Milli Eğitim Temel Kanunu ve Devlet Memurları Kanununda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanunun 1. maddesiyle, 1739 sayılı Milli Eğitim Temel Kanunu'nun 43. maddesinin sonuna eklenen 7. fıkranın, yukarıda belirtilen gerekçelerle iptal edildiği göz önünde bulundurulduğunda, branşlara göre kontenjan sınırlaması getirilmesinin yasal dayanağının kalmadığı

anlaşıldığından, davacının, Fizik alanı için belirlenen kontenjane giremediğinden bahisle tesis edilen işlemlerde hukuka uyarlık görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle, davacının temyiz isteminin kabulüyle Konya 1. İdare Mahkemesi'nce verilen 19.7.2007 günlü, E:2007/58, K:2007/1141 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, 14.4.2009 tarihinde oyçokluğuyla karar verildi.

AZLIK OYU

X- 1739 sayılı Milli Eğitim Temel Kanunu'nun 43. maddesine, kariyer basamaklarında yükselmeye ilişkin olarak 5204 sayılı Kanun'la eklenen bazı fıkra ve ibareler, 18.3.2009 günlü, 27173 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Anayasa Mahkemesi'nin 21.5.2008 günlü, E:2004/83, K:2008/107 sayılı kararıyla iptal edilmişse de, aynı kararla, iptal edilen fıkra ve ibarelerin doğuracağı hukuksal boşluk kamu yararını ihlal edici nitelikte görüldüğünden, Anayasa'nın 153. maddesinin üçüncü fıkrasıyla 2949 sayılı Yasa'nın 53. maddesinin dördüncü ve beşinci fıkraları gereğince iptal hükümlerinin kararın Resmi Gazetede yayımlanmasından başlayarak bir yıl sonra yürürlüğe girmesine karar verilmiştir.

Bu durumda, Anayasa Mahkemesi'nce verilen iptal kararının Resmi Gazetede yayımlanmasından itibaren bir yıl sonra yürürlüğe gireceği dikkate alındığında, bu aşamada, temyiz istemi hakkında, mevcut düzenlemelere göre değerlendirme yapılarak bir karar verilmesi gerekirken, iptal kararı dayanak alınmak suretiyle davanın reddi yolundaki İdare Mahkemesi kararının bozulmasına yönelik çoğunluk kararına katılmıyorum.

TAM YARGI DAVALARI

T.C.

DANIŞTAY

İkinci Daire

Esas No : 2007/3399

Karar No : 2009/1428

Özeti : Öğretmen olan davacının Genel İdare Hizmetleri Sınıfına atanmasına ilişkin işlemin yargı kararı ile iptali üzerine açılan tam yargı davasında; fiilen öğretmenlik yapılmayan döneme ilişkin ek ders ücretinin ödenmesine hukuken olanak bulunmadığı, eğitim-öğretime hazırlık ödeneğinin ise kadroya bağlı bir ödeme olması nedeniyle davacıya ödenmesi gerekeceği hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan (Davacı): ...

Vekili : Av. ...

Karşı Taraf : Milli Eğitim Bakanlığı

İsteğin Özeti : Bursa 2. İdare Mahkemesi'nin 29.3.2007 günlü, E:2005/823, K:2007/573 sayılı kararının dilekçede yazılı nedenlerle temyizen incelenerek bozulması isteminden ibarettir.

Cevabın Özeti : Temyiz isteminin reddi gerektiği yolundadır.

Danıştay Tetkik Hakimi : Elif Karakaş

Düşüncesi : İdare Mahkemesi kararının bozulması gerektiği düşünülmüştür.

Danıştay Savcısı : Semra Şentürk

Düşüncesi : Anayasanın 125. maddesinin son fıkrasında, "İdare, kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlüdür." hükmü yer almış, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun "İptal ve tam yargı davaları" başlıklı 12. maddesinde, "İlgililer, haklarını ihlal eden bir idari işlem dolayısıyla Danıştay'a ve idare ve vergi mahkemelerine doğrudan doğruya tam yargı davası veya iptal ve tam yargı davasını birlikte açabilecekleri gibi, ilk önce iptal davası açarak bu davanın karara bağlanması üzerine bu husustaki kararın veya kanun yollarına başvurulması halinde verilecek kararın tebliği veya bir işlemin icrası sebebiyle doğan zararlardan dolayı icra tarihinden itibaren dava süresi içinde tam yargı davası açabilirler." hükmüne yer verilmiştir.

Davacının öğretmenlikten genel idari hizmetler sınıfına atanmasına ilişkin işlem yargı kararıyla hukuka aykırı bulunarak iptal edildiğinden, bu işlem nedeniyle yoksun kaldığı parasal haklarının, diğer bir anlatımla uğranılan zararın (fiilen görev yapılması karşılığı ödenen kıssımlar ayrık tutularak), idarece tazmini gerekmektedir.

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

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay İkinci Dairesi'nce işin gereği düşünüldü:

Dava, öğretmen olan davacının, mezun olduğu üniversiteye ilişkin lisans denklik belgesinin iptali nedeniyle Genel İdare Hizmetleri Sınıfına memur olarak atanmasına ilişkin işlemin yargı kararı ile iptali üzerine, bu işlem nedeniyle öğretmenlikten uzak kaldığı 2.1.2001-1.7.2004 tarihleri arasında mahrum kaldığı maaş, yan ödeme, tazminat, gösterge farkları, yatılı okul belletmenlik nöbet ücreti, ek ders ücreti, yaz ve güz dönemi sınav ücreti ve eğitim ve öğretime hazırlık ödeneği karşılığı olan toplam 16.090,07 TL. ile hakediş tarihinden itibaren işlenmiş olan 10.765,96 TL. yasal faizin toplamı 26.856,03 TL. nin dava tarihinden itibaren asıl alacak olan 16.090,07 TL. üzerinden işleyecek yasal faiziyle birlikte ödenmesine karar verilmesi istemiyle açılmıştır.

Bursa 2. İdare Mahkemesi'nin 29.3.2007 günlü, E:2005/823, K:2007/573 sayılı kararıyla; davalı idarenin davacının sınıfını değiştirmesinin asıl nedeninin YÖK tarafından davacının mezun olduğu okulun denklik belgesinin iptal edilmesinin oluşturduğu, diğer bir deyişle idarece bağlı yetki içerisinde işlem tesis edildiğinden, davalı idarenin her hangi bir ağır hizmet kusuru da bulunmadığından yargı kararı ile iptal edilen idari işlem nedeniyle davacının yoksun kaldığı anılan parasal istemlerinin yerinde görülmediği; kaldı ki bu istemler arasında yer alan ek ders ücreti, eğitim öğretime hazırlık ödeneği gibi ödemelerin ilgililere fiilen çalışmaları karşılığında ödendiğinden ve fiilen görev yapmayan davacıya ödenmesi olanaklı olmadığından bu istemlerinin yerinde olmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir.

Davacı, iptal edilen işlem nedeniyle uğradığı zararın karşılanmamasının hukuka aykırı olduğunu öne sürmekte ve İdare Mahkemesi kararının temyizen incelenerek bozulmasını istemektedir.

T.C. Anayasasının 125. maddesinin son fıkrasında, "İdare kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlüdür." hükmüne; 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 12. maddesinde ise, "İlgililer haklarını ihlal eden bir idari işlem dolayısıyla Danıştay'a, İdare ve Vergi Mahkemelerine doğrudan tam yargı davası veya iptal ve tam yargı davalarını birlikte açabilecekleri gibi, ilk önce iptal davası açarak bu davanın karara bağlanması üzerine, bu husustaki kararın veya kanun yollarına başvurulması halinde verilecek kararın tebliğ veya bir işlemin icrası sebebiyle doğan zararlardan dolayı icra tarihinden itibaren dava süresi içinde tam yargı davası açabilirler. Bu halde de ilgililerin 11. madde uyarınca, idareye başvurma hakları saklıdır." hükmüne yer verilmiştir.

657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun "ek ders görevi" ile ilgili düzenleme getiren 89 uncu maddesinin verdiği yetkiye istinaden, 16.12.1998 günlü, 23555 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Bakanlar Kurulu'nun 2.12.1998 günlü, 98/12120 sayılı kararı ile yürürlüğe konulan ve dava konu uyuşmazlığa ilişkin dönemde yürürlükte bulunan "Milli Eğitim Bakanlığı Öğretmen ve Yöneticilerinin Ders ve Ek Ders Saatlerine İlişkin Esaslar"ın İkinci Bölümünde, Bakanlık merkez ve taşra teşkilatı ile Bakanlığa bağlı her derece ve türdeki eğitim ve öğretim kurumlarında görevli öğretmen, yönetici, uzman ve usta öğreticiler ile diğer görevlilerin; "Aylık Karşılığı Ek Ders Görevi", "Ek Ders Görevi", "Hizmet İçi Eğitim Faaliyetleri", "Yetiştirme, Okuma-Yazma ve Uyum Kursları" ve "Ders Ücreti Karşılığı Görevlendirme" başlıkları altında aylık ve ücretle okutacakları; Üçüncü Bölümünde ise, "Ders Niteliğinde Yönetim Görevi", "Ders Dışı Hazırlık ve Planlama Görevi", "Sınav Görevi", "Belleticilik Görevi", "Akşam Sanat, Spor ve İzcilik Okulları ile Açıköğretim Kurumları Yönetici ve Öğretmenleri", "İşletmelerde Meslek Eğitimi", "Ders Dışı Eğitim Çalışmaları", "Okulda Bulunma Zorunluluğu" ve "Ders Kitabı ve Aracı Hazırlama Görevi" başlıkları altında da okutmuş sayılacakları haftalık ders saatlerinin sayısı, ders görevi alacakların nitelikleri ve diğer hususlar düzenlenmiştir.

Anılan Esaslar kapsamında ek ders ücreti ödenebilmesi için, ek ders görevinin fiilen yapılması, ek ders görevinden sayılan veya ek ders görevinin yapılmış sayılacağı haller bakımından ise bu Esaslar'da belirlenen koşulların oluşması gerekmektedir.

Dosyanın incelenmesinden, Suudi Arabistan Ummul-Kura Üniversitesi'nden mezun olan ve 1983 yılında YÖK tarafından kendisine 4 yıl yüksek öğrenim görmüş sayılmasına ilişkin diploma denklik belgesi verilmiş olan davacının, 3.4.1986 tarihinde öğretmenliğe ataması yapıldıktan sonra anılan diploma denklik belgesinin önlisans denklik belgesine dönüştürülmesi sonucu 7.8.2000 günlü işlemle, eğitim öğretim hizmetleri sınıfından alınarak genel idare hizmetleri sınıfında memurluğa atandığı, bu işlemin iptali istemiyle açılan davanın İdare Mahkemesi'nce reddedildiği, ancak temyiz aşamasında Danıştay 5. Dairesi'nce verilen 28.1.2004 günlü, E:2003/3516, K:2004/217 sayılı bozma kararı üzerine bozmaya uyulmak suretiyle Bursa 2. İdare Mahkemesi'nin 14.3.2005 günlü, E:2005/185, K:2005/241 sayılı kararıyla dava konusu işlemin iptal edildiği, anılan işlem nedeniyle eğitim öğretim hizmetleri sınıfından ayrı kaldığı süreler içinde yoksun kaldığı maaş, yan ödeme, tazminat, gösterge farkları, yatılı okul belletmenlik nöbet ücreti, ek ders ücreti, yaz ve güz dönemi sınav ücreti ve eğitim ve öğretime hazırlık ödeneği karşılığı olan toplam 16.090,07 TL. ile hakediş tarihinden itibaren işlemiş olan 10.765,96 TL. yasal faizin toplamı 26.856,03 TL. nin dava tarihinden itibaren asıl alacak olan 16.090,07 TL. üzerinden işleyecek yasal faiziyle birlikte ödenmesine karar verilmesi istemiyle bakılmakta olan davanın açıldığı anlaşılmaktadır.

İptal davalarında idari işlemin iptali yolunda verilen kararların idari işlemin tesis edildiği tarihe kadar geriye yürüyeceği ve anılan tarihe kadar hukuki etkilerini göstereceği hususu İdare Hukukunun bilinen ilkelerinden olup; Danıştay'ın yerleşik kararlarında da açıklandığı üzere, iptal kararı, iptali istenilen işlemle ona bağlı işlemleri tesis edildikleri tarihten itibaren ortadan kaldırarak işlemin tesisinden önceki hukuki durumun devamını sağladığından, atama işlemlerinde, işlemin iptali üzerine davacının gecikmeksizin görevine iade edilmesi ve iptal edilen işlem nedeniyle yoksun kaldığı parasal haklarının da ödenmesi gerektiği kuşkusuzdur.

Öte yandan, davacı tarafından, öğretmenlikten ayrı kaldığı döneme ilişkin ek ders ücretinin de tazmini istenilmekte ise de, anılan dönemde yürürlükte olan ve 16.12.1998 günlü, 23555 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren "Milli Eğitim Bakanlığı Öğretmen ve Yöneticilerinin Ders ve Ek Ders Saatlerine İlişkin Esaslar" kapsamında ek ders ücreti ödenebilmesi için, ek ders görevinin fiilen yapılması gerektiği kurala bağlandığından, uyuşmazlığa konu dönemde öğretmenlik mesleğini fiilen icra etmeyen davacıya ek ders ücreti ödenebilmesine hukuken olanak bulunmamaktadır.

Davacı tarafından tazminine hükmedilmesi istenen ve 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun Ek 32. maddesinde düzenlenen eğitim- öğretime hazırlık ödeneğinin ise; kadroya bağlı bir ödeme olması nedeniyle fiilen çalışmış olma şartı aranmaksızın davacıya ödenmesi gerekeceği tabiidir.

Bu durumda, idarenin tesis ettiği hukuka aykırı bir işlem nedeniyle maddi zararının meydana geldiği açık olan davacının kadro değişikliğine bağlı oluşan zararının, idarece tazmini gerekirken, davacının öğretmenlikten genel idare hizmetleri sınıfında memurluğa atanmasına ilişkin işlemin bağlı yetki içerisinde tesis edildiği ve davalı idarenin her hangi bir ağır hizmet kusurunun bulunmadığı gerekçesiyle davayı reddeden İdare Mahkemesi kararında hukuki isabet bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle, davacının temyiz isteminin kabulüyle Bursa 2. İdare Mahkemesi'nce verilen 29.3.2007 günlü, E:2005/823, K:2007/573 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, 3.4.2009 tarihinde oybirliği ile karar verildi.

YARGILAMA USULÜ

T.C. DANIŞTAY İkinci Daire

Esas No : 2008/7338

Karar No : 2009/2244

Özeti : Anayasa Mahkemesi kararının doğurduğu sonuçlardan yararlanmak amacıyla 2577 sayılı Kanunun 10. maddesine göre idareye başvuruda bulunulabileceği, bu yeni hukuki durum karşısında ise, ilk dava tarihinde yürürlükte bulunan ancak Anayasa Mahkemesince sonradan iptal edilmiş olan mevzuat hükümlerine göre verilmiş ilk yargı kararının yeni duruma ve yeni davaya kesin hüküm teşkil edemeyeceği hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan (Davacı): ...

Karşı Taraf : Tarım ve Köyişleri Bakanlığı

İsteğin Özeti : Ankara 11. İdare Mahkemesi'nin 08.07.2008 günlü, E:2007/1439, K:2008/1807 sayılı kararının dilekçede yazılı nedenlerle temyizen incelenerek bozulması isteminden ibarettir.

Cevabın Özeti : Temyizi isteminin reddi gerektiği yolundadır.

Danıştay Tetkik Hakimi : Nafi Alantar

Düşüncesi : İdare Mahkemesi kararının bozulması gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı : Celalettin Yüksel

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

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

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay İkinci Dairesi'nce işin gereği düşünüldü:

Dava, 2005 Mali Yılı Bütçe Kanunu'nun 37. maddesinin (h) bendinde, "...bir katını geçmemek üzere..." şeklinde bir sınırlama getirildiğinden, 21.02.2005 gününde teşvik primini bir kat üzerinden alan davacının, söz konusu Bütçe Kanunu'nun 37. maddesinin (h) bendinin Anayasa Mahkemesi'nin 29.11.2005 günlü, E:2005/21 sayılı kararı ile yürürlüğünün durdurulması üzerine ve emsal olaylarda davacılar lehine verilen kararlar, ilgi tutturularak teşvik priminin iki kat üzerinden ödenmesi için yaptığı başvurunun reddine ilişkin 20.09.2007 günlü işlemin iptali istemiyle açılmıştır.

Ankara 11. İdare Mahkemesi'nin 08.07.2008 günlü, E:2007/1439, K:2008/1807 sayılı kararıyla; dava dosyasının incelenmesinden, davacı tarafından idarece 2005 yılında dağıtılan döner sermaye üretimi teşvik priminin yıllık asgari ücretin iki katı yerine bir katı uygulamasına ilişkin işlemin iptali ve maddi zararın yasal faiziyle birlikte ödenmesi istemiyle açılan davanın Mahkemelerinin 13.10.2005 günlü, E:2005/533, K:2005/1429 sayılı kararıyla reddedildiği ve kararın Danıştayca da onanarak kesinleştiği, bu kez aynı taleple idareye yapılan 29.03.2007 günlü başvurunun reddi üzerine bakılan davanın açıldığı anlaşılmakta olduğu, bu durumda, yargı kararı verilmiş ve artık kanun yoluna başvurulamayacak olan bir dava ile konusu ve tarafları aynı olan uyumsuzluğun artık yeni bir davanın konusu yapılamayacağı gerekçesiyle davanın kesin hüküm nedeniyle reddine hükmedilmiştir.

Davacı; İdare Mahkemesi kararının usul hükümlerine aykırı olarak verildiğini öne sürmekte ve temyizen incelenerek bozulmasını istemektedir.

Anayasa'nın 138. maddesinde yasama ve yürütme organları ile idarenin mahkeme kararlarına uymak zorunda olduğu, bu organlar ve idarenin, mahkeme kararlarını hiçbir suretle değiştiremeyeceği ve bunların yerine getirilmesini geciktiremeyeceği; 153. maddesinde, Anayasa Mahkemesi kararlarının kesin olduğu, kanun, kanun hükmünde kararname veya Türkiye Büyük Millet Meclisi İç Tüzüğü ya da bunların hükümlerinin 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, Anayasa Mahkemesi kararlarının Resmi Gazete'de hemen yayımlanacağı ve yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını gerçek ve tüzel kişileri bağlayacağı hükme bağlanmış olup, 2949 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluş ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanunun 53. maddesi de Anayasa'nın 153. maddesine paralel olarak düzenlenmiştir.

Olayda, 969 sayılı Tarım Bakanlığı Ziraat İşleri Genel Müdürlüğü ile Zirai Mücadele ve Zirai Karantina Genel Müdürlüğü'ne Bağlı Kurum - Okul Ve Kuruluşlara Döner Sermaye Verilmesi Hakkında Kanun'un 3. maddesinin son fıkrasında, elde edilen kârdan, kârın elde edilmesinde emeği geçen personele katkıları oranında asgari ücretin yıllık brüt tutarının iki katını geçmemek üzere üretimi teşvik primi ödeneceği, 969 sayılı Tarım ve Köyşleri Bakanlığı'nın 867 ve 170 sayılı Kanunlara Tabi İşletmeler Dışında Kalan Taşra Kuruluşlarına Döner Sermaye Verilmesi Hakkında Kanuna Bağlı Döner Sermaye İşletmeleri Yönetmeliği'nin üretimi teşvik primi dağıtım esaslarını düzenleyen 44. maddesinin (d) bendinde, döner sermaye hizmetlerinde fiilen çalışan personele verilecek üretimi teşvik priminin yıllık brüt tutarının, dağıtım esas kârın elde edildiği yıla ait asgari ücretin yıllık brüt tutarının iki katını geçmeyeceği hükümlerine yer verilmişken, 2005 Mali Yılı Bütçe Kanunu'nun 37. maddesinin (h) bendiyle getirilen, "...bir katını geçmemek üzere...." şeklindeki sınırlama içeren ibare sebebiyle, üretimi teşvik primini, 2005 yılında bir kat üzerinden alan davacının, söz konusu ibarenin 10.12.2005 günlü, 26019 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Anayasa

Mahkemesi'nin 29.11.2005 günlü, E:2005/6, K(YD):2005/21 sayılı kararıyla yürürlüğünün durdurulması neticesinde, mahkemeler ve Danıştayca emsal olaylarda ilgililer lehine kararlar verilmesi üzerine, söz konusu ibare nedeniyle alamadığı üretimi teşvik priminin, oluşan bu yeni durum nedeniyle tarafına ödenmesi için 29.03.2007 tarihinde yaptığı başvurunun, davalı idare işlemi ile reddedilmesi üzerine, bu davanın açıldığı anlaşılmıştır.

Ayrıca, Anayasa Mahkemesi kararı nedeniyle oluşan yeni hukuki durumdan dolayı davalı idare kayıtlarına 29.03.2007 günü giren davacı başvurusunun reddine ilişkin bireysel işlemin, anılan Anayasa Mahkemesi kararının 10.12.2005 günlü Resmi Gazete'de yayımından sonra tesis edildiği de aşıktır.

Bu nedenlerle, davacının Anayasa Mahkemesi kararının doğurduğu sonuçlardan yararlanmak amacıyla 2577 sayılı Kanun'un 10. maddesine göre idareye başvurarak bu yeni hukuki duruma göre ve bu sebeple daha önce alamadığı üretimi teşvik priminin ödenmesi talebinde bulunabileceği ve bu başvurusunun reddi üzerine dava açabileceğinin kabulü zorunlu olup, İdare Mahkemesinin de buna göre bir karar vermesi gerekirken; bu hususu gözardı ederek ilk dava tarihi itibarıyla yürürlükte bulunan mevzuat hükümleri esas alınarak daha önce verilen ret kararının kesinleştiğinden bahisle iş bu davayı incelenmeksizin reddetmesinde hukuki isabet bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle, davacının temyiz isteminin kabulüyle, Ankara 11. İdare Mahkemesi'nce verilen 08.07.2008 günlü, E:2007/1439, K:2008/1807 sayılı kararın 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 49. maddesinin 1/c fıkrası uyarınca bozulmasına, aynı maddenin 3622 sayılı Kanun'la değişik 3. fıkrası gereğince ve yukarıda belirtilen hususlar da gözetilerek yeniden bir karar verilmek üzere dosyanın adı geçen Mahkeme'ye gönderilmesine, 29.05.2009 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

T.C.
DANIŞTAY
İkinci Daire

Esas No : 2008/6336

Karar No : 2009/2330

Özeti : İdarenin, mevzuatın kendisine yüklediği görevlerin yerine getirilmesi sırasında hareketsiz kaldığı durumlarda, ilgililerin ileriye yönelik hakları yönünden mevzuatın öngördüğü işlemin yapılmasını idareden istemeleri, yine yasaların verdiği bir hakkın zaman içerisinde idare tarafından hareketsiz kalınmak suretiyle verilmemesi durumunda, 2577 sayılı Kanunun 10 uncu maddesinde öngörülen usule uygun olarak, işlem tesisi için her zaman idareye başvurulabileceği; bu anlamda maaş alma tarihlerinin, maaş farkının ödenmeyeceğine bir karine oluşturamayacağı hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan (Davacı) : ...

Karşı Taraf : İstanbul Vergi Dairesi Başkanlığı

İsteğin Özeti : İstanbul 1. İdare Mahkemesi'nin 06.06.2008 günlü, E:2008/605, K:2008/977 sayılı kararının dilekçede yazılı nedenlerle temyizen incelenerek bozulması isteminden ibarettir.

Cevabın Özeti : Temyiz isteminin reddi gerektiği yolundadır.

Danıştay Tetkik Hakimi : Nafi Alantar

Düşüncesi : İdarenin, mevzuatın kendisine yüklediği görevleri yerine getirmesi sırasında hareketsiz kaldığı durumlarda, ilgililerin ileriye yönelik hakları yönünden mevzuatın öngördüğü işlemin yapılmasını idareden isteyebilecekleri gibi, yine yasaların verdiği bir hakkın zaman içerisinde idare tarafından hareketsiz kalınması suretiyle verilmemesi durumlarında da, bu hakkın tarafına verilmesi anlamında öngörülen işlemin tesisi için de her zaman idareye başvuruları ve isteklerinin reddedilmesi halinde ise, 2577 sayılı Kanun'un 10. maddesinde öngörülen usule uygun olarak dava açmaları mümkün bulunduğundan, davacının temyiz isteminin kabul edilerek İdare Mahkemesi kararının bozulması gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı : Celalettin Yüksel

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

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

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay İkinci Dairesi'nce işin gereği düşünüldü:

Dava, 02.12.2006 tarihinde yapılan Gelir Uzmanlığı Özel Sınavı'nda başarılı olması sonucu Gelir Uzmanlığı'na atanan ve yeni görevine 19.01.2007 tarihinde başlayan davacının, 19.01.2007 - 15.02.2007 tarihleri arasında ödenmeyen 27 günlük maaş ve tazminat farkının ödenmesi amacıyla yaptığı başvurunun reddine ilişkin 21.03.2008 günlü davalı idare işleminin iptali ile 27 günlük maaş ve tazminat farkının yasal faiziyle birlikte ödenmesine karar verilmesi istemiyle açılmıştır.

İstanbul 1. İdare Mahkemesi'nin 06.06.2008 günlü, E:2008/605, K:2008/977 sayılı kararıyla; 19.01.2007 - 15.02.2007 tarihleri arasında ödenmeyen 27 günlük maaş ve tazminat farklarının kendisine ödenmediğini 15.02.2007 tarihi itibarıyla öğrenen davacının, bu tarihten itibaren 60 gün içinde dava açması gerekirken bu süre geçirildikten sonra yaptığı 18.03.2008 tarihli başvurusunun, 21.03.2008 tarihli davalı idare işlemiyle reddi üzerine, 10.04.2008 tarihinde açılan davanın süre aşımı nedeniyle esasının incelenmesine olanak bulunmadığı gerekçesiyle, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 15/1-b maddesi uyarınca davanın süre aşımı yönünden reddine hükmedilmiştir.

Davacı, kendisine dava konusu uyumsuzlukla ilgili bir tebligatın yapılmadığını, maaş alma tarihinin maaş ve tazminat farklarının ödenmediğine kaine olamayacağını, kaldı ki eksik bir ödeme yapıldıysa da bu eksikliğin nereden kaynaklandığının bilinmesinin mümkün olmadığını, dolayısıyla başvurunun 2577 sayılı Kanun'un 10. maddesi kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini öne sürmekte ve İdare Mahkemesi kararının bozulmasını istemektedir.

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 7. maddesinde, dava açma süresinin, özel kanunlarında ayrı süre gösterilmeyen hallerde Danıştay'da ve idare mahkemelerinde altmış gün olduğuna işaret edilmiş; 10. maddesinde ise, ilgililerin haklarında idari davaya konu olabilecek bir işlem veya eylemin yapılması için idari makamlara başvurabileceği, altmış gün içinde bir cevap verilmezse isteğin reddedilmiş sayılacağı, altmış günün bittiği tarihten itibaren dava açma süresi içinde konusuna göre Danıştay'a, idare ve vergi mahkemelerine dava açılabilmesi, altmış günlük süre içinde idarece verilen cevap kesin değilse ilgilinin bu cevabı, istemin reddi sayarak dava açabileceği gibi, kesin cevabı da bekleyebileceği, bu takdirde dava açma süresinin işlemeyeceği, ancak bekleme süresinin başvuru tarihinden itibaren altı ayı geçemeyeceği, dava açılmaması veya davanın süreden reddi hallerinde, altmış günlük sürenin bitmesinden sonra yetkili idari makamlarca cevap verilirse, cevabın tebliğinden itibaren altmış gün içinde dava açılabilmesi hükümleri yer almıştır.

Buna göre; idarenin, mevzuatın kendisine yüklediği görevlerin yerine getirilmesi sırasında hareketsiz kaldığı durumlarda, ilgililerin ileriye yönelik hakları yönünden mevzuatın öngördüğü işlemin yapılmasını idareden istemeleri, yine yasaların verdiği bir hakkın zaman içerisinde idare tarafından hareketsiz kalınmak suretiyle verilmemesi durumlarında da bu hakkın tarafına verilmesi anlamında, öngörülen işlemin tesisi için her zaman idareye başvurmaları ve isteklerinin reddedilmesi halinde de yukarıda açık hükmüne yer verilen 2577 sayılı Kanun'un 10 uncu maddesinde öngörülen usule uygun olarak dava açmaları mümkün bulunmaktadır.

Dosyanın incelenmesinden, Erenköy Vergi Dairesi Müdürlüğü'nde memur olarak görev yapmakta iken, 02.12.2006 tarihinde yapılan Gelir Uzmanlığı Özel Sınavı'nda başarılı olarak 19.01.2007 tarihli onay ile Gelir Uzmanı olarak atanan ve aynı gün yeni görevine başlayan davacının, 19.01.2007 - 15.02.2007 tarihleri arasında ödenmeyen 27 günlük maaş ve tazminat farkının ödenmesi için yaptığı 18.03.2008 tarihli başvurunun reddine ilişkin 21.03.2008 tarihli işlemin iptali ile 27 günlük maaş ve tazminat farkının yasal faizi ile birlikte ödenmesine hükmedilmesi istemiyle, 10.04.2008 tarihinde dava açtığı anlaşılmaktadır.

Kanunen ödenmesi gereken maaş farkının, ödenip ödenmemesi konusunda davalı idarece hareketsiz kalındığı, diğer taraftan maaş farkının, maaş bordrosundan ayrı yapılması nedeniyle, maaş alma tarihlerinin, maaş farkının ödenmeyeceğine bir karine oluşturamayacağı, bu nedenle davacı başvurusunun 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 10. maddesi kapsamında yapılmış bir başvuru olduğunun ve bu başvurunun reddedilmesi üzerine bu davayı süresinde açtığının kabulü gerekir.

Açıklanan nedenlerle, davacının temyiz isteminin kabulüyle, İstanbul 1. İdare Mahkemesi'nce verilen 06.06.2008 günlü, E:2008/605, K:2008/977 sayılı kararın 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 49. maddesinin 1/c fıkrası uyarınca bozulmasına, aynı maddenin 3622 sayılı Kanun'la değişik 3. fıkrası gereğince ve yukarıda belirtilen hususlar da gözetilerek dosya tekemmül ettirilmek suretiyle yeniden bir karar verilme üzere dosyanın adı geçen Mahkeme'ye gönderilmesine, 03.06.2009 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

T.C.
DANIŞTAY
İkinci Daire

Esas No : 2008/7640
Karar No : 2009/2333

Özeti : Toplantı tutanağında belirtilen karar sonucuna göre yazılması gereken kararın, hüküm fıkrasında belirtilen karar sonucu ile toplantı tutanağında belirtilen karar sonucunun uyuşmamasının bozmayı gerektirdiği hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan (Davalı) : Fethiye Malmüdürlüğü

Karşı Taraf : ...

İsteğin Özeti : Muğla İdare Mahkemesi'nin 08.11.2005 günlü, E:2005/454, K:2005/1713 sayılı kararının, dilekçede yazılı nedenlerle 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 49. maddesi uyarınca temyizen incelenerek bozulması isteminden ibarettir.

Cevabın Özeti : Cevap verilmemiştir.

Danıştay Tetkik Hakimi : Nafi Alantar

Düşüncesi : İdare Mahkemesi kararının usulden bozulması gerektiği düşünülmüştür.

Danıştay Savcısı : Semra Şentürk

Düşüncesi : Davacının uyarma ve kınama cezasıyla cezalandırılmasına ilişkin işlem ile bu ceza nedeniyle ek ödemelerin kesilmesine ilişkin işlemin iptali istemiyle açtığı davada, disiplin cezasına ilişkin kısımda davayı incelenmeksizin reddeden, ek ödemelerin kesilmesine ilişkin işlemi iptal eden İdare Mahkemesi kararının iptal hükmüne ilişkin kısmının davalı idarece temyizden incelenerek bozulması istemidir.

5525 sayılı Memurlar ile Diğer Kamu Görevlilerinin Bazı Disiplin Cezalarının Affı Hakkında Kanunun 1. maddesinde ;Devletin şahsiyetine karşı işlenen suçlarla basit veya nitelikli zimmet, irtikâp, 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, resmî ihale ve alım satımlara 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 cezaları bütün sonuçları ile affedildiği son fıkrasında ise disiplin cezalarının affı ilgililere geçmiş süreler için özlük hakları ve parasal yönden herhangi bir talep hakkı vermeyeceği kuralı yer alırken, 2 maddede; Bu Kanun kapsamına giren ve 23/4/1999 tarihinden 14/2/2005 tarihine kadar işlenmiş fiillerden dolayı verilmiş olan disiplin cezalarına karşı bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten önce idari yargı mercilerine 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 verileceği öngörülmüştür.

Dava dosyasının incelenmesinden, dava konusu disiplin cezalarına konu eylemlerin 5525 sayılı Kanun kapsamında olduğu ve davacının 5525 sayılı Kanunda öngörülen şekil ve sürede davaya devam etmek istemi de bulunmadığı anlaşıldığından disiplin cezaları hakkında karar verilmesine yer bulunmadığına karar verilmesi gerekir.

Davacıya verilen disiplin cezaları yukarıya aktarılan 5525 sayılı Kanunun yukarıya aktarılan hükümleri uyarınca affedilmiştir.

Dava konusu ek ödeme niteliği itibarıyla 5525 sayılı Kanunun 1.maddesinin son fıkrasının son cümlesinde sözü edilen parasal haklar kapsamında bulunmadığından, davacının ek ödemeden yararlandırılmaması yolunda tesis edilen işlemin de dayanağı kalmamakla işlemde bu nedenle hukuka uyarlık görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle, temyiz isteminin reddi ile İdare Mahkemesi kararının belirtilen gerekçeyle onanması gerekeceği düşünülmüştür.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay İkinci Dairesi'nce işin gereği düşünüldü:

Dava, davacı tarafından, 1 adet kınama cezası, 3 adet uyarma cezası ile cezalandırılmasına ilişkin 27.10.2004 günlü, 733 sayılı işlemin iptali ile bu işlem nedeniyle kendisine ödenmeyen 605,10 TL ek ödemenin yasal faizi ile birlikte tazminine hükmedilmesi istemiyle açılmıştır.

Muğla İdare Mahkemesi'nin 08.11.2005 günlü, E:2005/454, K:2005/1713 sayılı kararıyla; Anayasa'nın 125. maddesi ile 657 sayılı Yasa'nın 135. ve 136/3. maddeleri

uyarınca uyarma ve kınama cezalarına karşı idari yargı yolunun kapalı olduğu ve bu cezalara karşı idari yargıya başvurulamayacağı tartışmasız olduğundan, görülen bu davanın uyarma ve kınama cezasına ilişkin kısmının yargısal incelemeye tabi tutulmasının mümkün olmadığı; davanın ek ödeme kesintisine ilişkin kısmına gelindiğinde ise, her hangi bir disiplin cezası alanlara ayrıca bir de aylıktan kesme cezası niteliği taşıyan belli bir ek ödemeden yararlandırmama yoluna gidilmesinde hukuka uygunluk bulunmadığı, zira disiplin cezasına konu eylemler için uygulanacak yaptırımın yasa hükümleri ile belirlenmiş olduğu, idari düzenlemeyle disiplin cezasının yanında aynı eylemden dolayı bir de gelir mahrumiyetine yol açacak biçimde düzenleme getirilmesine olanak tanıyan bir yetkinin davalı idarelere tanınmadığı gerekçesiyle davanın disiplin cezasına ilişkin kısmının incelenmeksizin reddine; ek ödeme kesintisine ilişkin kısmının kabulü ile davacıdan kesilen ek ödeme tutarlarının kesinti tarihinden itibaren işleyecek yasal faiziyle birlikte davacıya ödenmesine hükmedilmiştir.

Davalı idare, dava konusu işlemin hukuka uygun olarak tesis edildiğini, bu nedenle İdare Mahkemesi'nin kabule ilişkin hüküm fıkrasının temyizden incelenerek bozulmasını istemektedir.

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun "Davaların karara bağlanması" başlıklı 22. maddesinde, konular aydınlandığında meselelerin sırasıyla oya konulup karara bağlanacağı; "Tutanaklar" başlıklı 23. maddesinde ise, verilen kararın neticesini gösteren bir tutanak düzenleneceği, bu tutanakların görüşmelere katılanlar tarafından aynı toplantıda imzalanıp dosyalarında saklanacağı hükümlerine yer verilmiş; aynı Kanunun 24. maddesinde de, kararda bulunacak hususlar sıralanmış ve (e) bendinde, kararın dayandığı hukuki sebepler ile gerekçesi ve hükmün kararda belirtileceği kural altına alınmıştır.

Anılan hükümlere göre, toplantı tutanağı ile karardaki hüküm fıkrasında kararın sonucunun aynı olması gerekmekte iken, tutanakta, kararın sonucunun "kısmen iptal kısmen ret" şeklinde yer aldığı, kararda ise davanın uyarma ve kınama cezasına ilişkin kısmının incelenmeksizin reddine, davanın kısmen kabulü ile kesilen ek ödemenin kesinti tarihinden itibaren işleyecek yasal faiziyle birlikte davacıya ödenmesine hükmedildiği, böylece tutanaktaki kararın sonucu ile hüküm fıkrasının örtüşmediği görülmekte olup, bu durumun yukarıda belirtilen Yasa hükümlerine uymadığı açıktır.

Açıklanan nedenlerle, davalı idarenin temyiz isteminin kabulüyle, Muğla İdare Mahkemesi'nce verilen 08.11.2005 günlü, E:2005/454, K:2005/1713 sayılı kararın 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 49. maddesinin 1/c fıkrası uyarınca bozulmasına, aynı maddenin 3622 sayılı Yasa ile değişik 3. fıkrası gereğince ve yukarıda belirtilen hususlar gözetilerek yeniden bir karar verilmek üzere dosyanın adı geçen Mahkemeye gönderilmesine, 03.06.2009 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

T.C.
DANIŞTAY
İkinci Daire

Esas No : 2008/53
Karar No : 2009/2932

Özeti : Hüküm fıkrasına zorunlu bir şekilde bağlı olan ve bu nedenle kesin hüküm oluşturan gerekçeye karşı da lehine hüküm kurulan tarafın temyiz yoluna başvurusu mümkün olduğundan, mahkemece verilen iptal kararına karşı aleyhine hukuki sonuç doğurmaya elverişli olması nedeniyle davacının temyiz isteminde bulunabileceği hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan (Davacı) : ...

Vekili : Av. ...

Karşı Taraf : Aydın Valiliği

İsteğin Özeti : Aydın 1. İdare Mahkemesi'nin 20.4.2007 günlü, E:2006/2043, K:2007/549 sayılı kararının dilekçede yazılı nedenlerle 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 49. maddesi uyarınca temyizden incelenerek bozulması isteminden ibarettir.

Cevabın Özeti : Cevap verilmemiştir.

Danıştay Tetkik Hakimi : Başar Antürk Yalçınöz

Düşüncesi : İdare Mahkemesi kararının onanması gerektiği düşünülmüştür.

Danıştay Savcısı : Semra Şentürk

Düşüncesi : 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 46./1 maddesinde Danıştay dava daireleri ile idare ve vergi mahkemelerinin nihai kararları ,başka kanunlarda aksine hüküm bulursa dahi Danıştayda temyiz edilebilir hükmüne yer verilmiştir.

Temyiz incelemesi, alt derece yargı yerinin kararıyla hukuki menfaati zedelenen kişinin başvurusu üzerine, hukuka aykırı olduğu ileri sürülen mahkeme kararının denetimi amacıyla yapılır.

Davanın taraflardan her biri, hüküm Mahkemesi kararının kaldırılmasında veya değiştirilmesinde hukuki bir yararının bulunması koşuluyla, bu karar aleyhine hükmü temyiz edebilir. Mahkemenin hükmü ile, hüküm lehine olan tarafın talebi arasında fark varsa, o tarafın hükmü temyiz etmekte hukuki yararının bulunduğu kabul edildiği gibi, hüküm fıkrasına zorunlu bir şekilde bağlı olan ve bu nedenle kesin hüküm teşkil eden gerekçeye karşı da lehine hüküm kurulan tarafın temyiz yoluna başvurması mümkündür.

1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 427'nci maddesinde "davada haklı çıkmış olan taraf da, hukuki yararı bulunmak şartıyla, hükmü temyiz edebilir." kuralı da bu görüşleri doğrulamaktadır.

Olayda, davacının iptal istemine konu işlem hakkında hüküm kurularak ilgili yıl sicilinin hukuka uygun düzenlenmediği gerekçesiyle iptaline karar verilmekle, hukuki menfaatini zedeleyen işlem ortadan kaldırılmış olduğundan davacı lehine verilen mahkeme kararının temyizden inceleme sinde davacının hukuki yararı bulunmadığı sonucuna varılmıştır.

Açıklanan nedenle, temyiz isteminin incelenmeksizin reddi gerektiği düşünülmüştür.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay İkinci Dairesi'nce işin gereği düşünüldü:

Dava, Aydın İli, Söke İlçesi ... Çok Programlı Lisesi öğretmeni olarak görev yapan davacının, 2005 yılı sicil raporunun (60) orta olarak düzenlenmesine ilişkin işlemin iptali istemiyle açılmıştır.

Aydın 1. İdare Mahkemesi'nin 20.4.2007 günlü, E:2006/2043, K:2007/549 sayılı kararıyla "kamu görevlisinin sicil raporunda belirtilen konulara o yıl içindeki hizmete ilişkin bilgi, beceri ve çalışmalarının, diğer bir ifade ile görevinde yeterliliğinin değerlendirilmesinde yetkili amirin gözlem ve kanaati yeterli olmakla birlikte, öteden beri iyi ve çok iyi sicil başarı değerlendirilmesine sahip olan kamu görevlisinin sicil başarı değerlendirme puanının orta düzeyde düşürülmesinde somut bilgi ve belgelere dayanılmasının zorunlu olması karşısında, 1998-2002 yılları arasındaki sicilleri ve 2004 yılı sicili iyi ve çok iyi düzeyde olan orta düzeyde olan 2003 yılı sicili de mahkememizce iptal edilen davacının 2005 yılı sicilinin 60(orta) olarak düzenlenmesine ilişkin dava konusu işlemde; davacı hakkında sicil raporunda belirtilen bir kısım olumsuzlukların mevcut olduğu hakkında sicil amiri gözlemlerine itibar edilmekle birlikte, bu durum sicil raporunda mevcut hanelerinin tamamının orta düzeyde düzenlenmesine yeterli gerekçe olamayacağı nedeniyle hukuka uyarlık görülmediği" gerekçesiyle dava konusu işlem iptal edilmiştir.

Davacı, İdare Mahkemesi kararının gerekçesi yönünden temyizden incelenerek bozulmasını istemektedir.

Bilimsel ve yargısal içtihatlarda kabul edildiği üzere; taraflardan her biri, hüküm Mahkemesi kararını veya değiştirilmesinde hukuki bir yararının bulunması koşuluyla, bu karar aleyhine hükmü temyiz edebilir. Hüküm fıkrasına zorunlu bir şekilde bağlı olan ve bu nedenle kesin hüküm teşkil eden gerekçeye karşı da lehine hüküm kurulan tarafın temyiz yoluna başvurusu mümkündür. Ayrıca; Mahkemece verilen iptal kararının, aleyhine hukuki sonuç doğurmaya elverişli olması halinde de davacının temyiz isteminde bulunabileceğinin kabulü gerekir. Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunun 427'nci maddesinde yer alan "davada haklı çıkmış olan taraf da, hukuki yararı bulunmak şartıyla hükmü temyiz edebilir." kuralı bu görüşleri doğrulamaktadır.

Olayda, 1. sicil amiri tarafından dava konusu 2005 yılı sicil raporunun düşünceler kısmına yazılmış olan "alkole ve kadına aşırı düşkün, paraya karşı aşırı zaafı var, güvenilmez, sır saklamaz, mesleki bilgisi yetersiz, uyumsuz ve saygısız" şeklindeki değerlendirmelerin tamamının, ortaya çıkan her somut olay için açılacak bir soruşturma ile sübuta erdirilmesi gereken nitelikte olduğu, bu nitelikteki konuların gözlem ve kanaate bırakılmasının kamu görevlisinin onur ve haysiyetinin zedelenmesine yol açacağı, geçmiş yıl sicillerinin iyi ve çok iyi olarak düzenlendiği, çalışmaları olumlu olan davacının bir çok takdir ve teşekkür belgesinin bulunduğu, sicil raporunun düzenlenmesinden sonra yapılan inceleme ve soruşturmaların ise işlemin kurulması sırasında mevcut olmaması nedeniyle işleme dayanak olarak alınamayacağı gerekçeleriyle 60 puanla orta derecede düzenlenen 2005 yılı sicil notunun objektif olarak düzenlenmediği sonucuna varılmıştır.

Bu durumda, "davacı hakkında sicil raporunda belirtilen bir kısım olumsuzlukların mevcut olduğu hakkında sicil amiri gözlemlerine itibar edilmekle birlikte, bu durumun sicil raporunda mevcut hanelerin tamamının orta düzeyde düzenlenmesine yeterli gerekçe olamayacağı nedeniyle hukuka uyarlık bulunmadığından" bahisle davacının orta düzeyde düzenlenen 2005 yılı sicilinin iptali yolunda verilen İdare Mahkemesi kararında sonucu itibarıyla hukuka aykırılık görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle, davacının temyiz isteminin kabulüyle Aydın 1. İdare Mahkemesi'nin 20.4.2007 günlü, E:2006/2043, K:2007/549 sayılı kararının yukarıda belirtilen gerekçe ile sonucu itibarıyla onanmasına, temyiz giderlerinin davalı idareden alınarak davacıya verilmesine, 8.7.2009 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

ÜÇÜNCÜ DAİRE KARARLARI

GELİR VERGİSİ

T.C.
DANIŞTAY
Üçüncü Daire

Esas No : 2007/3751

Karar No : 2009/2092

Özeti : Birden fazla vergilendirme döneminde çok sayıda taşıt alım-satımında bulunduğu saptanan davacının bu faaliyetten elde ettiği kazancın ticari kazanç olarak vergilendirilmesi gerektiği ve vergi idaresince faaliyetin tespit edildiği tarih itibarıyla mükellefiyet tesis edilebileceği hakkında.

Temyiz Eden : Karadeniz Vergi Dairesi Müdürlüğü

Karşı Taraf : ...

İstemin Özeti : Davacı adına taşıt alım-satımından ötürü 26.6.2003 tarihi itibarıyla gelir vergisi mükellefiyeti tesis edilmesine ilişkin 21.4.2007 gün ve 9936 sayılı işlemi; herhangi bir faaliyetin gelir vergisi mükellefiyetinin konusunu oluşturabilmesi için, gelir sağlama amacıyla, ticari bir organizasyon çerçevesinde devamlı olarak yürütülmesi gerektiği, davacı adına, 26.6.2003-12.1.2007 döneminde 11 taşıt alıp sattığının saptanması üzerine mükellefiyet tesis edilmiş ise de, davalı idarece taşıt alım satımının süreklilik arz edip arzetmediği, bu faaliyetten gelir elde edilip edilmediği objektif kriterlerle ortaya konulmadan, bu yönde somut bir tespite dayanmadan salt bilgisayar kayıtlarından uzun bir zaman aralığında 11 taşıt alınıp satıldığı bilgisine ulaşılması nedeniyle kurulan işlemin hukuka uygun görülmediği gerekçesiyle iptal eden Trabzon Vergi Mahkemesinin 4.7.2007 gün ve E:2007/315, K:2007/386 sayılı kararının; 2003 yılında satın aldığı 4 taşıtı 2004 ve 2005 yıllarında, 2004 yılında aldığı 2 taşıtı 2005 ve 2006 yıllarında, 2006 yılında aldığı 4 taşıtın üçünü 2006 ve 2007 yıllarında satan ve halen üzerinde kayıtlı iki taşıt bulunan davacının faaliyeti süreklilik arzettiğinden adına mükellefiyet tesis edilmesinde kanuna aykırılık bulunmadığı ileri sürülerek bozulması istenmiştir.

Savunmanın Özeti : Savunma verilmemiştir.

Tetkik Hakimi : Sibel KORUCU

Düşüncesi : Ticari olarak kamyon, kamyonet ve otomobil satışı yaptığı ve faaliyetini vergi idaresinden gizlediği anlaşılan davacı adına gelir vergisi mükellefiyeti tesis edilmesinde hukuka aykırılık bulunmadığından vergi mahkemesince faaliyetin ticari amaçla yürütüldüğü yolunda yeterli tespit bulunmadığı gerekçesiyle verilen kararın hukuka uygun olmadığı, bu nedenle temyize konu kararın, davacı adına faaliyetin saptandığı 20.2.2007 tarihi itibarıyla mükellefiyet tesis edilebileceği gözetilerek yeniden karar verilmek üzere bozulmasının uygun olacağı düşünülmüştür.

Savcı : Nurten KARAÇAY

Düşüncesi : Araç alım-satımını devamlılık arz edecek yapan davacı adına gerçek usulde gelir vergisi mükellefiyeti tesisi işlemine karşı açılan davayı kabul eden mahkeme kararı temyiz edilmiştir.

193 sayılı Gelir Vergisi Kanununun 37.maddesinin 1.fıkrasında; her türlü ticari ve sanayi faaliyetten elde edilen kazanç ticari kazanç olarak tanımlanmıştır.

Maddi ve şekli anlamda bir ticari organizasyonun belirgin olmadığı durumlarda kazanç doğuran işlemin çokluğu faaliyetin süreklilik unsurunu belirleyen ölçüdür. Bir faaliyetin devamlı yapılması halinde, işlemlerin kazanç sağlamak amacıyla yapılmadığını kanıtlama yükü davacıya aittir.

Davacının, 2003 yılında 4 araç alıp bu araçları 2004 ve 2005 yıllarında sattığı, 2004 yılında 2 araç alıp 2005 ve 2006 yıllarında sattığı, 2006 yılında 4 araç alıp 2006 ve 2007 yıllarında sattığı taraflar arasında çekişmesizdir.

Farklı yıllarda birden fazla araç alıp satması, araç alım-satım işiyle uğraştığına karine teşkil etmekte olup, bu alım satımın kazanç sağlama amacı taşımadığını da kanıtlayamayan davacının gerçek usulde gelir vergisi mükellefiyetinin tesis edilmesinde hukuka aykırılık 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:

193 sayılı Gelir Vergisi Kanununun 1'nci maddesinde gerçek kişilerin gelirlerinin gelir vergisine tabi olduğu, gelirin bir gerçek kişinin bir takvim yılı içinde elde ettiği kazanç ve iratların safi tutarı olduğu öngörülmüş, 2'nci maddesinde ticari kazanç, gelirin unsurları arasında sayılmış, Yasanın 37'nci maddesinde ise her türlü ticari ve sınai faaliyetlerden doğan kazançların ticari kazanç olduğu hükme bağlanmıştır.

İncelenen dosyadan, davalı idarece motorlu taşıtların alım-satımlarına ilişkin olarak plakaları üzerinden yapılan araştırma sırasında davacının 2003-2007 döneminde 11 adet taşıt satın alıp bunlardan 9 adedini sattığının tespit edilmesi üzerine davacı nezdinde 20.2.2007 tarihinde yoklama yapıldığı, alım-satımı yapılan taşıtlarla ilgili bilgilerin tutanağa alındığı ve 21.4.2007 gün ve 9936 sayılı işlemle adına taşıt alım-satımı faaliyetinde bulunması nedeniyle ilk taşıtın satın alma tarihi olan 26.6.2003 tarihi itibarıyla gerçek usulde gelir vergisi mükellefiyeti tesis edildiği anlaşılmaktadır.

Gelir Vergisi Kanununda bir kazancın ticari kazanç olarak nitelendirilebilmesi, bir faaliyetten kazanç sağlanması ve faaliyetin devamlılığı koşullarına bağlanmıştır. Maddi ve şekli anlamda bir ticari organizasyonun belirgin olmadığı durumlarda kazanç doğuran işlemin çokluğu devamlılık unsurunu belirleyen en nesnel ölçü olup, bir işlemin devamlılığı, işlemin aynı vergilendirme döneminde yinelenmesi ya da önceki vergilendirme döneminde de yapılmış olmasına göre belirlenebilir. Devamlılık unsurunun gerçekleşmesi halinde, bu işlemlerin kazanç sağlamak amacıyla yapılmadığını kanıtlama yükü vergi mükelleflerine düşer.

2003 yılında satın alınan 4 taşıtı 2004 ve 2005 yıllarında, 2004 yılında alınan 2 taşıtı 2005 ve 2006 yıllarında, 2006 yılında satın alınan 4 taşıttan üçünü 2007 yılında sattığı ve adına kayıtlı 2 taşıt daha bulunduğu saptanan davacının bu alım-satım faaliyetinden elde ettiği kazancın ticari kazanç olarak vergilendirilmesine ilişkin tüm koşullar gerçekleşmiştir. Bu alım-satımların ticari kazanç sağlama amacı dışında nedenlerle yapıldığı iddiasını kanıtlaması gereken davacı tarafından, yoklama üzerine idareye yapılan başvuru sırasında araçların ticari amaçlı alınıp satılmadığı, yakınlarının isteği üzerine geçici olarak adına tescil ettirildiğinin, dava dilekçesinde ise alım-satımdan kar değil zarar elde edildiğinin, ileri sürülmekle yetinildiği, ancak birden fazla kamyon, kamyonet ve otomobilin ticari amaçla alınıp satılmadığı iddiasını kanıtlayan hukuken geçerli herhangi bir bilgi ya da belge sunulmadığı anlaşıldığından, faaliyetin kazanç elde etmek amacıyla yürütüldüğü sonucuna varılmıştır. Bu nedenle vergi mahkemesi kararının, davacı adına faaliyetin saptandığı 20.2.2007 tarihi itibarıyla mükellefiyet tesis edilebileceği de göz önünde bulundurularak yeniden karar verilmek üzere bozulması gerekmiştir.

Açıklanan nedenlerle temyiz isteminin kabulü ile Trabzon Vergi Mahkemesinin 4.7.2007 gün ve E:2007/315, K:2007/386 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, 11.6.2009 gününde oybirliğiyle karar verildi.

KAMU ALACAKLARININ TAHSİLİ

T.C.
DANIŞTAY
Üçüncü Daire
Esas No : 2007/3689
Karar No : 2009/1999

Özeti : Manevi tazminat alacağının haczedilemeyeceği hakkında.

Temyiz Eden : Adil Oral Vergi Dairesi Müdürlüğü
Karşı Taraf : ...
Vekili : Av. ...

İstemin Özeti : Ortağı olduğu limited şirketin vergi borçlarının tahsili amacıyla davacı adına alınan haciz kararı ile davacının icra yoluyla takip ettiği manevi tazminat alacağına uygulanan hacze karşı açılan davada; davacı tarafından adına ortağı olduğu şirketin vergi borçlarının tahsili için düzenlenen ve tebliğ edilen ödeme emrine karşı dava açılmadığından, davacı adına haciz kararı alınmasında hukuka aykırılık bulunmadığı ancak, 6183 sayılı Yasanın 70'inci maddesinin 9'uncu bendinde vücut ve sağlık üzerine ika edilen zararlar için tazminat olarak zarar görenin kendisi veya ailesine toptan veya irat şeklinde verilen veya verilmesi gereken paraların haczedilemeyeceği kurala bağlandığından, Salihli 2. İcra Müdürlüğü'nün 2006/2813 sayılı dosyasında takip edilen manevi tazminat alacağına haciz uygulamasının hukuka uygun görülmediği gerekçesiyle haciz kararına yönelik istem yönünden davayı reddeden, manevi tazminat alacağına uygulanan haczi kaldıran Manisa Vergi Mahkemesinin 5.7.2007 gün ve E:2007/145, K:2007/260 sayılı kararının; kişilik haklarına saldırı nedeniyle hükmedilen manevi tazminatın haczedilemeyecek varlıklardan olduğu kabul edilerek verilen kararda kanuna uyarlık 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 : Nurten KARAÇAY

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

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

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Üçüncü Dairesince işin gereği görüşülüp düşünüldü:

Dayandığı hukuki ve kanuni nedenlerle gerekçesi yukarıda açıklanan Vergi Mahkemesi kararı, aynı gerekçe ve nedenlerle Dairemizce de uygun görülmüş olup, temyiz istemine ilişkin dilekçede ileri sürülen iddialar sözü geçen kararın bozulmasını sağlayacak durumda bulunmadığından, temyiz isteminin reddine ve kararın onanmasına, 4.6.2009 gününde oybirliğiyle karar verildi.

KURUMLAR VERGİSİ

T.C. DANIŞTAY Üçüncü Daire

Esas No : 2007/513

Karar No : 2009/775

Özeti : Müşavirlik hizmeti veren davacının müşterilerinin işlemleri için kullanılmak üzere satın aldığı ve düzenlediği hizmet faturalarında bedele dahil unsurlar arasında gösterilmeyen damga pulu alış bedellerinin maliyet kayıtlarına intikal ettirilemeyeceği hakkında.

Temyiz Eden : Çekirge Vergi Dairesi Müdürlüğü

Karşı Taraf : ...

Vekili : Av ...

İstemin Özeti : Gümrük komisyoncusu olan davacının, amortisman yoluyla itfa etmesi gereken harcamalarını doğrudan gider kaydettiği ve hizmet verdiği mükelleflerin gümrükleme işlemleri sırasında yaptığı damga pulu alışlarının gider kayıtlarından çıkarılması gerektiği yolundaki saptamaları içeren vergi inceleme raporuna dayanılarak adına 2003 yılı için re'sen salınan bir kat vergi ziyai cezalı kurumlar vergisinin, dava konusu edilen damga pulu alışları yönünden bulunan matrah farkına isabet eden kısmını; işletme ile ilgili olmak şartıyla damga vergisinin safi kazancın tespitinde indirilebileceğinin 193 sayılı Gelir Vergisi Kanununun 40'ıncı maddesinin 6'ncı bendinde hüküm altına alındığı, 488 sayılı Damga Vergisi Kanununun 3'üncü maddesinde, damga vergisinin mükellefinin kağıtları imza edenler olduğu, 24'üncü maddesinde ise vergiye tabi kağıtların damga vergisinin ödenmemesinden veya noksan ödenmesinden dolayı alınması gereken vergi ve cezadan, mükelleflere rücu hakkı olmak üzere, kağıtları ibraz edenlerin sorumlu olduğunun kurala bağlandığı, bu durumda davacı tarafından ödenen damga vergilerinin müşterilere rücu edildiği yolunda bir tespit bulunmadığından, damga pulu alışlarının gider kaydedilmesinde yasaya aykırılık görülmediği gerekçesiyle kaldıran Bursa Vergi Mahkemesinin 26.9.2006 gün ve E:2005/1914, K:2006/1625 sayılı kararının; gümrük işlerini takip ettiği müşterilerinin matbu belgelerine yapıştırılması gereken damga pullarını kendi adına faturalı olarak alıp gider kaydeden davacının düzenlediği faturalarda söz konusu bedellere yer vermediği, gerçek niteliği itibarıyla davacı şirketin gideri olmayan bu bedellerin gider kayıtlarından çıkarılması gerektiği 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:

Gümrük müşavirliği yapan davacı şirketin hizmet verdiği müşterilerinin gümrük işlemlerinde kullanmak üzere satın aldığı ve düzenlediği hizmet faturalarında tahsilatına yer verilmediği damga pulu bedellerinin maliyet kayıtlarından çıkarılması suretiyle yapılan tarhiyatı kaldıran vergi mahkemesi kararı temyiz edilmiştir.

Kurumlar Vergisi Kanununun 13'üncü maddesinde, safi kurum kazancının tespitinde Gelir Vergisi Kanununun ticari kazanç hükümlerinin uygulanacağı hükme bağlanmış olup, Gelir Vergisi Kanununun 40'ıncı maddesinin 6'ncı bendinde, safi kazancın tespitinde işletme ile ilgili olmak şartıyla; bina, arazi, gider, istihlak, damga, belediye vergileri, harçlar ve kaydiyeler gibi aynı vergi, resim ve harçların indirilebileceği öngörülmüştür.

213 sayılı Vergi usul Kanununun 3'üncü maddesinin (B) bendinde, vergilendirmede, vergiyi doğuran olay ve bu olaya ilişkin muamelelerinin gerek mahiyetinin esas olduğu, iktisadi, ticari ve teknik gereklere uymayan ve olayın özelliğine göre normal ve olağan olmayan bir durumun, iddia eden tarafından kanıtlanması gerektiği kurala bağlanmıştır.

Davacı tarafından müşavirlik hizmetleri, gümrükleme dış ticaret işlemleri yapan müşterileri adına ve hesabına gerçekleştirilmektedir. Bu nedenle müşterilerinin işlemleri için kullanılmak üzere satın alınan damga pullarının alış bedellerinin müşavirlik faaliyetine ait giderlerden kabul edilmesine olanak bulunmayıp, bu bedellerin davacının maliyet kayıtlarına intikal ettirilmesi muhasebe ilkelerine ve ticari gereklere aykırıdır.

Damga pulu bedellerinin, müşterilerinden tahsil ettiği komisyon bedelinin içinde yer aldığını ileri süren ve bu soyut anlatımı kanıt değeri taşımayan davacının müşterilerine düzenlediği müşavirlik hizmet faturalarında bedele dahil unsurlar arasında damga pulu bedellerinin gösterilmediği vergi inceleme raporuyla saptanmıştır. Müşavirlik faaliyetine ait olmadığı halde maliyet kayıtlarına aldığı ve müşterisine yansıttığı bedelleri hasılat kayıtlarına intikal ettirdiğini kanıtlama yükü kendisine ait olan ve bu yönde bir kanıt sunamayan davacı adına yapılan tarhiyatın, damga vergilerinin davacı tarafından ödendiği gerekçesiyle kaldırılması hukuka uygun düşmemiştir.

Açıklanan nedenlerle temyiz isteminin kabulü ile Bursa Vergi Mahkemesinin 26.9.2006 gün ve E:2005/1914, K:2006/1625 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, 16.3.2009 gününde oybirliğiyle karar verildi.

VERGİ USULÜ

T.C. DANIŞTAY Üçüncü Daire

Esas No : 2008/3892

Karar No : 2009/1477

Özeti: İdari davaya konu olabilecek bir işlem tesisi için dava açma süresi içinde yapılan başvuruya olumsuz yanıt verilmek suretiyle yetkili merci tarafından kurulan vergi dairesi müdürlüğü işlemlerinin hukuka uygunluğu incelenerek karar verilmesi gerekirken düzeltme yolunun izlendiğinin kabulüyle karar verilmesinin yerinde olmadığı hakkında.

Temyiz Eden : ...

Vekili : Av....

Karşı Taraf : Güzelhisar Vergi Dairesi Müdürlüğü

İstemin Özeti : Ortağı bulunduğu limited şirketin vergi borçları nedeniyle taşınmazlarına haciz uygulanan davacının haciz işleminin iptali istemiyle davalı idareye yaptığı başvurunun reddi yolundaki işleme karşı açılan davada; 213 sayılı Vergi Usul Kanununun 124'üncü maddesinde dava açma süresi geçtikten sonra yaptıkları düzeltme talepleri reddolunanların şikayet yoluyla Maliye Bakanlığına başvurabileceğinin kurala bağlandığı, davacının haczi öğrendiğini ileri sürdüğü 10.3.2008 tarihinden itibaren dava açma süresi içinde yaptığı başvuru üzerine dava açma süresi geçtikten sonra yanıt verildiği anlaşılmış olup, şikayet yoluyla Maliye Bakanlığına başvurulması ve bu başvurunun reddi üzerine dava açılması mümkün olduğundan, düzeltme başvurusunun reddi üzerine açılan davanın incelenemeyeceği gerekçesiyle dava dilekçesi ve eklerinin Maliye Bakanlığına (Gelir İdaresi Başkanlığına) gönderilmesine karar veren Aydın Vergi Mahkemesinin 6.6.2008 gün ve E:2008/513, K:2008/1083 sayılı kararının; Maliye Bakanlığına başvurunun dava açma süresi geçtikten sonra söz konusu olabileceği, bu nedenle davalı idarenin yanıtı üzerine süresinde açılan davanın esasının incelenmesi gerektiği 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 : Nurten KARAÇAY

Düşüncesi : Davacının Vergi Dairesi Müdürlüğüne yaptığı düzeltme isteminin reddi işlemine karşı açılan davayı Maliye Bakanlığına tevdi eden mahkeme kararı temyiz edilmiştir.

Vergi uyuşmazlıklarının, 2577 sayılı Kanuna uygun biçimde vergi mahkemeleri nezdinde açılacak davalarla çözüme kavuşturulması esas ise de; uyuşmazlığın vergi hatasından kaynaklanması durumunda mükelleflerin; önce düzeltme yoluna başvurarak bu hatanın giderilmesini yetkili makamdan istemek, bu istemin reddinde ise dava açma süresine bağlı kalmak koşuluyla yargı yerine başvurma hakları bulunduğu gibi bu iki hakkı ayrı ayrı kullanmalarına engel bir düzenlemede bulunmamaktadır.

Davacının taşınmazlarına uygulanan haciz işleminde hata bulunduğu iddiasıyla vergi dairesine dava açma süresi içinde yaptığı düzeltme isteminin reddi işleminin dava konusu

olduğu dikkate alınmadan dosyanın Merciiine tevdiı yolunda verilen mahkeme kararında 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 görüşölüp düşünöldü:

Temyiz istemine konu edilen vergi mahkemesi kararıyla; ortağı bulunduğı limited şirketin vergi borçları nedeniyle taşınmazlarının tapu kaydına haciz şerhi konulan davacının, kendisine bildirilen borç bulunmadığını ileri sürerek haciz işleminin iptali istemiyle davalı vergi dairesi müdürlüğüne yaptığı başvuru, düzeltme başvurusu olarak nitelendirilerek, mahkemece dava dilekçesi ve eklerinin Maliye Bakanlığına gönderilmesine karar verilmiştir.

213 sayılı Vergi Usul Kanununun 116'ncı maddesinde vergi hatası, vergiye müteallik hesaplarda veya vergilendirmede yapılan hatalar yüzünden haksız yere fazla veya eksik vergi istenmesi veya alınması olarak tanımlanmış ve bu hatalar, hesap hataları ve vergilendirme hataları başlığı altında 117 ve 118'inci maddelerde ayrı ayrı düzenlenmiş, 122'nci maddesinde mükelleflerin vergi muamelelerindeki hataların düzeltilmesini vergi dairelerinden yazı ile isteyebilecekleri, 124'üncü maddesinde ise vergi mahkemesinde dava açma süresi geçtikten sonra yaptıkları düzeltme talepleri reddolunanların şikayet yoluyla Maliye Bakanlığına müracaat edebilecekleri kurala bağlanmıştır.

Vergi yükümlülerince vergi idaresine yapılan her başvuru nedeniyle düzeltme yolunun izlendiğı düşünölemez. Mükelleflerin hakkında bir işlem kurulması istemiyle dava açma süresi içinde vergi dairesine başvuru yoluyla yargı önüne getirdikleri davaların düzeltme hükümlerine göre çözümlenmesine olanak bulunmamaktadır.

Davacının, kendisine ait taşınmazların tapu kayıtlarına konulan haciz şerhiyle 10.3.2008 tarihinde haberdar olduğı taraflar arasında tartışmasız olan haciz işleminin iptali istemiyle 11.3.2008 tarihinde vergi dairesi müdürlüğüne başvurmuştur. Bu başvurusuna vergi dairesi müdürlüğü tarafından 11.4.2008 gün ve 11349 sayılı yazıyla verilen olumsuz yanıtın aynı gün tebliğ edilmesi üzerine, 18.4.2008 tarihinde vergi mahkemesinde dava açılmıştır.

Davacı tarafından başvurulanan kamu alacağının tahsiline yetkili vergi dairesinin; konusu yukarıda açıklanan başvuru hakkında işlem kurmaya yetkili bulunduğı açık olup, Maliye Bakanlığıının bu konuda kurabileceğı bir işlem bulunmamaktadır.

Davacının, idari davaya konu olabilecek bir işlem tesisi için, dava açma süresi içinde yaptığı başvuruya olumsuz yanıt verilmesi suretiyle yetkili merci tarafından kurulan vergi dairesi müdürlüğü işleminin hukuka uygunluğu incelenerek karar verilmesi gerekirken, başvuru 213 sayılı Yasanın 122'nci maddesi kapsamında değerlendirilerek, düzeltme yolunun izlendiğinin kabulüyle yazılı gerekçeyle sonuçlandırılan vergi mahkemesi kararında hukuka uygunluk görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle temyiz isteminin kabulü ile Aydın Vergi Mahkemesinin 6.6.2008 gün ve E:2008/513, K:2008/1083 sayılı kararının bozulmasına, yargılama giderlerinin yeniden verilecek kararda karşılanması gerektiğine, 29.4.2009 gününde oybirliğıyle karar verildi.

T.C.
DANIŞTAY
Üçüncü Daire

Esas No : 2007/633
Karar No : 2009/1983

Özeti : İş yerinde çıkan yangında oluşan zayıat nedeniyle sigortadan alınan tazminat tutarının kayıt dışı bırakılması nedeniyle yapılan vergilendirmeye esas alınan matrahın hukuka uygun olup olmadığının dönem sonu stoku ve yangın tarihine kadar satın alınan emtia miktarı da gözetilerek 213 sayılı Vergi Usul Kanununun 330'uncu maddesindeki düzenlemeye göre incelenmesi gerektiği hakkında.

Temyiz Eden : Vergi Dairesi Müdürlüğü

Karşı Taraf : ...

İstemin Özeti : Manifatura ticareti yapan, 1.4.2002 tarihinde iş yerinde çıkan yangın nedeniyle bedel takdiri için başvuran ve hasar bedeli olarak sigorta şirketinden 33.000 TL alan davacının hesaplarının bu yönden incelenmesi sonucu kazancının bir kısmını kayıt ve beyan dışı bıraktığının saptanması nedeniyle adına 2002 yılı için re'sen salınan bir kat vergi ziyai cezalı gelir vergisi ve hesaplanan fon payını; vergi inceleme raporunda yangında zarar gören bina, demirbaş ve emtiaya ilişkin giderlerin dikkate alınmaması ve 30.6.2002 tarihli işletme hesabı özetinde dönem başı ve dönem sonu mal mevcudu olduğu halde bulunmadığının kabulüyle sigorta tazminatının tamamının gelir olarak dikkate alınması suretiyle hesaplama yapılması karşısında gerçek durumun tespitine yönelik inceleme ve araştırma yapılmadan, davacı adına salınan vergi ve kesilen cezada hukuka uygunluk bulunmadığı gerekçesiyle kaldıran Samsun Vergi Mahkemesinin 12.10.2006 gün ve E:2006/291, K:2006/582 sayılı kararının; davacının mallarının tamamının yandığı ve sigorta şirketinden aldığı tazminatı kayıt dışı bıraktığı göz önünde bulundurularak 30.6.2002 tarihli işletme hesabı özetinin yeniden oluşturulması sonucu belirlenen matrah farkı üzerinden yapılan tarhiyatta yasaya aykırılık 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 : Nurten KARAÇAY

Düşüncesi : Davacının iş yerinde çıkan yangın nedeniyle gerçekleşen hasarının takdiri istemi nedeniyle uyumsuzluk dönemine ait işlemlerinin incelenmesi sonucu düzenlenen inceleme raporuna dayanılarak adına re'sen yapılan cezalı tarhiyata karşı açılan davayı kabul eden mahkeme kararı temyiz edilmiştir.

Davacının iş yerinde 1.4.2002 tarihinde meydana gelen yangında; işyeri ve demirbaşları ile mal mevcudunun hasar gördüğü bu hasar karşılığında ... Sigorta Anonim Şirketinden 33.000.000.000 lira tazminat aldığı sabittir. Davacının 2002 takvim yılı işlemlerinin incelenmesi sonucu düzenlenen inceleme raporunda; dönembaşı mal mevcut durum sıfır olarak takdir edilmesi işletmedeki mal mevcudunun tamamının hasar gördüğünün kabul edildiği anlamına gelmekte ise de; demirbaş ve işyerinde oluşan hasarın değerlendirilmediği anlaşılmaktadır. Bu durumda; davacının yangın nedeniyle emtia, işyeri ve

demirbaşlarındaki kıymet kaybının 213 sayılı Vergi Usul Kanununun uyuşmazlık döneminde yürürlükte bulunan 278 ve 267 maddeleri hükümleri doğrultusunda takdir edilmediği gibi sigortadan alınan tazminatın aynı kanunun 329 ve 330 maddeleri hükümleri göz ardı edilerek tamamının hasılat olarak nitelendirilmesiyle yeniden kurulan hesap özetine göre dönem matrahının hesaplanması kanuna uygun bulunmamakta ise de; mahkemece davacının yangın nedeniyle uğradığı değer kaybının gerçek tutarının, yukarıda anılan yasa maddeleri hükümleri dikkate alınarak araştırılmasıyla uyuşmazlığın sonuçlandırılması gerekirken incelemenin eksik yapıldığı gerekçesiyle davanın kabulü yolunda verilen, kararda hukuka uygunluk görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle temyiz isteminin kabulü ile temyize konu mahkeme kararının bozulmasının uygun olacağı düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Üçüncü Dairesince işin gereği görüşülüp düşünüldü:

Davacının 1.4.2002 tarihinde iş yerinde çıkan yangın nedeniyle 4.000 TL tutarında demirbaş ve yaklaşık 60.000 TL değerinde emtianın zayı olduğunu bildiren bir dilekçeyle yaptığı başvuru üzerine davacı nezdinde 3.5.2002 tarihinde yoklama fişi düzenlenmiş ve hasar bedeli olarak sigorta şirketinden 33.000 TL alan davacının uğradığı zararın takdiri için yapılan sevk üzerine takdir komisyonu tarafından konunun ayrıntılı incelenmesi suretiyle zarar matrahının tespiti gerektiği sonucuna varılmıştır. Tarhiyatın dayanağı vergi inceleme raporu ile yangın sırasında mallarının tamamının yandığının kabulüyle dönem başı ve dönem sonu stokunun bulunmadığı ve sigortadan alınıp, kayıt dışı bırakılan tazminat tutarının davacının geliri olduğu dikkate alınarak 30.6.2002 tarihli işletme hesabı özetiyle yeniden oluşturulması suretiyle matrah farkı belirlenmiştir.

213 sayılı Vergi Usul Kanununun 278'inci maddesinde, yangın, deprem ve su basması gibi afetler yüzünden iktisadi kıymetlerinde önemli bir azalış vaki olan emtianın emsal bedeli ile değerlendirileceği; aynı Yasanın 330'uncu maddesinde ise emtia kıymetinde oluşan zaiyat dolayısıyla alınan sigorta tazminatlarının bunların değerinden fazla olursa bu fazlalığın kara alınacağı, işletme hesabı esasında tutulan defterde bu tazminatın hasılat kaydedileceği kurala bağlanmıştır.

Takdir komisyonunca emsal bedel takdir edilmeden hesapları incelemeye alınan ve sigorta şirketinden alınan tazminatı kayıt dışı bırakan davacı, yangının çıktığı yılda emsal bedel takdir edilmediğinden kayıt ve beyanlarını düzeltmediklerini, yangın nedeniyle oluşan zarar dikkate alınmadan, sigortadan alınan tazminatın tamamının gelir kabul edilemeyeceğini ileri sürmüş ve yanan emtia değerine ilişkin iddialarda bulunmuştur.

Vergi mahkemesince, 2002 yılı dönem sonu stoku ve yangın tarihine kadar satın alınan emtia miktarı da gözetilerek, yangında zarar gören emtia miktarı ve değeri de belirlendikten sonra, vergilendirmeye esas alınan matrahın hukuka uygun olup olmadığının 213 sayılı Yasanın yukarıda kuralına yer verilen 330'uncu maddesindeki düzenlemeye göre incelenmesi ve sonucuna göre karar verilmesi gerekirken, böyle bir değerlendirme yapılmaksızın hüküm kurulması hukuka uygun görülmediğinden, vergi mahkemesi kararının yukarıda değinilen hususlar ve davacı iddiaları dikkate alınarak yeniden karar verilmek üzere bozulması gerekmektedir.

Açıklanan nedenlerle, temyiz isteminin kabulü ile Samsun Vergi Mahkemesinin 12.10.2006 gün ve E:2006/291, K:2006/582 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, 3.6.2009 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGILAMA USULÜ

T.C. DANIŞTAY Üçüncü Daire

Esas No : 2007/4425

Karar No : 2009/1503

Özeti : Maliye Bakanlığı işlemine karşı açılan davanın görüm ve çözümünde Ankara Vergi Mahkemesinin yetkili olduğu hakkında.

Temyiz Eden : Maliye Bakanlığı

Karşı Taraf : ...

İstemin Özeti : Davacı tarafından 2000 takvim yılına ilişkin indirimli orana tabi işlemler nedeniyle yüklenilen ve indirim yoluyla telafi edilemeyen vergilerin katma değer vergisi borçlarına mahsubu yolundaki talebi kabul edilmeyerek hesaplanan ve istenilen gecikme zammının kaldırılması istemiyle yapılan başvurunun reddi yolunda kurulan 27.9.2005 gün ve 49222 sayılı işlemi; davacının iade-mahsup işlemlerinin idarece yerine getirilmesi sırasında haksız tahsil edildiğini ileri sürerek gecikme zammının iadesi istemiyle 27.5.2004 günlü dilekçe ile Maliye Bakanlığına yaptığı başvurunun, dava açma süresi geçirildikten sonra vergi hatası bulunduğundan bahisle 2577 sayılı Yasanın 10'uncu maddesi kapsamında yapılan bir şikayet başvurusu olup, 18.10.2005 tarihinde davacıya duyurulan 27.9.2005 gün ve 49222 sayılı Maliye Bakanlığı işleminin süresinde dava konusu edildiğinin anlaşıldığı, her ne kadar 213 sayılı Yasanın 122'nci maddesine göre şikayet başvurusundan önce vergi dairesi başkanlığına düzeltme başvurusunda bulunması gerekmekte ise de, Maliye Bakanlığı işlemlerinin Hatay Vergi Dairesi Başkanlığınca duyurulması nedeniyle düzeltme-şikayet aşamalarının tamamlandığı, bu nedenle dava konusu işlemin vergi hatası yönünden hukuki denetiminin yapılabileceği sonucuna varıldığı, davacının katma değer vergisi iade alacağının vergi borçlarına mahsubunu istediği Eylül 2001 ve Mart 2002 tarihlerinde idarenin uhdesinde vergi borçlarına karşılık olacak tutarda iade alacağı bulunduğu anlaşıldığından, vadesi geldiği halde ödenmeyen vergi borcunun varlığından söz edilemeyeceği, bu nedenle hesaplanan gecikme zammının haksız tahsil edildiği sonucuna varıldığı gerekçesiyle iptal eden Hatay 1. Vergi Mahkemesinin 31.7.2007 gün ve E:2005/688, K:2007/430 sayılı kararının; mahkemece iptal edilen işlemin vergi hatası kapsamında olmadığı, vergi yasalarının ve Maliye Bakanlığınca yayımlanan tebliğlerin öngördüğü düzenlemeler gereği hesaplanan gecikme zammının ve dava konusu işlemin hukuka uygun olduğu ileri sürülerek bozulması istenmiştir.

Savunmanın Özeti : Savunma verilmemiştir.

Tetkik Hakimi : Sibel KORUCU

Düşüncesi : Davacının hesaplanan gecikme zammının kaldırılması istemiyle yaptığı başvurunun reddine ilişkin işleme karşı açılan davanın görüm ve çözümünde işlemi kuran Maliye Bakanlığının bulunduğu Ankara ilindeki vergi mahkemelerinin yetkili olduğu anlaşıldığından, kararın bozulmasının uygun olacağı düşünülmüştür.

Savcı : Sevil BOZKURT

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

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

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Üçüncü Dairesince işin gereği görüşülüp düşünüldü:

Katma değer vergisi iade alacağının vergi borçlarına mahsubu talebinin kabul edilmemesi nedeniyle borçların vade tarihinden mahsup için gerekli belgelerin tamamlandığı tarihe kadar geçen süre için hesaplanan gecikme zammının kaldırılmayacağı yolunda kurulan ve davacıya Hatay Vergi Dairesi Başkanlığının 11.10.2005 gün ve 288 sayılı yazısı ile duyurulan Maliye Bakanlığının 27.9.2005 gün ve 49222 sayılı işlemini iptal eden vergi mahkemesi kararı temyiz edilmiştir.

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun vergi uyuşmazlıklarında yetkiyi düzenleyen 37'nci maddesinde; dava konusu işlemi yapan dairenin bulunduğu yerdeki vergi mahkemesinin vergi uyuşmazlıklarında yetkili mahkeme olduğu hükme bağlanmıştır.

Bu duruma göre, davacı adına hesaplanarak istenilen gecikme zammının kaldırılmayacağına ilişkin Maliye Bakanlığı işlemine karşı açılan davanın görüm ve çözümünde işlemi kuran Maliye Bakanlığının bulunduğu Ankara ilindeki vergi mahkemelerinin yetkili olduğu sonucuna varıldığından, bu husus gözetilmeksizin davanın esası incelenerek verilen kararda hukuka uygunluk görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle, temyiz isteminin kabulü ile Hatay 1. Vergi Mahkemesinin 31.7.2007 gün ve E:2005/688, K:2007/430 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, 30.4.2009 gününde oybirliğiyle karar verildi.

T.C. DANIŞTAY Üçüncü Daire

Esas No : 2007/2504

Karar No : 2009/1623

Özeti : Vergi borcu bulunduğunu ve borcun ödenmemesi halinde adına kayıtlı taşınmazların satılacağını duyuran işlemin idari davaya konu edilmesine olanak bulunmadığı hakkında.

Temyiz Eden : ...

Vekili : Av....

Karşı Taraf : Vergi Dairesi Müdürlüğü

İstemin Özeti : Davacıya 122.432 YTL tutarında vergi borcu bulunduğu ve borcun 7 gün içinde ödenmemesi halinde adına kayıtlı taşınmazların satış işlemlerine başlanılacağını bildiren 25.5.2006 gün ve 8505 sayılı işlemin iptali istemiyle açılan davayı; 2577 sayılı Yasanın 11'inci maddesine göre, 26.5.2006 tarihinde tebliğ edilen işleme karşı en geç 27.7.2007 tarihinde dava açılması gerekirken 31.7.2007 tarihinde İstanbul Nöbetçi Vergi Mahkemesi kaydına giren dilekçe ile açılan davanın süre aşımı nedeniyle incelenemeyeceği gerekçesiyle reddeden Zonguldak Vergi Mahkemesinin 22.3.2007 gün ve E:2006/816, K:2007/92 sayılı kararının; davanın süresinde açıldığı ileri sürülerek bozulması istenmiştir.

Savunmanın Özeti : Temyiz isteminin reddi gerektiği savunulmuştur.

Tetkik Hakimi : Sibel KORUCU

Düşüncesi : Temyiz dilekçesinde ileri sürülen iddialar Vergi Mahkemesi kararının bozulmasını sağlayacak durumda bulunmadığından, temyiz isteminin reddi gerektiği düşünülmektedir.

Savcı : Nurten KARAÇAY

Düşüncesi : Davacının kanuni temsilcisi bulunduğu şirketin vergi borcunun tahsili nedeniyle haciz uygulanan taşınmaz malının satış işlemlerinin başlatılacağı yolundaki işleme karşı açılan davayı süre aşımı yönünden reddeden mahkeme kararı temyiz edilmiştir.

Dava konusu işlemin davacıya 26.5.2006 tarihinde tebliğ edildiği, bu işleme karşı 2.6.2006 tarihli dilekçe ile itiraz edildiği, itirazın reddine dair yazının 7.7.2006 tarihinde davacı vekiline tebliğ edildiği taraflar arasında çekişmesizdir. 2.6.2006 tarihli itiraz dilekçesinin davacı tarafından iadeli taahhütlü olarak vergi Dairesi Müdürlüğüne gönderildiği yolundaki temyiz dilekçesindeki iddiası 213 sayılı yasanın 170. maddesi hükmüde dikkate alınıp araştırılarak davanın süresinde açılıp açılmadığı hakkında yeniden karar verilmesi gerekmektedir.

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:

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 2'inci maddesinde tanımlanan iptal davaları; idarenin tek taraflı irade açıklamasıyla ilgililerin hukuksal durumunda değişiklik yaratan etkili ve yürütülmesi gerekli hukuksal işlemleri konu edinen davalardır.

Bir idari işlemin kesin ve yürütülmesi zorunlu olabilmesi için; bir başka merciin onayına gerek kalmaksızın, uygulanabilir ve hukuksal sonuç yaratabilir nitelikte olması gerekmektedir.

Davacıya vergi borcu bulunduğunu ve borcun ödenmemesi halinde adına kayıtlı taşınmazların satılacağını duyuran 25.5.2006 gün ve 8505 sayılı işlem ödemeye davet niteliğinde olan , kesin ve yürütülmesi zorunlu bir işlem olmadığından, idari davaya konu edilmesine olanak bulunmayan işleme karşı açılan davanın 2577 sayılı Yasanın 15'inci maddesinin 1'inci fıkrasının (b) bendi uyarınca reddi gerekirken süre aşımı nedeniyle reddedilmesi yolunda verilen kararda sonucu itibarıyla hukuka aykırılık görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle temyiz isteminin reddine, davacıdan 492 sayılı Harçlar Kanununa bağlı (3) sayılı Tarife uyarınca 32.30 TL maktu harç alınmasına, 14.5.2009 gününde oybirliğiyle karar verildi.

T.C.
DANIŞTAY
Üçüncü Daire

Esas No : 2008/1635

Karar No : 2009/2126

Özeti : Tebliğ alındısında imzanın kendisine ait olmadığı ve tebliğ zarfının üzerinde yazılı tarihte yurt dışında bulunduğu yolundaki davacı iddiaları araştırılmaksızın karar verilmesinde hukuka uyarlık bulunmadığı hakkında.

Temyiz : ...

Vekili : Av. ...

Karşı Taraf : Kadifekale Vergi Dairesi Müdürlüğü

İstemnin Özeti : Davacının vergi borçlarının tahsili amacıyla adına düzenlenen ödeme emirlerine karşı açılan davayı; 6183 sayılı Yasanın 58'inci maddesinde, kendisine ödeme emri tebliğ olunan şahsın, böyle bir borcu olmadığı ve kısmen ödediği veya zamanasına uğradığı hakkında tebliğ tarihinden itibaren 7 gün içinde, alacaklı tahsil dairesine ait davalara bakan vergi mahkemesi nezdinde dava açabileceğinin belirtildiği, olayda 10.10 2006 gününde davacının bizzat kendisine tebliğ edilen ödeme emirlerine karşı tebliğ tarihinden itibaren (7) gün içinde dava açılması gerekirken 11.6.2007 tarihinde açılan davanın süre aşımı nedeniyle incelenemeyeceği gerekçesiyle reddeden İzmir 1. Vergi Mahkemesinin 31.12.2007 gün ve E:2007/728, K:2007/1386 sayılı kararının; tebliğ alındısında yazılı tarihte yurtdışında bulunduğu ve üzerindeki imzanın kendisine ait olmadığı ileri sürülerek bozulması istenmiştir.

Savunmanın Özeti : Savunma verilmemiştir.

Tetkik Hakimi : Ayhan KOLUKIRIK

Düşüncesi : Temyiz dilekçesinde ileri sürülen iddialar Vergi Mahkemesi kararının bozulmasını sağlayacak durumda bulunmadığından, temyiz isteminin reddi gerektiği düşünülmektedir

Savcı : Nurten KARAÇAY

Düşüncesi : Davacının vadesinde ödenmeyen vergi borcunun tahsili amacıyla düzenlenen ödeme emrine karşı açılan davayı süre aşımı yönünden reddeden mahkeme kararı temyiz edilmiştir.

Dava konusu ödeme emirlerinin tebliğ alındısında davacının bizzat kendisine tebliğ edildiğinin belirtilmesine karşı alındıda ki imzanın kendisine ait olmadığı, tebliğ tarihinde yurt dışında bulunması nedeniyle tebligatın kendisine yapılmasının fiziken de mümkün bulunmadığı yolundaki davacı iddiaları mahkemece araştırılmaksızın eksik incelemeye dayalı olarak davanın süre aşımından reddi 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:

213 sayılı Vergi Usul Kanununun 94'üncü maddesinin 3'üncü fıkrasında, tebliğ, kendisine tebligat yapılacak kimsenin bulunmaması halinde ikametgah adresinde bulunanlardan veya işyerlerinde memur ya da müstahdemlerden birine yapılacağı, 97'nci maddesinde yabancı memleketlerde bulunanlara yapılacak tebliğin, o memleketin yetkili makamı vasıtasıyla yapılacağı, kendisine tebliğ yapılacak kişi Türk vatandaşı ise tebliğin Türk siyasi memuru veya konsolosu vasıtasıyla da yapılabileceği kurala bağlanmıştır.

Olayda davacının ödeme emrinin kendisine tebliğ edilmediği, ödeme emrine ait tebliğ alındısı üzerinde bizzat kendisine tebliğ edildiği belirtilmesine karşı imzanın kendisine ait olmadığı, tebliğ zarfının üzerinde yazılı tarihte yurtdışında bulunduğu ve yurda sadece yaz aylarında döndüğü iddiaları karşısında, davacının yurtdışına çıkış ve yurda giriş tarihlerinin tespiti gerektiğinden, bu hususun ilgili emniyet müdürlüğünden sorulması, anılan tarihte davacı yurtiçinde bulunuyorsa tebliğ alındısı üzerindeki imzanın kendisine ait olmadığı yolundaki iddianın da araştırılması suretiyle karar verilmesi gerekirken, ödeme emrine karşı açılan davanın süreaşımı yönünden reddi yolunda verilen kararda hukuka uygunluk görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle temyiz isteminin kabulü ile İzmir 1. Vergi Mahkemesinin 31.12.2007 gün ve E:2007/728, K:2007/1386 sayılı kararının bozulmasına, yargılama giderlerinin yeniden verilecek kararda karşılanması gerektiğine 15.6.2009 gününde oyçokluğuyla karar verildi.

KARŞI OY

X- Anayasanın "Temel hak ve hürriyetlerin korunması" başlıklı 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 de "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 yapılmıştır.

Bu nedenle, özel yasasında yer alan düzenleme gereği tebliğ tarihinden itibaren 7 gün içinde dava açılması gereken ödeme emirlerinin içeriğinde bu bilgiye yer verilmemiş olduğundan, bu ödeme emrine karşı açılan davada, anılan Anayasa hükmü karşısında dava açma süresinin geçirildiğinden söz edilmesine olanak bulunmadığından davanın; süresinde açıldığıının kabulü ile işin esasının incelenmek üzere bozulması gerektiği görüşüyle kararın gerekçesine katılmıyorum.

DÖRDÜNCÜ DAİRE KARARLARI

GELİR VERGİSİ

T.C.
DANIŞTAY
Dördüncü Daire
Esas No : 2008/4394
Karar No : 2009/2552

Özeti : Taşınmaz satışında değer artışı kazancını hesaplarken gayrimenkulun maliyetinin tespitinde çıplak mülkiyetin alım bedeliyle intifa hakkı alım bedelinin birlikte değerlendirilmesi gerektiği hakkında.

Temyiz Eden : ...
Vekili : Av. ...
Karşı Taraf : Sarıgazi Vergi Dairesi Müdürlüğü

İstemin Özeti : Gayrimenkul satışından elde ettiği değer artış kazancını beyan etmediği ileri sürülen davacı adına 2004 yılı için re'sen salınan gelir vergisi ile kesilen vergi ziyaı cezasının kaldırılması istemiyle dava açılmıştır. İstanbul 4. Vergi Mahkemesinin 20.5.2008 günlü ve E:2007/2093, K:2008/1686 sayılı kararıyla; dosya içeriğinden, davacının 21.7.2003 tarihinde alıp 3.5.2004 tarihinde sattığı taşınmazdan elde ettiği gelirin değer artışı kazancı olduğu ileri sürülerek 193 sayılı Kanunun mükerrer 80 inci maddesi uyarınca kazancın bir kısmının gelir vergisinden istisna edilip aynı Kanunun mükerrer 81 inci maddesi gereğince ödenen tapu harcının kazançtan düşülmesiyle bulunan matrah üzerinden uyuşmalık konusu tarhiyatın yapıldığının anlaşıldığı, taşınmazın dört yıl içinde elden çıkarılması nedeniyle Gelir Vergisi Kanunu'nun mükerrer 80 inci maddesinin 6 ncı bendi uyarınca değer artışı kazancının olduğu ve aynı Kanunun mükerrer 81 inci maddesine uygun olarak değer artışında safi kazancın bulunduğu, bu durumda yapılan tarhiyatın hukuka uygun olduğu gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir. Davacı, tarhiyatın hukuka aykırı olduğunu ileri sürerek kararın bozulmasını istemektedir.

Savunmanın Özeti : Savunma süresinde verilmemiştir.

Tetkik Hakimi Yavuz Şen'in Düşüncesi : Temyiz dilekçesinde öne sürülen hususlar, temyize konu mahkeme kararının bozulmasını sağlayacak nitelikte bulunmadığından temyiz isteminin reddi gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı A.Kemal Terlemezoğlu'nun Düşüncesi : Uyuşmazlıkta, gayrimenkul satışından elde ettiği değer artış kazancını beyan etmediği yolunda düzenlenen vergi inceleme raporuna dayanılarak 2004 yılı için tarh olunan cezalı verginin kaldırılması istemiyle açılan davayı reddeden İstanbul 4. Vergi Mahkemesi kararının temyizen incelenerek bozulması istenilmektedir.

Değer artış kazançlarında maliyet bedeli elden çıkarma bedelinden, maliyet bedeli ve elden çıkarma dolayısıyla yapılan ve satıcının uhdesinde kalan giderlerin ve ödenen vergi resim harçların indirilmesiyle tespit edilir.

Davacı tarafından, ihtilaf konusu taşınmazın 21.7.2003 tarihinde çıplak mülkiyetinin 28.500.000.000,TL, 14.4.2004 tarihinde ise intifa hakkının 73.5000.0000.000,-TL, bedelle satın alındığı toplam daire maliyetinin 102.000.000.000 TL olup 3.5.2004 tarihinde 110.000.000.0000,-TL bedelle satıldığı, elde edilen gelirin istisna haddi içinde kaldığı öne

sürüldüğünden söz konusu iddianın araştırılması gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulmasında isabet görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle, temyiz olunan vergi mahkemesi kararının bozulmasının uygun olacağı düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Dördüncü Dairesince gereği görüldü:

Gayrimenkul satışından elde ettiği değer artış kazancını beyan etmediği ileri sürülen davacı adına, 2004 yılı için salınan gelir vergisi ile kesilen vergi ziyaı cezasının kaldırılması istemiyle açılan davanın reddine karar veren Vergi Mahkemesi kararı temyiz edilmiştir.

193 sayılı Gelir Vergisi Kanunun mükerrer 80 inci maddesinin birinci fıkrasının 6 ncı bendinde, iktisap şekli ne olursa olsun (ivazsız olarak iktisap edilenler hariç) 70 inci maddenin birinci fıkrasının (1), (2), (4) ve (7) numaralı bentlerinde yazılı mal (gerçek usulde vergiye tabi çiftçilerin zirai istihsalde kullandıkları gayrimenkuller dahil) ve hakların, iktisap tarihinden başlayarak dört yıl içinde elden çıkarılmasından doğan kazançların (Kooperatiflerin ortaklarına bu sıfatları dolayısıyla tahsis ettikleri gayrimenkulleri tahsis tarihinde ortak tarafından satın alınmış sayılır.) değer artış kazancı olduğu belirtilmiş, ikinci fıkrasında, bu maddede geçen "elden çıkarma" deyiminin, maddede yazılı olan mal ve hakların satılması, bir ivaz karşılığında devir ve temlik, trampa edilmesi, takası, kamulaştırılması, devletleştirilmesi, ticaret şirketlerine sermaye olarak konulmasını ifade ettiği açıklanmış, üçüncü fıkrasında, bir takvim yılında elde edilen değer artış kazancının menkul kıymet ve diğer sermaye piyasası araçlarının elden çıkarılmasından sağlananlar hariç maddede yazılı miktar kadar gelir vergisinden müstesna olduğunu öngörülmüş, aynı Kanunun mükerrer 81 inci maddesinde de safi değer artış kazancının nasıl hesaplanacağı yolundaki kurallara yer verilmiştir.

Dosyanın incelenmesinden; 21.7.2003 tarihinde uyuşmazlık konusu taşınmazın çıplak mülkiyetini 28.500.000.000 TL, daha sonra 14.4.2004 tarihinde başka bir kişiye ait olan aynı taşınmazın intifa hakkını 73.5000.0000.000 TL bedelle satın alan davacının 3.5.2004 tarihinde gayrimenkulü satması nedeniyle elde edilen gelirin değer artışı kazancı olduğu ileri sürülerek dava konusu tarhiyatın yapıldığı, Vergi Mahkemesince, taşınmazın dört yıl içinde elden çıkarılması nedeniyle Gelir Vergisi Kanunu'nun mükerrer 80 inci maddesinin 6 ncı bendi uyarınca değer artışı kazancının oluştuğu ve aynı Kanunun mükerrer 81 inci maddesine uygun olarak değer artışında safi kazancın bulunduğu, bu durumda yapılan tarhiyatın hukuka uygun olduğu gerekçesiyle davanın reddine karar verildiği anlaşılmıştır.

Ancak, uyuşmazlık konusu gayrimenkulün satışından elde edilen gelir hesaplanırken taşınmazın alış bedeli olarak sadece çıplak mülkiyetin alış tutarı esas alınmış, gayrimenkulün maliyetinin hesaplanmasında davacı tarafından daha sonra satın alınan intifa hakkının bedeli dikkate alınmamıştır. Gayrimenkul alış maliyetinde intifa hakkın bedeli de dikkate alındığında 102.000.000.000 TL maliyeti olan taşınmazın 3.5.2004 tarihinde 110.000.000.000 TL bedelle satılması karşısında elde edilen gelirin 2004 yılı için geçerli olan 12.000.000.000 TL'lik değer artışı kazancı istisna haddi içinde kaldığı görülmektedir.

Bu durumda, anılan Kanunda yer alan istisna tutarı dikkate alındığında ödenecek vergi çıkmadığı anlaşıldığından davacı adına yapılan tarhiyatta ve tarhiyatın kaldırılması istemiyle açılan davayı reddeden Vergi Mahkemesi kararında hukuka uyarlık görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle, davacının temyiz isteminin kabulüyle İstanbul 4. Vergi Mahkemesinin 20.5.2008 günlü ve E:2007/2093, K:2008/1686 sayılı kararının bozulmasına, 21.5.2009 gününde oybirliğiyle karar verildi.

KAMU ALACAKLARININ TAHSİLİ

T.C.
DANIŞTAY
Dördüncü Daire
Esas No : 2008/2205
Karar No : 2009/2659

Özeti : 6183 sayılı Kanunun 62 nci ve 79 uncu maddeleri uyarınca, 3 üncü şahıslar nezdinde amme borçlusunun hak ve alacağının olup olmadığı tespit edilmeden haciz işlemi tesis edilemeyeceği hakkında.

Temyiz Eden : Esenler Vergi Dairesi Müdürlüğü

Karşı Taraf : ... Bankası Anonim Şirketi

Vekili : Av. ...

İstemin Özeti : 750 sayfadadan oluşan 22.700 adet mükellefin vergi borçlarının tahsili amacıyla davacı kuruma tebliğ edilen haciz bildirisinin iptali istemiyle dava açılmıştır. İstanbul 6. Vergi Mahkemesinin 31.10.2007 günlü ve E:2007/983, K:2007/2612 sayılı kararıyla; olayda, 750 sayfadadan oluşan mükellef listesi eklenmek suretiyle, herbir borçluya ait kamu alacağının türü ve miktarı belirtilmeden ve önceden malvarlığı araştırması yapılarak borçluların davacı kurum nezdinde bir hak ve alacaklarının olup olmadığı araştırılmadan davacıya haciz bildirisi tebliğ edildiğinin anlaşıldığı, ancak 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'un 62 nci ve 79 uncu maddeleri uyarınca 3. şahıslar nezdinde amme borçlusunun hak ve alacağının olup olmadığının tespit edilmesi, daha sonra herbir borçlu için ayrı ayrı ve borç tutarıyla sınırlı olarak haciz uygulamasına geçilmesinin gerektiği, davalı İdarece bütün hususlara uyulmadan, davacıdan binlerce yükümlüye ait hesap durumlarının araştırılarak borçlarına karşılık tüm hak ve alacaklarına haciz konulmasının istenilmesi yönünde davacı kuruma tebliğ edilen işlemde yasal uyarılık görülmediği gerekçesiyle haciz bildirisinin iptaline karar verilmiştir. Davalı İdare, haciz bildiriminin yasal olduğunu ileri sürerek kararın bozulmasını istemektedir.

Savunmanın Özeti : Temyiz isteminin reddi gerektiği savunulmuştur.

Tetkik Hakimi Gülbin Günhan'ın Düşüncesi : Temyiz dilekçesinde öne sürülen hususlar, temyize konu mahkeme kararının bozulmasını sağlayacak nitelikte bulunmadığından temyiz isteminin reddi gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı Gülşen 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.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Dördüncü Dairesince gereği görüldü:

Temyiz dilekçesinde ileri sürülen iddialar, bozulması istenilen kararın dayandığı gerekçeler karşısında, yerinde ve kararın bozulmasını sağlayacak durumda görülmemiştir.

Bu nedenle, temyiz isteminin reddine, İstanbul 6. Vergi Mahkemesinin 31.10.2007 günlü ve E:2007/983, K:2007/2612 sayılı kararının onanmasına 25.5.2009 gününde oybirliğiyle karar verildi.

KATMA DEĞER VERGİSİ

T.C.
DANIŞTAY
Dördüncü Daire
Esas No : 2007/2465
Karar No : 2009/1048

Özeti : Mahkemelerce hükmolunan avukatlık ücretinin katma değer vergisine tabi olduğu, bu ücret için davanın karşı tarafı adına serbest meslek makbuzu düzenlenmesi gerektiği, 1136 sayılı Avukatlık Kanununda yapılan değişiklik sonrası 15 Seri No'lu Katma Değer Vergisi Genel Tebliğinin J Bölümünde yapılan dava konusu açıklamalarının uygulama olanağının kalmadığı hakkında.

Davacı : ...
Vekili : Av. ...
Davalı : Maliye Bakanlığı

İstemin Özeti : 21.7.1985 tarih ve 18818 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 15 seri No'lu Katma Değer Vergisi Genel Tebliği'nin "J-Avukatlık Ücretleri" başlıklı bölümünde yer alan "...Ancak bu paralardan sözleşmeleri gereği ücret karşılığı çalışanlar dışında kalan avukatlara intikal eden kısım serbest meslek kazancı kapsamında vergiye tabi olacaktır. Avukatlar aldıkları bu para için davayı kazanana serbest meslek makbuzu düzenleyecekler, makbuzla alınan tutar üzerinden katma değer vergisini hesaplayıp ayrıca göstereceklerdir." kısmı ile 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 164 üncü maddesinde 4467 sayılı Kanunla yapılan değişiklik sonrası Genel Tebliğin güncelliğinin kalmadığı, Mahkemelerce hükmolunan avukatlık ücretinin iç yüzde yöntemiyle ayrıştırılarak katma değer vergisine tabi tutulmaması ve bu ücret için serbest meslek makbuzu düzenlenmemesi gerektiği, bu hususun yeni bir tebliğle duyurulması yolunda 15.4.2002 günlü dilekçeyle yapılan başvuru üzerine tesis edilen 15.4.2004 günlü ve 16534 sayılı davalı İdare işleminin; Genel Tebliğin güncelliğinin kalmadığını, Mahkemelerce hükmolunan avukatlık ücretinin iç yüzde yöntemiyle katma değer vergisine tabi tutulmasının Kanuna uygun olmadığını, zira bu ücretin serbest meslek faaliyeti kapsamında karşı tarafa verilen bir hukuki yardımın karşılığı olmayıp tamamen Kanundan kaynaklandığını ve sözleşme gereği olmadığını, bu ücret için karşı taraf adına serbest meslek makbuzu düzenlenmemesi gerektiğini, sözkonusu avukatlık ücretinin karşı taraf için yargılama gideri niteliği taşıdığını, Devletin adalet sağlama faaliyetinin katma değer vergisine tabi tutulmasının düşünülemeyeceğini belirterek, dava konusu Genel Tebliğin davalı İdareye yapılan başvuru gibi değiştirilerek uygulanmasının tespiti ve Mahkemece hükmolunan vekalet ücreti için davanın karşı tarafı adına serbest meslek makbuzu düzenlenmemesi gerektiği iddiasıyla söz konusu işlemlerin iptali istemiyle dava açılmıştır.

Maliye Bakanlığı Savunmasının Özeti : Genel Tebliğin dava konusu edilen bölümü düzenleyici işlem niteliği taşımadığından idari davaya konu olamayacağından, davanın öncelikle usulden reddi gerektiği, Mahkeme kararıyla hükmolunan avukatlık ücretinin, serbest meslek kazancı olarak katma değer vergisine tabi olduğu, bu ücret için davanın karşı tarafı adına serbest meslek makbuzu düzenlenmesi gerektiği, dava konusu Tebliğin ve işlemin yasaya uygun olduğu, bu nedenle davanın reddi gerektiği savunulmuştur.

Tetkik Hakimi Mehmet Sönmez'in Düşüncesi : 15 seri No'lu Katma Değer Vergisi Genel Tebliğinin dava konusu bölümünün, 1136 sayılı Kanunun 164 üncü

maddesinde 4667 sayılı Kanunla yapılan değişiklikten önceki durumu açıklama amacıyla çıkarıldığı anlaşılmaktadır. 4667 sayılı Kanunla yapılan değişiklikle, kararla tarifeyle dayandırarak karşı tarafa yüklenecek vekalet ücretinin sözleşmeyle davayı kazanana ödenebilmesine olanak tanıyan düzenlemeye son verilmiştir. Bu bağlamda, Genel Tebliğin dava konusu edilen (j) bölümünün, 1136 sayılı Kanunun 164 üncü maddesinin son fıkrasında 4667 sayılı kanunla yapılan değişiklikle güncelliği kalmadığından iptali gerektiği düşünülmektedir.

Öte yandan, Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi esas alınarak hükmolunan ve 1136 sayılı Kanunun 164 üncü maddesi uyarınca avukata ait olan avukatlık ücreti, avukatın müvekkiline vermiş olduğu avukatlık hizmetinin bir parçası olup, müvekkile verilen serbest meslek hizmetine doğrudan bağlıdır. Bu nedenle, Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi'ne göre hükmolunan avukatlık ücreti, 3065 sayılı Kanun'un 1 inci maddesi, aynı Kanunun 20 nci maddesinin (4) numaralı fıkrası ve bu hususa ilişkin Danıştay Sekizinci Dairesi ile Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulunun kesinleşen kararları karşısında katma değer vergisine tabi tutulması, dolayısıyla, bu ücreti ödemekle yükümlü olan davanın karşı tarafı adına düzenlenecek serbest meslek makbuzunda katma değer vergisinin ayrıştırılarak gösterilmesi gerekmektedir.

Bu durumda, davalı İdarenin 15.4.2004 günlü ve 16534 sayılı yazısında hukuka aykırılık görülmediğinden, bu yazının iptali istemine ilişkin dava ile dava dilekçesinde ve davalı İdareye yapılan başvuru dilekçesinde belirtilen açıklamalar doğrultusunda Genel Tebliğin değiştirilmesi gerektiğinin tespiti istemine ilişkin davanın reddi gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı İbrahim Erdoğan'ın Düşüncesi : Uyuşmazlık, 21.7.1985 tarih ve 18818 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 15 Seri No.lu Katma Değer Vergisi Genel Tebliğinin "J Avukatlık Ücretleri" başlıklı bölümünde yer alan düzenlemenin ilk cümlesinden sonra gelen "... sözleşmeleri gereği ücret karşılığı çalışanlar dışında kalan avukatlara intikal eden kısım serbest meslek kazancı kapsamında vergiye tabi olacaktır. Avukatlar aldıkları bu para için davayı kazanan serbest meslek makbuzu düzenleyecekler, makbuzlara alınan tutar üzerinden katma değer vergisini hesaplayıp ayrıca göstereceklerdir." kısmına ilişkin düzenlemenin ve 15.4.2002 günlü dilekçe ile yapılan başvuruya cevaben verilen 15.4.2004 günlü ve 016534 sayılı yazının iptali istemine ilişkindir.

193 sayılı Gelir Vergisi Kanunu'nun 65 inci maddesinde "Her türlü Serbest meslek faaliyetinden doğan kazançlar serbest meslek kazancıdır. Serbest meslek faaliyeti; sermayeden ziyade şahsi mesaiye ilmi veya mesleki bilgiye veya ihtisasa dayanan ve ticari mahiyette olmayan işlerin işverene tabi olmaksızın şahsi sorumluluk altında kendi nam ve hesabına yapılmasıdır..." hükmüne yer verilmiştir. 1136 sayılı Avukatlık Kanunu hükümleri çerçevesinde taraflar (Müvekkil-Avukat) arasında "Avukatlık Sözleşmesi" kapsamında vekillik verilir. Bu haliyle avukatlık hizmeti genel olarak vekalet içerir ki sözleşmeye dayanır ve serbest meslek niteliğindedir.

Vekalet içerikli sözleşmeye dayanan avukatlık hizmetinin ücreti ise, yine 1136 sayılı Avukatlık Kanunu hükümleri dahilinde ve Türkiye Barolar Birliği Başkanlığı tarafından tespit edilip Resmi Gazete'de İlan edilen "Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi" dikkate alınarak taraflar (avukat müvekkil) arasında Serbestçe belirlenmekte ve bu ücret kesin hüküm elde edilinceye kadar olan dava iş ve işlemlerin karşılığını teşkil etmektedir.

Sözleşme kapsamında müvekkile verilen hizmet Gelir Vergisi Kanununun 65 inci maddesinde belirtildiği üzere serbest meslek faaliyeti çerçevesinde yapılmış olduğundan müvekkilden alınan ücret Gelir Vergisi Kanununun 67 nci maddesi hükmü karşısında serbest meslek kazancıdır.

Mahkemelerde dava açanlar, mahkeme masraflarını Harçlar Kanunu çerçevesinde ve ayrıca posta giderlerini peşin olarak ödemek zorundadırlar. (HUMK-md..413). Bu şekilde masrafları peşin ödeyen tarafın (davacının) davasında haklı çıkması halinde, bu masraflar

karşı tarafa yüklenir. (HUMK.md.416) Davacının kısmen haklı çıktığı durumlarda ise, Mahkeme masrafları taraflar arasında taksim eder. (HUMK.Md.417) lehine hüküm tesis olunan taraf için tahsil olunacak mahkeme masrafları miktarının hükümde gösterilmesi zorunludur.(HUMK.md. 426). Davadan haksız çıkan tarafa yükletilecek mahkeme masraflarının nelerden ibaret olduğu, HUMK'nun 423. maddesinde tahdidi biçimde sayılmıştır.

Maddenin 1 inci fıkrasının 6 numaralı bendine göre "davanın ehemmiyetine göre Kanunu mucibince takdir olunacak vekil ücretleri"de mahkeme masraflarındandır. Nitekim Yargıtay İçtihatları Birleştirme Kurulunun "29.5.1957 günlü ve E:1957/4; K:1957/16 sayılı" bir kararında da bu husus açıkça belirtilmiştir.

Katma değer vergisinin konusunu belirleyen KDV Kanunu'nun 1/1.maddesine göre, ticari, sinai, zirai faaliyet ve Serbest Meslek faaliyeti çerçevesindeki mal teslimleri ve hizmet ifaları KDV'ye tabi bulunmaktadır. Bu düzenlemeye göre, mal teslimi ve hizmet ifalarının KDV'ye tabi tutulabilmesi için; Ticari, sinai, zirai faaliyet ve serbest meslek faaliyeti çerçevesinde teslim veya ifa edilmeleri gerekir.

Öte yandan, KDV Kanunu'nun 20 nci maddesinin 1 inci bendinde teslim ve hizmet işlemlerinde matrahın, bu işlemlerin karşılığı oluşturan bedel olduğu hükme bağlanmış, 2 inci bendinde ise bedel deyimi; "malı teslim alan veya kendisine hizmet yapılan veya bunlar adına hareket edenlerden bu işlemler karşılığında her ne suretle olursa olsun alınan veya bunlarca borçlanılan para, mal ve diğer suretlerde sağlanan ve para ile temsil edilebilen menfaat, hizmet ve değerler toplamı" olarak tanımlanmıştır.

Mahkeme kararı uyarınca karşı taraf avukatına ödenen veya ona ödenmek üzere icra dairesine yatırılan vekalet ücreti, ödeyen tarafın karşı taraf avukatından aldığı bir hizmetin karşılığı değildir. Zaten belirtilen şekilde vekalet ücretine hak kazanan avukatların, karşı/borçlu tarafa serbest meslek faaliyeti kapsamında bir hizmet sunmaları hukuken mümkün olamaz.

Burada vekalet ücreti ödeyen için bir hizmet karşılığı değildir. Tamamen Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu ve Avukatlık Kanuna göre ve mahkeme kararı uyarınca ödenmektedir. Üstelik bu ödenen tutarın, özel hukuk açısından, mahkeme kararı ile belirlenmiş bir alacak niteliğinde olmadığı davaya konu alacağın fer'isi niteliğinde yargılama gideri olduğu, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 423 üncü maddesi ve anılan Yargıtay İçtihatları Birleştirme Kurulu Kararı ile de açıkça ortaya konulmuştur. Dolayısıyla, Avukatlık Kanunu'na göre haklı çıkan tarafın avukatına ait olan bu vekalet ücretinin, elde eden avukat için Gelir Vergisi Kanunu açısından serbest meslek kazancı niteliğinde olmasına rağmen, hem verilen hizmet karşılığı elde edilen bir bedel niteliğinde olmaması, hemde hizmet verilen kişiden tahsil edilen bir bedel olmaması sebebiyle, katma değer vergisinin konusuna girmemesi gerekir.

Açıklanan nedenlerle davanın kabulü ile düzenleyici işlemin dava konusu edilen kısmının ve 15.4.2004 günlü ve 016534 sayılı yazıyla tesis edilen olumsuz işlemin iptali gerekeceği düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Dördüncü Dairesince, dava dosyası tekemmül ettiği için davacının yürütmenin durdurulması isteminin incelenmesine gerek görülmemeyerek işin esası incelenip gereği görüldü:

Dava, 21.7.1985 tarih ve 18818 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 15 Seri No'lu Katma Değer Vergisi Genel Tebliği'nin "J-Avukatlık Ücretleri" başlıklı bölümünde yer alan "...Ancak bu paralardan sözleşmeleri gereği ücret karşılığı çalışanlar dışında kalan avukatlara intikal eden kısım serbest meslek kazancı kapsamında vergiye tabi olacaktır. Avukatlar aldıkları bu para için davayı kazanana serbest meslek makbuzu düzenleyecekler, makbuzla alınan tutar üzerinden katma değer vergisini hesaplayıp ayrıca göstereceklerdir." kısmı ile

1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 164 üncü maddesinde 4467 sayılı Kanunla yapılan değişiklik sonrası Genel Tebliğin güncelliğinin kalmadığı, Mahkemelerce hükmolunan avukatlık ücretinin iç yüzde yöntemiyle ayrıştırılarak katma değer vergisine tabi tutulmaması ve bu ücret için serbest meslek makbuzu düzenlenmemesi gerektiği, bu hususun yeni bir tebliğle duyurulması yolunda 15.4.2002 günlü dilekçeyle yapılan başvuru üzerine tesis edilen, Mahkemece hükmolunan vekalet ücretinin katma değer vergisine tabi olduğu ve bu ücret için davanın karşı tarafı adına serbest meslek makbuzu düzenlenmesi gerektiğini belirten 15.4.2004 günlü ve 16534 sayılı davalı İdare işleminin iptali istemiyle açılmıştır.

Tebliğin dava konusu edilen bölümü, mükelleflerin menfaatini etkileyen hükümler içerdiğinden, İdari davaya konu olacak, kesin ve yürütülmesi zorunlu düzenleyici işlem niteliği taşımaktadır. Bu nedenle, davalı İdarenin usule ilişkin iddiasında hukuka uyarlık görülmemiştir.

Dava, Genel Tebliğin ve Maliye Bakanlığı işleminin iptali istemi olmak üzere iki ayrı işlemin tartışılmasını gerektirmektedir. Uyuşmazlık, Mahkemelerce hükmolunan avukatlık ücretinin katma değer vergisine tabi olup olmadığının ve bu ücret için serbest meslek makbuzu düzenlenip düzenlenmeyeceğinin, söz konusu makbuz düzenlenecekse kimin adına düzenlenmesi gerektiğinin tartışılması suretiyle karara bağlanacaktır.

193 sayılı Gelir Vergisi Kanunu'nun 65 inci maddesinde, hertürlü serbest meslek faaliyetinden doğan kazançların serbest meslek kazancı olduğu, serbest meslek faaliyeti; sermayeden ziyade şahsi mesaiye, ilmi veya mesleki bilgiye veya ihtisasa dayanan ve ticari mahiyette olmayan işlemin işverene tabi olmaksızın şahsi sorumluluk altında kendi nam ve hesabına yapılması olarak tanımlanmıştır.

1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 1 inci maddesinde avukatlığın, kamu hizmeti ve serbest bir meslek olduğu hükmüne yer verilmiştir.

3065 sayılı Katma Değer Vergisi Kanunu'nun 1 inci maddesinin (1) numaralı fıkrasında ticari, sınai, zirai faaliyet ve serbest meslek faaliyeti çerçevesinde yapılan teslim ve hizmetlerin katma değer vergisine tabi olduğu düzenlemesine yer verilmiş, aynı Kanunun 20 nci maddesinin (4) numaralı fıkrasında, belli bir tarife göre fiyatı tespit edilen işler ile bedelin biletle tahsil edildiği hallerde tarife ve bilet bedelinin katma değer vergisi dahil edilerek tespit olunacağı ve verginin müşteriye ayrıca intikal ettirilmeyeceği hükme bağlanmıştır.

1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun "Avukatlık Ücreti" başlıklı 164 üncü maddesinde, avukatlık ücretinin, avukatın hukuki yardımının karşılığı olan meblağı veya değeri ifade edeceği belirtildikten sonra ücretin tespitine ilişkin esaslar belirlenmiş, bu maddenin son fıkrasında 2.5.2001 tarih ve 4667 sayılı Kanun'un 77 nci maddesiyle değişmeden önceki halinde, avukatla iş sahibi arasında aksine yazılı sözleşme bulunmadıkça, tarifeye dayanarak karşı tarafa yüklenecek avukatlık ücretinin avukata ait olduğu hükmüne yer verilmiş iken, 4667 sayılı Kanunla bu son fıkra, "Dava sonunda, kararlar tarifeye dayanılarak karşı tarafa yüklenecek vekalet ücreti avukata aittir. Bu ücret, iş sahibinin borcu nedeniyle takas ve mahsup edilemez, haczedilemez." şeklinde değiştirilmiştir.

Yukarıda yer alan yasal düzenlemelere göre, avukatlık mesleğinin, serbest meslek faaliyeti, bu meslekten elde edilen kazancın da serbest meslek kazancı olduğu, serbest meslek faaliyeti çerçevesinde yapılan teslim ve hizmetlerin ise katma değer vergisine tabi bulunduğu açıktır.

1136 sayılı Kanunun 164 üncü maddesinin son fıkrasının, 4667 sayılı Kanunla değişmeden önceki hükmüne göre, tarifeye dayanarak karşı tarafa yüklenecek avukatlık ücretinin avukata ait olduğu, ancak avukatla iş sahibi arasında yazılı sözleşme yapılmak suretiyle bu ücretin sahibinin belirlenmesi, diğer bir ifadeyle, kural olarak avukata ait olan avukatlık ücretinin, yazılı sözleşmeyle iş sahibine de bırakılabileceği görülmektedir. Dava konusu Genel Tebliğin, 21.7.1985 tarihli Resmi Gazete'de yayımlandığı dikkate alındığında, Genel Tebliğin dava konusu bölümünün, 1136 sayılı Kanunun 4667 sayılı Kanunla yapılan

değişiklikten önceki bu durumu açıklama amacıyla çıkarıldığı anlaşılmaktadır. Buna bağlı olarak da, Genel Tebliğde, Mahkemelerde hükmolunacak avukatlık ücretinin muhatabı konusunda ikili bir ayırım yapılarak, bu ücretin davanın kazanan tarafına ödenmesi halinde katma değer vergisine tabi olmadığı, ancak yapılan sözleşme gereğince ücret karşılığı çalışanlar dışındaki avukatlara intikali halinde ise; serbest meslek kazancı kapsamında katma değer vergisine tabi olduğu, söz konusu avukatlık ücreti için davayı kazanan taraf adına serbest meslek makbuzu düzenleneceği ve alınan bu tutar için katma değer vergisi hesaplanıp ayrıca gösterileceği açıklaması yapılmıştır. 1136 sayılı Kanunun 164 üncü maddesinde 2.5.2001 tarihinde 4667 sayılı Kanunla yapılan değişiklikle, maddenin son fıkrasındaki söz konusu ikili ayırım kaldırılarak, kararlar tarifeye dayanılarak karşı tarafa yüklenecek vekalet ücretinin sözleşmeyle davayı kazanan ödenebilmesine olanak tanıyan düzenlemeye son verilmiştir. Bu bağlamda, Genel Tebliğin (j) bölümünün dava konusu edilen kısmının 1136 sayılı Kanunun 164 üncü maddesinin son fıkrasında 4667 sayılı kanunla yapılan değişiklikle uygulama olanağı ve hukuki geçerliliği kalmamıştır.

Mahkemelerde hükmolunan avukatlık ücretinin, katma değer vergisine tabi olup olmadığı hususuna gelince:

3065 sayılı Kanun'un 1 inci maddesine göre serbest meslek faaliyeti çerçevesinde yapılan teslim ve hizmetlerin katma değer vergisine tabi olduğu konusunda tartışma bulunmamaktadır. Mahkemelerde, Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi esas alınarak hükmolunan ve 1136 sayılı Kanunun 164 üncü maddesi uyarınca avukata ait olan avukatlık ücreti ise, avukatın müvekkiline vermiş olduğu avukatlık hizmetinin bir parçası olup, doğrudan müvekkile verilen hizmet nedeniyle hak kazanılan bir ücrettir. Bu ücreti, müvekkilin değil de davayı kaybeden tarafın ödüyor olması, bu hizmetin davayı kazanan tarafa verilen hizmetin karşılığı olması gerçeğini değiştirmez. Söz konusu avukatlık ücretinin, davayı kaybeden, buna bağlı olarak da avukatlık ücretini ödeyen taraf bakımından yargılama gideri niteliğinde olması da bu ücrete hak kazanan avukat bakımından serbest meslek kazancı olması vasfını değiştirmez. Bu durumda, Mahkemelerde tarife göre hükmolunan avukatlık ücretinin de katma değer vergisine tabi olduğu sonucuna ulaşılmıştır.

Öte yandan, 3065 sayılı Kanunun yukarıda metni yazılı olan 20 nci maddesinin (4) numaralı fıkrası uyarınca da, belirli tarife göre fiyatı tespit edilen işlerde, tarife bedelinin katma değer vergisi dahil edilerek tespit olunacağını açıkça hüküm altına alınmış olması karşısında, Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi göre hükmolunan avukatlık ücretinin içerisinde katma değer vergisinin de bulunduğu, dolayısıyla bu verginin ayrıştılarak serbest meslek makbuzunda gösterilmek suretiyle katma değer vergisine tabi tutulması gerekmektedir. Nitekim, 28.11.2002 günlü ve 24950 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren Avukatlık Asgari Ücret Tarifesinin, "Bu tarife yer alan ücretlere 3065 sayılı Kanun hükümleri gereği katma değer vergisi ayrıca ilave edilir" kuralını içeren 21 inci maddesinin iptali istemiyle açılan davada; Danıştay Sekizinci Dairesinin 5.11.2004 günlü ve E:2003/4002, K:2004/4219 sayılı kararıyla; 3065 sayılı Kanunun 20 nci maddesinin 4 üncü fıkrası uyarınca tarife göre katma değer vergisinin tarife belirtilen ücrete dahil olduğu gerekçesiyle dava konusu düzenlemenin iptaline karar verilmiş ve bu karar kesinleşmiştir. Yine Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulunun 6.10.2005 günlü ve E:2005/1580, K:2005/2294 sayılı bir başka kararında da, 3065 sayılı Kanun uyarınca, belli bir tarife göre alınan ücrete katma değer vergisinin dahil olduğu yönünde karar verilmiştir.

Yukarıda yer alan açıklamalar ile yargı kararları dikkate alındığında, Mahkemelerde Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi uyarınca hükmolunan avukatlık ücreti, serbest meslek faaliyeti kapsamında katma değer vergisine tabi olup, bu ücrete dahil olan katma değer vergisinin ayrıştılarak beyan edilmesi gerekmektedir.

Davanın, söz konusu avukatlık ücreti için serbest meslek makbuzu düzenlenmesi gerekip gerekmediği ve düzenlenecekse kimin adına düzenleneceğine ilişkin kısma gelince:

213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun "Makbuz mecburiyeti" başlıklı 236 ncı maddesinde, serbest meslek erbabının, mesleki faaliyetlerine ilişkin her türlü tahsilatı için iki nüsha serbest meslek makbuzu tanzim etmek ve bir nüshasını müşteriye vermek, müşterinin de bu makbuzu istemek ve almak mecburiyetinde olduğu, "Makbuz muhteviyatı" başlıklı 237 nci maddesinde de, serbest meslek makbuzlarına, makbuzu verenin soyadı, adı veya unvanı, adresi, vergi dairesi ve hesap numarası, müşterinin soyadı, adı veya unvanı ve adresi, alınan paranın miktarı, paranın alındığı tarihin yazılacağı ve bu makbuzların serbest meslek erbabı tarafından imzalanacağı, serbest meslek makbuzlarının seri ve sıra numarası dahilinde teselsül ettirileceği belirtilmiştir.

213 sayılı Kanunun 236 ve 237 nci maddelerinde serbest meslek makbuzlarına ilişkin ayrıntılı düzenlemelere yer verilmiş, serbest meslek makbuzunun hangi şartlarda, kime ve nasıl düzenleneceği açıkça gösterilmiş, ihtiva etmesi gereken bilgiler sayılmıştır. Buna göre hükmedilen vekalet ücretinin tahsili sırasında serbest meslek makbuzu düzenlemesi yasa gereğidir.

Nitekim Danıştay Dördüncü Dairesinin hükmolunan vekalet ücretinin tahsiline dair benzer bir davada verdiği 20.12.2006 günlü ve E:2006/2237, K:2006/3102 sayılı kararında da hükmolunan avukatlık ücreti için de serbest meslek makbuzu düzenlenmesi gerektiğine karar verilmiştir.

Serbest makbuzunun kimin adına düzenleneceği hususuna gelince:

Gerek 213 sayılı Kanunun 236 ncı maddesi, gerek Danıştay Dördüncü Dairesinin yukarıda anılan kararının incelenmesi sonucu, her ne kadar avukatın hukuki yardımından müvekkili yararlanmakta ise de, serbest meslek makbuzunun, söz konusu avukatlık ücretini ödemekle yükümlü olan davanın karşı tarafı adına düzenlenmesi gerektiği sonucuna ulaşılmıştır. Kaldı ki, avukat tarafından tahsil edilen ve avukat bakımından serbest meslek kazancı niteliğinde olan söz konusu ücret, karşı taraf bakımından yargılama gideri olması nedeniyle ve 213 sayılı Kanunun 236 ncı maddesinde öngörülen belge düzeni açısından da serbest meslek makbuzunun, ödemeyi yapan adına düzenlenmesi gerekmektedir.

Maliye Bakanlığının 15.4.2004 günlü ve 16534 sayılı işleminin iptali istemine gelince:

Söz konusu işlem, davacının başvurusu üzerine tesis edilmiş olup, Mahkemelerce hükmolunan avukatlık ücretinin serbest meslek kazancı olarak katma değer vergisine tabi olduğu ve serbest meslek makbuzunun ücreti avukata temin eden davanın karşı tarafı adına düzenlenmesi gerektiğini belirtmektedir. Yukarıda yer alan açıklamalar karşısında, söz konusu avukatlık ücretinin katma değer vergisine tabi olduğu ve serbest meslek makbuzunun da ödemeyi yapan adına düzenlenmesi gerektiği anlaşılmaktadır.

Öte yandan, davacı, dava konusu Tebliğin 3 üncü bölümünün dava dilekçesinde ve davalı İdareye yaptığı başvuru dilekçesinde belirttiği açıklamalar doğrultusunda değiştirilmesi gerektiğinin tespiti suretiyle iptalini de talep etmiş ise de; 1982 Anayasasının "Yargı yolu" başlıklı" 125 inci maddesinde, yargı yetkisinin, idari eylem ve işlemlerin hukuka uygunluğunun denetimi ile sınırlı olduğu, yürütme görevinin kanunlarda gösterilen şekil ve esaslara uygun olarak yerine getirilmesini kısıtlayacak, idari eylem ve işlem niteliğinde veya takdir yetkisini kaldırarak biçimde yargı kararı verilemeyeceği düzenlemesi ile bu düzenlemeye paralel hükümler içeren 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 2 nci maddesinin 2 numaralı fıkrası karşısında, davacının yeni düzenleme yapılması gerektiğinin tespiti suretiyle dava konusu düzenlemenin iptalini istemesi mümkün değildir. Nitekim, konuya ilişkin yasal düzenlemeler ile yukarıda yapılan hukuki nitelermeler birarada değerlendirildiğinde, mahkemelerce hükmolunan avukatlık ücreti 3065 sayılı Kanun hükümleri uyarınca katma değer vergisine tabi olup, bu ücret için davanın karşı tarafı adına 213 sayılı Kanun uyarınca serbest meslek makbuzu düzenlenmesi gerekmektedir. Bu hususların, yeni bir Tebliğ ile duyurulması yolunda idareyi zorlayıcı bir yargı kararı verilmesine de olanak bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle,15 Seri No'lu Katma Değer Vergisi Genel Tebliği'nin "J-Avukatlık Ücretleri" başlıklı bölümünde yer alan "...Ancak bu paralardan sözleşmeleri gereği ücret karşılığı çalışanlar dışında kalan avukatlara intikal eden kısım serbest meslek kazancı kapsamında vergiye tabi olacaktır. Avukatlar aldıkları bu para için davayı kazanana serbest meslek makbuzu düzenleyecekler, makbuzla alınan tutar üzerinden katma değer vergisini hesaplayıp ayrıca göstereceklerdir." kısmının uygulama olanağı kalmadığından iptaline oyçokluğuyla, Maliye Bakanlığının 15.4.2004 günlü ve 16534 sayılı işleminin iptali istemine ilişkin davanın reddine oybirliğiyle, davacıdan 32.30 TL maktu karar harcı alınmasına, yargılama giderinin davacı üzerinde bırakılmasına, kararın gerekçesi ile davacı bakımından yaratacağı hukuki sonuçlar dikkate alındığında davacı vekili için avukatlık ücreti hükmolunmasına gerek bulunmadığına, kararın tebliğini izleyen günden itibaren otuz gün içinde Danıştay Vergi Daireleri Kurulu nezdinde temyiz yolu açık olmak üzere 27.2.2009 gününde karar verildi.

KARŞI OY

X- 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun "Avukatlık Ücreti" başlıklı 164 üncü maddesinde, avukatlık ücretinin, avukatın hukuki yardımının karşılığı olan meblağı veya değeri ifade edeceği belirtildikten sonra ücretin tespitine ilişkin esaslar belirlenmiş, bu maddenin son fıkrasında 2.5.2001 tarih ve 4667 sayılı Kanun'un 77 nci maddesiyle değişmeden önceki halinde, avukatla iş sahibi arasında aksine yazılı sözleşme bulunmadıkça, tarifeye dayanarak karşı tarafa yüklenecek avukatlık ücretinin avukata ait olduğu hükmüne yer verilmiş iken, 4667 sayılı Kanunla bu son fıkra, "Dava sonunda, kararla tarifeyle dayanılarak karşı tarafa yüklenecek vekalet ücreti avukata aittir. Bu ücret, iş sahibinin borcu nedeniyle takas ve mahsup edilemez, haczedilemez." şeklinde değiştirilmiştir.

1136 sayılı Kanunun 164 üncü maddesinin son fıkrasının, 4667 sayılı Kanunla değişmeden önceki hükmüne göre, tarifeyle dayanarak karşı tarafa yüklenecek avukatlık ücretinin avukata ait olduğu, ancak avukatla iş sahibi arasında yazılı sözleşme yapılmak suretiyle bu ücretin sahibinin belirlenmesi, diğer bir ifadeyle, kural olarak avukata ait olan avukatlık ücretinin, yazılı sözleşmeyle iş sahibine de bırakılabileceği görülmektedir.

Dava konusu Genel Tebliğin, 21.7.1985 tarihli Resmi Gazete'de yayımlandığı dikkate alındığında, Genel Tebliğin dava konusu bölümünün, 1136 sayılı Kanunun 4667 sayılı Kanunla yapılan değişiklikten önceki bu durumu açıklama amacıyla çıkarıldığı anlaşılmaktadır. Buna bağlı olarak da, Genel Tebliğde, Mahkemelerce hükmolunacak avukatlık ücretinin muhatabı konusunda ikili bir ayırım yapılarak, bu ücretin davanın kazanan tarafına ödenmesi halinde katma değer vergisine tabi olmadığı, ancak yapılan sözleşme gereğince ücret karşılığı çalışanlar dışındaki avukatlara intikali halinde ise; serbest meslek kazancı kapsamında katma değer vergisine tabi olduğu, sözkonusu avukatlık ücreti için davayı kazanan taraf adına serbest meslek makbuzu düzenleneceği ve alınan bu tutar için katma değer vergisi hesaplanıp ayrıca gösterileceği açıklaması yapılmıştır.

1136 sayılı Kanunun 164 üncü maddesinde 2.5.2001 tarihinde 4667 sayılı Kanunla yapılan değişiklikle, maddenin son fıkrasındaki söz konusu ikili ayırım kaldırılarak, kararla tarifeyle dayanılarak karşı tarafa yüklenecek vekalet ücretinin sözleşmeyle davayı kazanana ödenebilmesine olanak tanıyan düzenlemeye son verilmiştir. Bu bağlamda, Genel Tebliğin dava konusu edilen (j) bölümünün, 1136 sayılı Kanunun 164 üncü maddesinin son fıkrasında 4667 sayılı kanunla yapılan değişiklikle güncelliği kalmamış olup, hukuki geçerliliğini yitirmiştir.

Bu nedenle, 15 Seri No'lu Katma Değer Vergisi Genel Tebliği'nin dava konusu edilen bölümüne ilişkin davanın da reddi gerektiği görüşüyle kararın bu kısmına karşıyım.

KURUMLAR VERGİSİ

T.C.
DANIŞTAY
Dördüncü Daire
Esas No : 2008/373
Karar No : 2009/2371

Özeti : Davacı şirket lehine tahakkuk eden ciro primi karşılığı için ortaklar adına yaptırılan yaşam ve sağlık sigortası prim bedellerinin gider olarak kaydedilemeyeceği hakkında.

Temyiz Eden : Tuna Vergi Dairesi Müdürlüğü
Karşı Taraf : ... İletişim Hizmetleri Sanayi ve Ticaret Limited Şirketi
Vekili : ...

İstemin Özeti : Şirket ortağı adına yapılan sağlık ve yaşam sigortası prim bedellerinin gider olarak kabul edilmemesi suretiyle davacı şirket adına 2004 yılı için ikmalen kurumlar vergisi ve geçici vergi salınıp, vergi ziyai cezası kesilmiştir. İstanbul 6.Vergi Mahkemesi 19.6.2007 günlü ve E:2006/3518, K:2007/1737 sayılı kararıyla; davacının bayisi olduğu ... İletişim Hizmetleri Anonim Şirketi tarafından düzenlenen "prim bedeli, tam yaşam ve tam sağlık sigortası" içerikli faturaları kayıtlarına gider olarak intikal ettirdiği, söz konusu faturaların şirket ortağı adına yapılan sigortalara ilişkin olması nedeniyle davacı şirketin ticari kazancının elde edilmesiyle ilgisi olmadığının sabit olduğu, ancak, bayilerin alacakları ciro priminin ... Anonim Şirketi tarafından sigorta şirketlerine aktarıldığı, bayilerin bu primler için fatura düzenlemelerine karşın, bu primlere ancak 10 yıl sonra tasarruf edebileceklerinin anlaşıldığı, dolayısıyla, her iki faturanın da fiktif olduğu, vergi incelemesi esnasında mükellefin lehine olan hususların da dikkate alınması gerektiği, gelir ve gider olarak kaydedilen faturaların aynı tutarlı olması karşısında herhangi bir vergi ziyai doğmadığı, ayrıca, davacının lehine henüz tahakkuk etmemiş olan ciro primlerinin de vergilendirilmesine olanak bulunmadığı gerekçesiyle tarhiyatın kaldırılmasına karar vermiştir. Davalı İdare, vergi inceleme raporuna dayanılarak yapılan tarhiyatta hukuka aykırılık bulunmadığını ileri sürerek kararın bozulmasını istemektedir.

Savunmanın Özeti : Cevap verilmemiştir.

Tetkik Hakimi Mustafa Bahtiyar'ın Düşüncesi : Davacının düzenlediği faturaların lehine tahakkuk eden ciro primi için olduğu anlaşılmış olup, sağlık ve yaşam sigortası prim bedellerinin giderlerden tenzili suretiyle yapılan tarhiyatta hukuka aykırılık bulunmadığından, Mahkeme kararının bozulması gerektiği düşünülmektedir.

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

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

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Dördüncü Dairesince gereği görüldü.

Davacı şirketin ortağı adına yapılan sağlık ve yaşam sigortasına ilişkin prim bedellerinin gider olarak kabul edilmemesi suretiyle ikmalen yapılan tarhiyatı kaldıran Mahkeme kararının temyizen incelenerek bozulması istenilmektedir.

5422 sayılı Kurumlar Vergisi Kanunu'nun 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 Kanunu'nun ticari kazanç hakkındaki hükümlerinin uygulanacağı belirtilmiştir. 193 sayılı Gelir Vergisi Kanunu'nun 40 ıncı maddesinin 1 numaralı bendinde, ticari kazancın elde edilmesi ve idame ettirilmesi için yapılan genel giderlerin safi kazancın tespit edilmesi için indirilebilmesi öngörülmüştür. 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun 3 üncü maddesinde, "vergilendirmede vergiyi doğuran olay ve bu olaya ilişkin muamelelerin gerçek mahiyeti esastır." denilmektedir. Kanunun 134 üncü maddesinde ise "vergi incelemesinden maksat, ödenmesi gereken vergilerin doğruluğunu araştırmak, tespit etmek ve sağlamaktır." hükmü yer almaktadır.

İncelenen dosyada, davacı, ... İletişim Hizmetleri Anonim Şirketinin bayisi olarak faaliyet göstermektedir. Davacının kayıtlarında ... Anonim Şirketi tarafından düzenlenen "prim bedeli, tam yaşam ve tam sağlık sigortası" içerikli faturaların gider olarak kaydedilmesi eleştirilerek dava konusu tarhiyat yapılmıştır. Davacının ve ... Anonim Şirketi yetkilisinin ifadelerinden, bayilerin faaliyetleri ile orantılı olarak "aktivasyon primi" adı altında ciro primine hak kazandıkları, bu nedenle prim bedeli tutarında ... Anonim Şirketine fatura düzenledikleri, bu fatura tutarlarının ... Anonim Şirketi tarafından gider olarak kaydedildiği, ancak ciro priminin davacıya nakit olarak ödenmediği, 10 yıl bayi olarak kalınması şartıyla şirket ortakları ve yakınları adına ... Sigorta Anonim Şirketi tarafından sağlık sigortası yaptırıldığı ve kalan kısmın ... Sigorta Anonim Şirketi tarafından yapılan birikimli yaşam sigortasına aktarıldığı, dolayısıyla ciro primi karşılığının şirkete değil, ortaklar adına sigorta şirketlerine ödendiği, bayilere ise bunun karşılığında ... Anonim Şirketi tarafından "prim bedeli, tam sağlık ve tam yaşam sigortası" adı altında fatura düzenlendiği, bayilerin de bu faturalarda yer alan tutarları gider olarak kaydettikleri anlaşılmaktadır.

Ortaklar ve yakınları adına yapılan sağlık ve yaşam sigortası bedellerinin ticari kazancın elde edilmesi veya idame ettirilmesiyle ilgili olmadığı, dolayısıyla, anılan Kanun maddeleri uyarınca safi kurum kazancının tespitinde gider olarak indirilemeyeceği hususu ihtilafsızdır. Davacı, incelemenin bir bütün olduğunu, inceleme esnasında sadece aleyhe olan değil, lehe olan farkların da dikkate alınması gerektiğini, kendi düzenlediği faturalarda yer alan ciro primlerine en az 10 yıl bayi olarak kalınması halinde tasarruf edilebileceğini, dolayısıyla fuzulen kaydedilen bu tutarların hasılattan indirilmesi gerektiğini, bu durumda da beyan dışı bir matrah farkı kalmayacağını iddia etmektedir. Ancak, Kurumlar Vergisi Kanunu'nun safi kurum kazancının saptanması için atıfta bulunduğu Gelir Vergisi Kanunu'na göre ticari kazancın elde edilmesinde tahakkuk esası caridir. Tahakkuk, gelirin mahiyet ve miktar itibarıyla kesinleşmesini ifade etmektedir. Davacı tarafından düzenlenen faturalarda yer alan ve ... Anonim Şirketi tarafından gider olarak kaydedilen ciro primlerinin mahiyet ve miktar olarak kesinleştiğinin ve davacı tarafından ilgili dönemde hasılat olarak kaydedilmesi gerektiğinin kabulü zorunludur. Davacı tarafından, sigorta bedellerinin 10 yıl sonra tasarruf edilebileceği, dolayısıyla henüz tahakkuk etmiş bir gelir bulunmadığı ileri sürülmekte ise de, vergiyi doğuran olayın Kanunda belirtilen durumun hilafına, taraflar arasındaki özel sözleşmelerle ertelenmesine hukuken olanak bulunmamaktadır. Kaldı ki, sağlık sigortası bedellerinin geri dönüşü olmadığı gibi, sigortalananlar şirket ortakları ve yakınları olduğu için şirket lehine 10 yıl sonra bile yaşam sigortaları nedeniyle doğabilecek bir gelirden söz edilmesine de olanak yoktur.

Bu durumda, davacının düzenlediği ciro primi faturalarının hasılat olarak kaydı yerinde olup, sağlık ve yaşam sigortası prim bedellerinin gider olarak kabul edilmemesi suretiyle yapılan tarhiyatta kanuna aykırılık bulunmamaktadır. Bu nedenle, tarhiyatın kaldırılmasına ilişkin Mahkeme kararında hukuka uyarlık görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle, davalı İdarenin temyiz isteminin kabulüyle, İstanbul 6.Vergi Mahkemesinin 19.6.2007 günlü ve E:2006/3518, K:2007/1737 sayılı kararının bozulmasına, vergi aslı yönünden oybirliğiyle, vergi ziyaı cezası yönünden oyçokluğuyla 29.4.2009 gününde karar verildi.

KARŞI OY

X- Vergi Usul Kanununun vergi ziyaı cezasını düzenleyen 344 üncü maddesinin ikinci fıkrası Anayasa Mahkemesinin 6.1.2005 tarih ve E:2001/3,K:2005/4 sayılı kararı ile iptal edildiğinden,Anayasa Mahkemesi kararlarının yasama,yürütme ve yargı organları ile idare makamlarını,gerçek ve tüzel kişileri bağlaması nedeniyle,görülmekte olan davalarında vergi ziyaı suçu işleyenlere 5479 sayılı Yasanın yürürlüğe girdiği tarihe kadar vergi ziyaı cezası kesilmemesi gerektiği görüşüyle kararın cezaya ilişkin kısmına karşıyım.

T.C.

DANIŞTAY

Dördüncü Daire

Esas No : 2008/5889

Karar No : 2009/2642

Özeti : Serbest bölgelerde elde edilmiş olan kazançların bankalarda değerlendirilmesi sonucu oluşan faiz gelirin serbest bölgede yürütülen ticari faaliyet sonucu elde edilen gelirin yararlandığı vergi istisnasından yararlanacağının kabulüne olanak bulunmadığı hakkında.

Temyiz Eden : Bakırköy Vergi Dairesi Müdürlüğü

Karşı Taraf :Dış Ticaret Limited Şirketi

İstemin Özeti : Davacının nakit kaynaklarını bankalarda değerlendirmesi sonucu tahakkuk ettirdiği faiz gelirlerinin serbest bölgede faaliyet göstermesi nedeniyle istisna kapsamında bulunduğu belirtilerek ihtirazi kayıtlı verilen beyanname üzerine 2006 yılı 4. dönemine ilişkin olarak tahakkuk ettirilen geçici verginin ret ve iadesi istemiyle dava açılmıştır. İstanbul 9. Vergi Mahkemesi 15.5.2008 günlü ve E:2007/466, K:2008/1515 sayılı kararıyla; 3218 sayılı Serbest Bölgeler Kanunu'nun 6 ncı maddesinde, serbest bölgelerin gümrük hattı dışında sayılacağı, bu bölgelerde gümrük ve kambiyo mükellefiyetlerine dair mevzuat hükümlerinin uygulanamayacağı hükmüne yer verildiği, Kanuna eklenen geçici 3 üncü madde ile serbest bölgelerde faaliyette bulunmak üzere ruhsat almış mükelleflerin, bu bölgelerde gerçekleştirdikleri faaliyetler dolayısıyla elde ettikleri gelirlerinin faaliyet ruhsatlarında yer alan sürelerle münhasır olmak üzere, ilgisine göre gelir veya kurumlar vergisinden müstesna olduğunun belirtildiği, yasa koyucunun kurumlar vergisi mükelleflerinin her türlü kazancını ticari kazanç niteliğinde kabul ettiği, bu gelirlerin bir kısmının menkul sermaye iradı olarak elde edilmesi, bu iradın elde eden kişiye göre ticari kazanç sayılması ve esas faaliyetin ayrılmaz bir unsuru olması vasfını değiştirmeyeceği, sermayenin veya nakitlerin değerlendirilmesinin ekonomik ve ticari hayatın bir gereği olduğu, bu gelirlerin ticari faaliyetin kapsamı dışında düşünülmesinin mümkün olmadığı, Kanunda, elde edilen gelirlerin niteliği açısından bir ayrıma gidilmediğinden nakit kaynakların çeşitli

şekillerde değerlendirilmesi sonucu elde edilen faiz gelirlerinin serbest bölgede gerçekleştirilen ana faaliyet konusu işlerden elde edilen kazancın dışında değerlendirilmesi sonucu tahakkuk ettirilen vergide yasaya uyarlık görülmediği gerekçesiyle dava konusu verginin davacıya ret ve iadesine karar vermiştir. Davalı İdare, yapılan tahakkukun yasal olduğunu ileri sürerek kararın bozulmasını istemektedir.

Savunmanın Özeti : Temyiz isteminin reddi gerektiği savunulmuştur.

Tetkik Hakimi Hayrettin Korucu'nun Düşüncesi : Temyiz dilekçesinde öne sürülen hususlar, temyize konu mahkeme kararının bozulmasını sağlayacak nitelikte bulunmadığından temyiz isteminin reddi gerektiği düşünülmektedir.

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

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

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Dördüncü Dairesince gereği görüldü:

Davacının nakit kaynaklarını bankalarda değerlendirmesi sonucu tahakkuk ettirdiği faiz gelirlerinin serbest bölgede faaliyet göstermesi nedeniyle istisna kapsamında bulunduğu belirtilerek ihtirazi kayıtlı verilen beyanname üzerine 2006 yılı 4. dönemine ilişkin olarak tahakkuk ettirilen geçici verginin ret ve iadesi yolunda verilen Mahkeme kararı temyiz edilmiştir.

5084 sayılı Yasanın 9'uncu maddesiyle 3218 sayılı Yasaya eklenmiş olan Geçici 3'üncü maddenin birinci fıkrasının bağlı (a) bendinde, serbest bölgelerde faaliyette bulunmak üzere ruhsat almış mükelleflerin, bu bölgelerde gerçekleştirdikleri faaliyetleri dolayısıyla elde ettikleri kazançların, bu maddenin yürürlüğe girdiği tarih itibarıyla faaliyet ruhsatlarında belirtilen süre ile sınırlı olmak üzere gelir ve kurumlar vergisinden müstesna olduğu düzenlenmiş ve bu düzenlemenin uygulanmasını göstermek amacıyla 4.9.2004 gün ve 25573 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 85 sayılı Kurumlar Vergisi Genel Tebliğinin 2.1.1'inci maddesinin 2'nci fıkrasında, "Diğer taraftan, sözü edilen istisna serbest bölgelerde yürütülen faaliyetlerden elde edilen kazançlara ilişkin olduğundan, serbest bölgelerde elde edilmiş olsa dahi faiz, repo ve benzeri faaliyet dışı gelirlerle teşmil edilebilmesi mümkün değildir..." ifadesine yer verilmiştir.

Söz konusu Genel Tebliğin iptali yolundaki Danıştay Dördüncü Dairesinin, 26.12.2006 günlü ve E:2005/1890, K:2006/3186 sayılı kararı, Danıştay Vergi Dava Daireleri Kurulu'nun karar düzeltme aşamasında verdiği, 20.3.2009 günlü ve E:2008/378, K:2009/135 sayılı kararıyla; "...3218 sayılı Kanunun 1'inci maddesinde Yasanın, serbest bölgelerin; Türkiye'de ihracat için yatırım ve üretimi artırmak, yabancı sermaye ve teknoloji girişini hızlandırmak, ekonominin girdi ihtiyacını ucuz ve düzenli şekilde temin etmek, dış finansman ve ticaret imkanlarından daha fazla yararlanmak üzere; kurulması, yer ve sınırlarının tayini, yönetimi, faaliyet konularının belirlenmesi, işletilmesi, bölgelerdeki yapı ve tesislerin teşkili ile ilgili düzenlemeleri kapsamak amacıyla yapıldığı kurala bağlanmıştır.

5084 sayılı Kanunun 8'inci maddesinin gerekçesinde, Türkiye'de uygulanmakta olan serbest bölge rejiminin en belirgin özelliğinin bölgede faaliyette bulunan kullanıcılara (mükelleflere) hiçbir koşula bağlı olmaksızın tanınan, sınırsız ve süresiz vergisel teşvikler olduğu, bu teşviklerin 6.6.1985 tarihli ve 3218 sayılı Kanunun 6'ncı maddesinde yer alan, bölgede vergi, resim ve harç mükellefiyetlerine dair hükümlerin uygulanmayacağı ve bölgede elde edilen kazançların Türkiye'nin diğer yerlerine getirilmesi halinde gelir ve kurumlar vergisinden muaf olacağına ilişkin düzenlemelerde ifadesini bulduğu, bölgede faaliyet

gösteren mükelleflerin elde ettikleri kazançları üzerinden vergiye tâbi olmamaları ve aynı zamanda bu mükelleflerin bölgeden Türkiye'ye doğru herhangi bir sınırlama olmaksızın faaliyette bulunabilmeleri, aynı alanlarda serbest bölge dışında çalışan mükellefler açısından haksız rekabete neden olduğu, serbest bölgede dolaysız vergi yükümlülüğü olmamasının transfer fiyatlandırması yoluyla vergiye tâbi olacak kazançların bölgeye kaydırılmasına neden olduğu, bölgede yer alan mükelleflerin incelemeye tâbi olmaması ve bu mükelleflerden Türkiye'deki mükelleflerle ilişkileri konusunda bilgi alınamamasının bu durumun önlenmesini de engellediği, tüm bu nedenlerle 3218 sayılı Yasada yapılan düzenlemelerin amacına uygun sonuç yaratamaması nedeniyle yapılan değişiklikle, bölgede Türk vergi kanunlarının geçerli olmasının sağlandığı, ancak, serbest bölgelerde faaliyet gösteren mükelleflerin uluslararası açılımları dikkate alınarak kayıt ve belge düzeni konusunda esneklik sağlanması amacıyla Maliye Bakanlığına bölgede yer alacak firmalar ile ilgili özel düzenlemeler yapılabilmesi konusunda yetki verildiği, yapılan düzenleme sonrasında, katma değer vergisi ve benzeri dolaylı vergiler açısından bugüne kadar geçerli olan uygulamanın devam edeceği; 9'uncu maddesinin gerekçesinde ise bu maddenin yürürlüğe girdiği tarih itibarıyla faaliyet ruhsatı bulunan mükelleflerin, bu ruhsatlar üzerinde yazılı olan süre boyunca dolaysız vergilere yönelik haklarının korunmasının amaçlandığı, istihdam edilen personelin ücretlerine yönelik gelir vergisi istisnasından yararlanma haklarının, 31.12.2008 tarihi itibarıyla sınırlı tutulduğu, bu maddenin yürürlüğe girdiği tarih itibarıyla faaliyet ruhsatı bulunan mükelleflerin bölgede yaptıkları faaliyetlerine ilişkin işlemlerin, 31.12.2008 tarihine kadar damga vergisi, harç veya başka bir işlem vergisine tâbi olmayacağı, ayrıca, genel olarak ekonomik kalkınmaya katkıda bulunmak ve serbest bölgelerin istihdam yaratan alanlar olmasını teşvik edebilmek için serbest bölgelerde imalat faaliyetinde bulunan mükelleflerin bu faaliyetleri kapsamında elde ettikleri kazançların Avrupa Birliğine tam üyeliğin gerçekleştiği tarihi içeren yıllık vergilendirme döneminin sonuna kadar vergiden istisna edildiği, bu istisnadan bölgede yeni faaliyete geçen mükellefler ile faaliyet ruhsatlarında yer alan sürenin dolmasıyla normal vergileme rejimine tâbi olacak mükelleflerin yararlanabileceği belirtilmiştir.

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. Bu nedenle yasadaki istisna hükümlerinin uygulanmasında, söz konusu amaçların göz önünde bulundurulması gereklidir.

Ticari faaliyetin bir gereği olsa da atıl kalan paranın bankaya tevdi edilmesinden elde edilen faiz, işyerinde yürütülen etkinlikten doğan bir kazanç olmayıp, nakdi sermayenin getirisi olduğundan, serbest bölgede yürütülen faaliyet nedeniyle elde edilen bir kazanç olarak nitelendirilemez. 5084 sayılı Yasanın 8 ve 9'uncu maddelerinin yukarıda değinilen gerekçeleri göz önüne alındığında, 3218 sayılı Yasanın 5084 sayılı Yasa ile değişik kurallarının, serbest bölgelerdeki kullanıcıların, faaliyet ruhsatlarındaki etkinliklerden doğan kazançların gelir ve kurumlar vergisinden müstesna tutulması amacıyla yürürlüğe konulduğu anlaşılmaktadır. Serbest bölgede faaliyet gösteren vergi yükümlülükleri ile aynı alanda faaliyet gösteren bölge dışındaki mükellefler arasında rekabet eşitsizliğini de gidermek amacı içeren bu düzenleme karşısında, bir miktar nakit kıymetin bankaya tevdi edilmesinden doğan faiz, repo ve benzeri faaliyet dışı gelirlerin de düzenleme kapsamında olduğunu kabule olanak bulunmamaktadır.

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. Gelir Vergisi Kanununun menkul sermaye iradını düzenleyen 75'inci maddesinin son fıkrasında bu iratların, iradı sağlayan sermaye sahibinin ticari faaliyetine bağlı olması halinde ticari kazancın tespitinde dikkate alınacağını öngören kuralı, gayrisafi iradın vergiye tabi tutulacak kısmı olan safi iradın tespit şekline yapılmış bir gönderme

içermektedir. Bu göndermenin, gelir unsurunun niteliğini değiştirici etkide bir düzenleme içermediği, sadece matrahın belirlenmesiyle ilgili olduğu açıktır. Dolayısıyla menkul sermaye iradının, gelirin veya kurum kazancının unsurlarından olması ile serbest bölgelerde faaliyet ruhsatı doğrultusunda yürütülen etkinliklerden doğan kazançları vergiden müstesna tutan kuralın uygulanmasında Gelir Vergisi Kanununun 75'inci maddesinin son fıkrasına dayanılarak baş kurulması suretiyle verilen ve 85 sayılı Kurumlar Vergisi Genel Tebliğinin 2.1.1'inci maddesinin ikinci fıkrasında, yasada öngörülmeleyen bir sınırlama yapıldığı gerekçesine dayanan kararda hukuka uygunluk görülmemiştir." gerekçesiyle bozulmuştur.

Serbest bölgelerde yürütülen faaliyet sonucu sağlanan gelirin bankalarda değerlendirilmesi sonucu elde edilen faizin serbest bölge faaliyetiyle ilgisi ve dolayısıyla serbest bölgelerde yürütülen faaliyet sonucu sağlanan gelirin yararlandığı vergi istisnası kapsamına girip girmeyeceği konusunda Kanunda açık bir düzenleme bulunmamaktadır.

3218 sayılı Kanun ve bu Kanunda değişiklik yapan 5084 sayılı Kanun hükümlerinin kurumlar vergisi yönünden yaratacağı sonuçlar 85 seri nolu Kurumlar Vergisi Genel Tebliği ile düzenlenmiş olup, içerdiği hükümlerin genel ve objektif bir düzenleme niteliğini taşıması nedeniyle uyumsuzluğun çözümüne esas alınması gerekmektedir.

Bu durumda, serbest bölgelerde elde edilmiş olan kazançların bankalarda değerlendirilmesi sonucu oluşan faiz gelirinin serbest bölgede yürütülen ticari faaliyet sonucu elde edilen gelirin yararlandığı vergi istisnasından yararlanacağının kabulüne yukarıda belirtilen yargı kararı karşısında olanak bulunmadığından, aksi yöndeki Mahkeme kararında hukuka uyarlık görülmemiştir.

Bu nedenle, davalı İdarenin temyiz isteminin kabulüyle, İstanbul 9. Vergi Mahkemesinin 15.5.2008 günlü ve E:2007/466, K:2008/1515 sayılı kararının bozulmasına 25.5.2009 gününde oyçokluğuyla karar verildi.

KARŞI OY

X- Temyiz dilekçesinde ileri sürülen iddialar Mahkeme kararını dayandığı gerekçeler karşısında yerinde ve kararın bozulmasının sağlayacak durumda görülmediğinden temyiz isteminin reddi gerektiği görüşü ile karara karşıyız.

T.C. DANIŞTAY Dördüncü Daire

Esas No : 2007/3468

Karar No : 2009/2647

Özeti : 193 sayılı Kanunun 19 uncu maddesine göre özel maliyet bedeli niteliğindeki harcamaların yatırım indirimi istisnasından yararlanması için ekonomik ömrünün 5 yıl ve daha fazla olmasının gerekli ve yeterli olduğu hakkında.

Temyiz Eden : Boğaziçi Kurumlar Vergi Dairesi Müdürlüğü
Karşı Taraf : ... Reklamcılık ve İletişim Hizmetleri Ticaret A.Ş.
Vekili : Av. ...

İstemin Özeti : 2005 yılına ilişkin kurumlar vergisi beyannamesi ihtirazi kayıtlı veren davacı, özel maliyet bedeli niteliğindeki harcamalarının yatırım indirimi istisnasından faydalandırılması gerektiğini ileri sürerek fazladan tahakkuk ettirilen verginin kaldırılması istemiyle dava açmıştır. İstanbul 3. Vergi Mahkemesi, 1.3.2007 gün ve E:2006/1214; K:2007/394 sayılı kararıyla; 213 sayılı Kanun'un 272 ve 327 nci maddeleri ile 193 sayılı Kanun'un 19 uncu maddesine göre özel maliyet bedeli niteliğindeki harcamaların yatırım

indirimi istisnasından yararlanması için ekonomik ömrünün 5 yıl ve daha fazla olmasının gerekli ve yeterli olduğu, davacının 2004 yılında kiraladığı bina için 2005 yılında yaptığı özel maliyet bedeli niteliğindeki harcamaların yatırım indirimi istisnasından yararlanmasına engel bir durum olmadığı anlaşıldığından fazladan tahakkuk ettirilen verginin yasal olmadığı gerekçesiyle kaldırılmasına karar vermiştir. Davalı İdare, ancak 5 yıllık süre dolduktan sonra istisnadan yararlanılabileceğini ileri sürerek kararın bozulmasını istemektedir.

Savunmanın Özeti : Temyiz isteminin reddi gerektiği savunulmuştur.

Tetkik Hakimi Hayrettin Korucu'nun Düşüncesi : Temyiz dilekçesinde öne sürülen hususlar, temyize konu mahkeme kararının bozulmasını sağlayacak nitelikte bulunmadığından temyiz isteminin reddi gerektiği düşünülmektedir.

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

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

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Dördüncü Dairesince gereği görüldü:

Temyiz dilekçesinde ileri sürülen iddialar, bozulması istenilen kararın dayandığı gerekçeler karşısında, yerinde ve kararın bozulmasını sağlayacak durumda görülmemiştir.

Bu nedenle, temyiz isteminin reddine, İstanbul 3. Vergi Mahkemesinin 1.3.2007 gün ve E:2006/1214; K:2007/394 sayılı kararının onanmasına 25.5.2009 gününde oybirliğiyle karar verildi.

T.C.

DANIŞTAY

Dördüncü Daire

Esas No : 2008/4215

Karar No : 2009/3347

Özeti : Yurt dışında bulunan lisansör şirkete ödenen hasılat payı, sözleşmeye konu filmlerin maliyet bedeli niteliğinde bulunmadığından amortismanı tabi olmadığı hakkında.

Temyiz Eden : ... Film Yapım Pazarlama Limited Şirketi

Vekili : Av. ...

Karşı Taraf : Beyoğlu Vergi Dairesi Müdürlüğü

İstemin Özeti : Davacı adına 2004 yılına ilişkin olarak re'sen salınan kurumlar

vergi ve kesilen vergi ziyai cezasının kaldırılması istemiyle dava açılmıştır. İstanbul 4.Vergi Mahkemesi 29.4.2008 günlü ve E:2007/2514, K:2008/1506 sayılı kararıyla, davacı adına düzenlenen vergi inceleme raporu ile ... İnternational Limited Şirketi arasında akdedilen sözleşmeler uyarınca adı geçen şirkete yapılan royalty ödemelerinin amortismanı tabi tutulmak suretiyle değerlemesinin yapılması gerekirken, doğrudan gider hesaplarına atılarak itfa edildiğinin tespit edildiği, Mahkemelerince verilen ara kararı gereği dosyaya ibraz edilen lisans sözleşmelerinden, raporda adı geçen filmlerin bir yılı aşkın muhtelif sürelerle sinema gösterim hakları, VCD, DVD haklarının davacıya devredildiği, bu hakların kullanımı karşılığı elde edilen hasılatın %90-%10 hisseler ile paylaşımının yapıldığı, bunun yanında asgari

garanti lisans ücreti kararlaştırıldığı, davacının asgari garanti lisans ücretini amortismanına tabi tuttuğu, hasılatın yurt dışına gönderdiği kısmı ise doğrudan gider alınarak yazdığı, uyumsuzluğun hasılatın doğrudan yurt dışına gönderilen kısmının amortismanının mevzuunu teşkil edip etmediğine ilişkin olduğu, bir yılı aşan muhtelif sürelerle davacının bünyesinde ve faaliyet sahası içinde, sinema salonlarında gösterim ve VCD-DVD şeklinde dağıtım yolu ile aktifte bir iktisadi kıymet olarak yer alan sinema filmlerinin kıymetten düşmeye maruz olduğu ve amortismanına tabi olduğu, değerlemenin, maliyet bedeli yöntemi esas alınmak suretiyle sinema filmlerinin kullanım hakkının iktisabı için yapılan ödemelerin toplamı üzerinden yapılması gerektiği, amortismanına tabi tutulması gerekirken doğrudan gider olarak düşülen royalty ödemeleri esas alınarak yapılan tarhiyatta hukuka aykırılık bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar vermiştir. Davacı, söz konusu sinema filmlerinin şirket aktifinde yer almadığını, herhangi bir gayrimaddi hakkın satın alınmasının söz konusu olmadığını, elde ettiği gelirin komisyon geliri niteliğinde olduğunu, bu nedenle yaptığı giderlerin amortismanına tabi tutulmasının yasaya aykırı olduğunu ileri sürerek kararın bozulmasını istemektedir.

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

Tetkik Hakimi M.Volkan Uluçay'ın Düşüncesi : Davacı adına 2004 yılına ilişkin olarak re'sen salınan kurumlar vergisi ve kesilen vergi ziyai cezasının kaldırılması istemiyle açılan davayı reddeden vergi mahkemesi kararı temyiz edilmiştir.

Uyuşmazlık, davacının ... International Limited şirketi ile yaptığı sözleşmeler uyarınca sözleşmelerde adı geçen sinema filmlerinin belirli sürelerle sinemalarda gösterimi, otobüs, ev videosu, ticari video, gazete, kampanyaları aracılığıyla dağıtımı gibi hakları karşılığında adı geçen şirkete yaptığı, hasılatın belirli bir yüzdesi tutarındaki ödemelerin amortismanına tabi olup olmadığına ilişkindir.

Davacı ile yukarıda adı geçen şirket arasında yapılan sözleşmelerin incelenmesinden uyumsuzlukta, anılan şirketçe davacıya herhangi bir gayrimaddi hak devrinin söz konusu olmadığı anlaşılmış olup, davacı tarafından lisansör firmaya ödenen hasılat paylarının sinema filmlerinin maliyet unsuru olarak değerlendirilmesi suretiyle amortismanına tabi tutulması gerektiği yönünde düzenlenen rapor uyarınca yapılan tarhiyatta hukuka aykırılık görülmediğinden, davayı reddeden mahkeme kararının bozulmasının uygun olacağı düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı Abdurrahman Gençbay'ın Düşüncesi : Yurt dışında yerleşik firmadan, geçici bir süre için kullanım hakkı alınan sinema filmi, VCD ve DVD içeriği eserler için bu firmaya, aralarında yapılan sözleşme uyarınca asgari garanti edilmiş lisans ücretinden ayrı olarak, filmlerin gösterime girmesinden sonra elde edilen hasılatın belli bir oranına isabet eden kısmının lisansör firmaya aktarılması suretiyle ödenen tutarın doğrudan gider yazılmayıp, amortismanına tabi tutulması gerektiği yolunda düzenlenen rapora göre davacı adına ikmalen yapılan tarhiyata karşı açılan davayı reddeden Vergi Mahkemesi kararının temyizen incelenerek bozulması istenmektedir.

213 sayılı Vergi Usul Kanununun 3/A maddesinde, vergi kanunlarının lafzı ve ruhu ile hüküm ifade ettiği, lafzın açık olmadığı hallerde vergi kanunları hükümlerinin, konuluşundaki maksat, hükümlerin kanunun yapısındaki yeri ve diğer maddelerle olan bağlantısı gözönünde tutularak uygulanacağı, 3/B maddesinde, vergilendirmede vergiyi doğuran olay ve bu olaya ilişkin muamelelerin gerçek mahiyetinin esas olduğu belirtilmiştir. Aynı Kanunun amortisman mevzuunu düzenleyen 313'üncü maddesinin 1'inci fıkrasında, işletmede bir yıldan fazla kullanılan ve yıpranmaya, aşınmaya veya kıymetten düşmeye maruz bulunan gayrimenkullerle 269'uncu madde gereğince gayrimenkul gibi değerlendirilen iktisadi kıymetlerin, alet, edevat, mefruşat, demirbaş ve sinema filmlerinin birinci kısımdaki esaslara göre tespit edilen değerinin bu Kanun hükümlerine göre yok edilmesinin amortisman mevzuunu teşkil edeceği, 269'uncu maddesinde, iktisadi işletmelere dahil

bilimum gayrimenkullerin maliyet bedeli ile değ erleneceği, bu Kanuna göre, gayri maddi hakların gayrimenkuller gibi değ erleneceği hükümüne yer verilmiştir.

193 sayılı Gelir Vergisi Kanunu'nun 70 inci maddesinin 5 inci bendinde de; arama, işletme ve imtiyaz hakları ve ruhsatları, ihtira beratı, alameti farika, marka, ticaret unvanı, her türlü teknik resim, desen, model, plan ile sinema ve televizyon filmleri, ses ve görüntü bantları, sanayi ve ticaret ve bilim alanlarında elde edilmiş bir tecrübeye ait bilgilerle gizli bir formül veya bir imalat usulü üzerindeki kullanma hakkı veya kullanma imtiyazı gibi hakların kiraya verilmesinden elde edilen iratlar gayrimenkul sermaye iradı olarak tanımlanmıştır. Bu maddede "gibi" belirlemesi yapılarak, maddede sayılan hakların yanında benzer nitelikler taşıyan hakların da gayrimaddi hak olduğu ve gayrimenkul sermaye iradı olarak kabul edileceği ifade edilmek istenmiştir.

Bütün bu düzenlemelerden; işletmelerde bir yıldan fazla kullanılan gayrimenkullerle gayrimenkul gibi değ erlenen iktisadi kıymetlerin amortisman yolu ile itfa edilerek aktifleştirilmesi gerektiği anlaşılmaktadır. Sinema filmlerinin, yukarıda metnini vermiş olduğumuz 213 sayılı Yasanın 313'üncü maddesinde açıkça zikredilerek amortisman mevzuunu oluşturduğu ifade edilmekle birlikte, sinema filmleri ile birlikte, anılan maddede ismen belirtilmeyen VCD ve DVD içeriği eserlerin aynı Kanunun 269'uncu maddesinde açıklandığı üzere gayrimaddi haklar olarak gayrimenkuller gibi değ erlemeye tabi tutulacağı belirtilmekle bunların gayrimenkuller gibi nitelendirilmeleri gerektiğine vurgu yapılmıştır. Nitekim 193 sayılı Gelir Vergisi Kanununun 70/5'inci maddesinde de, konuya temas edilerek sinema ve televizyon filmleri, ses ve görüntü bantlarının semerelerinin gayrimenkul sermaye iradı olduğu düzenlemesine yer verilmekle anılan gayrimaddi hak niteliğindeki bu tür eserlerin gayrimenkuller gibi niteleneceğine açıklık getirilmiştir.

Buna göre, sinema filmleri, VCD ve DVD ler ile dağıtımı yapılan eserlere ödenen bedellerin aktifleştirilmesi, gayrimenkuller gibi değ erlemeye tabi tutularak, Kanunda sayılan diğer koşulların tamam olması halinde maliyet bedeli üzerinden kanunda yazılı süre ve nispetlere göre amortisman tabi tutulmak suretiyle yapılarak itfa edileceği açıktır.

Bir iktisadi kıymetin amortisman tabi tutularak aktifleştirilebilmesi için o iktisadi kıymetin işletmede bir yıldan fazla süre ile kullanıyor olması, yıpranmaya, aşınmaya veya kıymetten düşmeye maruz kalması, Kanunda sayılan belli iktisadi kıymetlerin değ erinin belli bir tutarı açması ve amortisman tabi tutulması düşünülen iktisadi kıymetin değ erinin belirli olması gerekmektedir. Bu şartlar mevcut değil ise iktisadi kıymetin amortisman tabi tutulması gereğinden söz edilemez.

Dosyanın incelenmesinden; her türlü dublaj, reklamcılık ve filmcilik işi ile uğraşan davacı şirketin, yurt dışında yerleşik ... International isimli şirketten ihtilaflı 2004 yılında sinema filmleri, DVD ve VCD ithal ettiği, adı geçen şirket ile davacı arasında yapılan sözleşmeler uyarınca davacının bu şirkete ödediği tutarlar içinde yer alan asgari garanti edilmiş lisans(royalty)  cretlerini amortisman tabi tutarak aktifleştirmek suretiyle itfa ettiği, ancak yine aynı sözleşmeler gereği olarak ve sözleşmelerin finansal şartlar bölümünde yer verilen gelirlerin dağılımı ile ilgili düzenleme uyarınca hasılatın belli bir kısmının lisansör firmaya transfer edilmesinden dolayı bu firmaya yapılan bu ödemeleri ise amortisman tabi tutmayıp doğrudan gider gösterdiği anlaşılmaktadır. Davacının film ithal ettiği yurt dışında yerleşik firma ile aralarında birden fazla sözleşmenin bulunduğu, bu sözleşmelerin bir kısmının Lisans Sözleşmesi adı ile, bir kısmının ise Distribütörlük anlaşması adı ile aktedildiği, sözleşmelerin tamamında ithal edilen eserler için sözleşmelerin Garanti başlığı ile yer alan kısmında Asgari Garanti Edilmiş Lisans ücretinin belirlendiği, ayrıca finansal şartlar kısmında da gelirlerin dağılımı düzenlemesine yer verilerek hasılatın %90(bazı sözleşmelerde %70) ının lisans re bırakılması kararlaştırılmıştır.

Lisansör firma ile davacı arasında yapılan sözleşmeler incelendiğinde karşımıza kendine özgü niteliği ağır basan bir sözleşme tipi çıkmaktadır. Bu sözleşmelerde belirli olan garanti edilmiş lisans ücretinin yanında belirli olmayan hasılatın belli bir oranı ile ifade edilen

bir de hasılat paylaşımı mevcuttur. Sözleşmelerde lisans bedelinden, royalty bedelinden söz edilmekte ise de sözleşmeler içeriği hakların kullanımı ve bunun karşılığında kararlaştırılan ödemeler dikkate alındığında Borçlar Kanununda ismen belirtilen sözleşme tiplerinden farklı bir durumla karşılaşılmaktadır. Royalty, verilen lisans hakkı karşılığında lisans hakkı sahibine ücret, kira v.s. şeklinde yapılan ödemeleri ifade etmektedir. Royalty, devralınan bir hak karşılığında yapılan ödemeyi ifade eder ve bu özelliği ile de lisanstan farklılık gösterir. Lisansör firma ile yapılan sözleşmeler uyarınca bu firmadan belirli bir süre için devralınan sinema filmleri ve VCD ile DVD lerin kullanım hakkı bu anlamda tam olarak bir hak devrini karşılamamaktadır. Sinema filmleri altı aydan az bir süre için gösterim hakkının kullanımı, DVD ve VCD ler ise genellikle 3 ya da 4 yıllık süreler için dağıtım ve gösterim haklarının kullanımı amacıyla ithal edilmektedirler. Yine sözleşmelerde, asgari garanti edilmiş lisans ücreti kararlaştırılmakta ve bu ücret filmler gösterime girsin ya da girmesin distirübütör firma tarafından ödenmektedir. Ayrıca gösterime giren filmler dolayısıyla elde edilen hasılatın bir kısmının lisansör firmaya aktarılması da kararlaştırılmaktadır. Hasılatın belli oranı tutarında kararlaştırılan bu bedelin önceden belirlenmesine olanak bulunmamaktadır. Bütün bu özellikleri dikkate alındığında, davacı ile yurt dışında yerleşik firma arasında yapılan söz konusu sözleşmelerin, kendine özgü niteliği ağır basan içerisinde komisyonculuk sözleşmeleri ile kira sözleşmelerinin bir kısım özelliklerini de barındıran Borçlar Kanununda belirtilen sözleşme tiplerinden karma nitelikte sözleşmeler olduğu anlaşılmaktadır.

Sözleşmelerde asgari garanti edilmiş lisans ücreti adı altında yapılan ve sözleşmenin yapıldığı tarihte tutarı belli ve açık olan ödentinin royalty ücreti olduğu ve gayrimaddi hak bedeli olarak nitelenen bu ödentinin aktifleştirilmesinin amortisman yolu ile yapılması zorunludur. Öte yandan, yine sözleşmelerde öngörülen ve hasılat paylaşımını esas alan yurt dışı firmaya yapılan ödentiler ise sözleşmenin yapıldığı tarihte tutarı açık ve belirli olmayan lisans ya da royalty ücreti dışında kararlaştırılan bir bedeldir. Gayri maddi hak bedeli olduğu somut olarak saptanamayan, hasılat paylaşımına göre ilgiliye ödenen ve tutarı önceden belirlenemeyen bu bedel ise doğrudan gider yazılabilir. Nitekim konu ile ilgili olarak Kanunun verdiği yetkiye istinaden Maliye Bakanlığı tarafından yayımlanan 153 sıra No'lu Vergi Usul Kanunun Genel Tebliğinin "%25 Nispetten Daha Yüksek Bir Nispette Amortisman Tabi Tutulacak İktisadi Kıymetler ve Bunlara Uygulanacak Nispetler" başlıklı II. kısımda düzenlenen E-"Film Amortismanları ve Video Kasetleri" başlıklı bölümün (a-2) maddesinde, mübayaâ bedeli önceden kestirilmeksizin bayie hasılatın muayyen bir hisse vermek suretiyle satın alınan filmlerde amortisman yerine yıllık hasılatın bayie terk edilmesi kararlaştırılmış olan yüzdenin gider kaydedileceği belirtilmekle bu hususta benzer bir yöntemin benimsendiği görülmektedir. Amortisman konusu ile ilgili olarak daha sonra aynı bakanlık tarafından yayımlanan genel tebliğlerde benzer ifadeler yer verilmemesinin, hasılat paylaşımı sonucu lisansör firmaya aktarılan tutarların doğrudan gider yazılamayacağı şeklinde yorumlanmasına olanak bulunmamaktadır. Kaldı ki, 213 sayılı Yasanın 269'uncu maddesine göre iktisadi işletmelere dahil bilimum gayrimenkuller ile gayrimenkuller gibi nitelenen gayrimaddi hakların amortisman tabi tutulmasında maliyet bedelleri ile değerlendirilmesinden, ihtilafa konu olayda sözleşmeler içeriği gayri maddi hakların ya da kullanımının devri karşılığı ödenen sabit ücret devralınan hakkın maliyetine dahil edilebilecek bir unsur iken, yine aynı sözleşmeler gereğince hasılat paylaşımı esas alınarak ve hasılatın bir kısmının lisansöre aktarılması suretiyle yapılan ödeme ise , devralınan hakkın maliyeti değil, semeresi olduğundan, maliyet unsuru olarak değerlendirilerek amortisman mevzuuna dahil edilemez.

Davacı, yurt dışı firmaya ödediği asgari garanti edilmiş lisans ücretlerini amortisman yolu ile itfa etmiştir. Bu hususta taraflar arasında da bir ihtilaf bulunmamaktadır. Bunun dışında davacı tarafından ihtilafı dönemde sözleşme gereği olarak yurt dışı firmaya hasılat paylaşımının sonucu olarak yapılan ödemeler her ne kadar tarhiyatın dayanağı inceleme raporunda amortisman tabi tutulmadığı gerekçesiyle eleştirilerek bu nedenle tarhiyat

Kanunu Genel Tebliğinde ise filmler, teyip kasetleri, video kasetler, DVD, CD v.b için faydalı ömür süresi 2 yıl ve amortisman oranı birinci yıl için %60, ikinci yıl için %40 olarak tespit edilmiş olup, 180 ve 333 sıra No'lu Vergi Usul Kanununun Genel Tebliğlerinde, 153 sıra No'lu Genel Tebliğ'de yer alan ifadelerle yer verilmemiş, yalnızca amortisman uygulanmasının süresi ve oranı belirtilmekle yetinilmiş olması, sinema filmlerinin belirli sürelerle gösterimi ve dağıtımı sonucu elde edilen hasılatın lisansör şirkete verilen payın amortismanına tabi olduğu anlamını taşımamaktadır.

Dolayısıyla, davacı tarafından yurt dışında bulunan lisansör şirkete ödenen hasılat payları, sözleşmeye konu filmlerin maliyet bedeli olarak değerlendirilmek suretiyle yapılan tarhiyatta ve tarhiyatın kaldırılması istemiyle açılan davayı reddeden mahkeme kararında hukuka uyarlık görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle, temyiz isteminin kabulüyle İstanbul 4.Vergi Mahkemesinin 29.4.2008 günlü ve E:2007/2514, K:2008/1506 sayılı kararının bozulmasına 17.6.2009 gününde oybirliğiyle karar verildi.

T.C.
DANIŞTAY
Dördüncü Daire
Esas No : 2008/9064
Karar No : 2009/3348

Özeti : Rayiç değerinin altında bir bedelle satın alınan emisyon primli hisse senetleri için ödenen sermaye avansına faiz işletilmemesinin ve emisyon primi bedelleri karşılığında çıkarılan hisse senetlerinin, özkaynaklardan karşılanan sermaye artırımını sonrasında tüm ortaklara hisseleri oranında bedelsiz verilmesinin örtülü kazanç dağıtımı niteliğinde olmadığı hakkında.

Temyiz Eden : ... Anonim Şirketi

Vekili : Av. ...

Karşı Taraf : Dış Ticaret Vergi Dairesi Müdürlüğü

İstemin Özeti : Davacı adına 2002 yılına ilişkin olarak re'sen salınan kurumlar vergisi hesaplanan fon payı ve kesilen vergi ziyai cezasının kaldırılması istemiyle dava açılmıştır. İstanbul 9.Vergi Mahkemesi 7.7.2008 günlü ve E:2007/781, K:2008/2100 sayılı kararıyla; davacı hakkında düzenlenen inceleme raporuyla, iştiraki olan ... Anonim Şirketi unvanlı şirkete noter tasdiki olmaksızın 4.1.2002 de alınan yönetim kurulu kararı uyarınca, bu şirketten olan ticari alacaklarına mahsuben ilki 31.7.2002 tarihinde, ikincisi 31.8.2002 tarihinde olmak üzere iki defa sermaye avansı verdiği, sermaye taahhüt avansı adı altında iştirake kullandırılan tutar için faiz hesaplanmadığı, ... Anonim Şirketinin 15.10.2002 tarihli yönetim kurulu kararıyla sermaye artırımına gittiği, artırılan sermayenin tamamının rüçhan hakkını kullanmak isteyen mevcut ortaklara beheri 1.000.000 TL nominal bedelli hisse senedinin emisyon primli olarak 21.000.000 TL bedelle satılması ve bu suretle oluşacak emisyon priminin yedek akçe olarak kaydedilmesi yönünde karar verildiği, 850.000 adet hisse senedinin 654.000 adedinin davacı şirkete satıldığı, bu satış tutarının verilen sermaye avansında mahsubu sonrasında, ... Anonim Şirketinin davacı şirkete olan borcunun azaltıldığı, iştirakler borçlar hesabında izlenen bu tutarın 1.11.2002 tarihli yevmiye kaydıyla ödenmemiş sermaye hesabı alacaklandırılması suretiyle kapandığı, ... Anonim Şirketinin 10.12.2002

tarihli genel kurul kararıyla ikinci kez sermaye artırımına gidildiği, davacı şirketin sermaye artırımında taahhüt ettiği tutarın, sermaye artırımı sonrası ve öncesi hisse tutarları arasındaki farkın tamamının ödendiği, ikinci sermaye artırımında davacı şirketin hisse tutarının 8.179.723.000.000 TL artmasına rağmen iştiraklerden alacaklar hesabından 13.080.000.000.000 TL çıkış yapıldığı hususlarının tespit edildiği, aktarılan meblağ sermaye avansı olarak aktarılmış ise de, aktarılan paraların ... Anonim şirketinin bankalardan kredi alamaması nedeniyle ... Otelinin inşaatında kullanıldığı ve muhasebe kaydıyla sermaye artırımı yoluyla kapatıldığı, toplam 17.000.000.000.000 TL emisyon priminin 13.080.000.000.000 TL davacı şirkete satılan 654.000 adet hissedenden karşılandığı, %33 payla ortak olan davacının emisyon priminin yaklaşık % 77 sini karşıladığı, ... Anonim Şirketinin kayıtlarında davacı tarafından taahhüt edilen tutarın üzerinde sermaye taahhüt avansının izlendiği 132 iştiraklerden alacaklar hesabının kullanılması sonucunda aktarılan tutarın ticari anlamda gerçek bir alacak olduğu sonucuna ulaşıldığı, aktarılan tutarın ve faiz hesaplanmaması yoluyla uğratılan hazine zararının yüksek meblağ olması dikkate alındığında, aktarılan ticari alacağın örtülü kazanç dağıtım niteliğinde olduğu sonucuna varıldığından yapılan tarhiyatta hukuka aykırılık bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar vermiştir. Davacı, ... Anonim Şirketi tarafından farklı tarihlerde iki ayrı sermaye artırımına gidildiğini, bunların birincisinin emisyon primli hisse senedi satışı yoluyla ikincisinin ise mevcut kaynaklardan yapıldığını, anılan şirkete verilen sermaye avansının makul süre içerisinde sermayeye dönüştürüldüğünü, emisyon primli olarak satın alınan hisse senetleri için ödenen tutarın bu hisselerin rayiç değerinin altında olduğunu, ikinci sermaye artırımı sonucu ortaklara hisseleriyle münasip miktarda pay verilmesinin yasal olarak zorunlu olduğunu, bu hususlar gözetilmeksizin düzenlenen inceleme raporuna istinaden yapılan tarhiyatın hukuka aykırı olduğunu ileri sürerek kararın bozulmasını istemektedir.

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

Tetkik Hakimi M.Volkan Uluçay'ın Düşüncesi : Davacı adına düzenlenen vergi inceleme raporu ile, ortağı olduğu ... Anonim şirketinde sermaye avansı olarak bıraktığı ticari alacakları için faiz hesaplamadığı ve emisyon primli hisse senetlerinin alımında kullanılan söz konusu avansın emisyon primi bedeline isabet eden kısmının, ikinci bir sermaye artırımıyla sermayeye ilave olunarak tüm paydaşlara bu tutar karşılığında hisse seneti dağıtılmak suretiyle ilk sermaye artırımına katılmayan ve ... Anonim şirketinde yedek akçe olarak kayıtlı bulunan emisyon prim bedellerine hiçbir katkısı bulunmayan gerçek kişi ortaklar karşılıksız olarak kullanıldığı, bu suretle örtülü kazanç dağıtımında bulunulduğu ileri sürülerek davaya konu tarhiyat yapılmıştır.

Emisyon primi hisse senedinin çıkarıldığı değer ile itibari değeri arasındaki farkı ifade etmekte olup, emisyon primli hisse senedi ihracı yoluyla sermaye artırımında hisse senetleri, şirketten yeni pay almak isteyenlere nominal değerinin üstünde bir fiyatla satılmak suretiyle sermaye artırımına katılmayan ortakların hisse oranının bu nedeniyle aşırı derecede azalmasının önüne geçmek amaçlanmaktadır. Bu durumda, gerçek değeri nominal değerinden daha yüksek olan şirketten yeni pay edinmek isteyenlerin bu paylar için nominal bedellerinden daha fazla bir bedel ödemesi esastır. Bir başka ifadeyle emisyon priminin karşılığını, şirketin nominal değerinin üzerinde olan rayiç değeri oluşturmaktadır.

Emisyon primli hisse senedi ihracı yoluyla sermaye artırımına gidilmesi halinde, nominal değerinden daha yüksek bir fiyatla satılan hisse senetlerinin fahiş fiyatla satıldığına kabulü, bu şekilde yapılan tüm sermaye artırımlarının muvazaalı olduğu sonucuna götürür ki, böyle bir değerlendirmenin ekonomik ve ticari icaplara uygun düşmediği açıktır.

İnceleme raporunda, ... Anonim Şirketinin hisse senetlerinin nominal bedeli, bu hisselerin olması gereken gerçek bedeli gibi değerlendirilerek davacı tarafından söz konusu hisseler için bu tutardan göze çaracak derecede yüksek bir bedel ödenmiş olduğu ileri sürülmekte ise de, dosyaya ibraz olunan bilirkişi raporunda belirtilen şirket rayiç değerine

göre, davacının bu hisse senetlerini rayiç bedelinin altında bir fiyatla satın aldığı, bu bedelin de ... Anonim Şirketinde sermaye avansı olarak bıraktığı alacaklarından karşılandığı anlaşılmaktadır. Bu nedenle, davacının emisyon primi bedeli ödeyerek satın aldığı hisse senetlerini fahiş fiyatla satın aldığı ve bu alımda kullanılan avans tutarı için faiz hesaplanması gerektiği yönündeki tespitler yerinde görülmemiştir.

Öte yandan, emisyon primli hisse senedi satışından elde edilen emisyon primi karşılıklarının kanuni yedek akçe olarak ayrılması Türk Ticaret Kanununun 466 ncı maddesi uyarınca zorunludur. Şirketin tüm malvarlığı üzerinde tüm paydaşların payları oranında hak sahibi olduğu tabiidir. Bu durumda, şirketin özkaynakları arasında yer alan kanuni yedek akçelerin sermayeye eklenmesi suretiyle, bu tutarı temsilen çıkarılan hisse senetlerinin tüm paydaşlar arasında hisseleri oranında dağıtılmasında yasaya aykırı bir durum bulunmamaktadır.

Bu nedenle, davacı adına yapılan tarhiyatın kaldırılması istemiyle açılan davayı reddeden Mahkeme kararının bozulmasını uygun olacağı düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı Abdurrahman Gençbay'ın Düşüncesi : Davacının, ortağı olduğu Anonim Şirkete, bu şirketten olan ticari alacaklarına mahsuben sermaye taahhüt avansı adı altında aktardığı tutarlara faiz tahakkuk ettirmeyerek bedelsiz kullandırmak suretiyle örtülü kazanç dağıtımında bulunduğu yolunda düzenlenen inceleme raporuna dayanılarak re'sen yapılan tarhiyata karşı açılan davayı reddeden Mahkeme kararının temyizen incelenerek bozulması istenmektedir.

5422 sayılı Kurumlar Vergisi Kanununun 17'nci maddesinin 3 numaralı bendinde, şirketlerin kendi ortakları, ortaklarının ilgili bulunduğu gerçek ve tüzel kişiler, idaresi, murakabesi veya sermayesi bakımlarından vasıtalı vasitasız olarak bağlı bulunduğu veya nüfuzu altında bulundurduğu gerçek ve tüzel kişiler ile olan münasebetlerinde emsaline göre göze çaracak derecede yüksek veya düşük faiz ve komisyonlarla ödünç para alır veya verirse kazancın tamamen veya kısmen örtülü olarak dağıtılmış sayılacağı belirtilmiş, aynı Kanunun 15'inci maddesinde de, sermaye şirketlerince dağıtılan örtülü kazançların, kurum kazancının tespitinde dikkate alınması öngörülmüştür.

Triko ve muhtelif kumaş ile konfeksiyon ürünleri imalatı ve ihracatı işi ile iştigal eden davacı şirketin 2002 yılı işlemlerinin incelenmesi sonucu düzenlenen ve tarhiyata dayanak alınan raporda, yükümlünün, ortağı olduğu ... Anonim Şirketine olan mevcut sermaye taahhüt borcunun ödenmesinden sonra yönetim kurulu kararı uyarınca 31.7.2002 tarihinde 12 Trilyon, 31.8.2002 tarihinde de 1,734 Trilyon sermaye taahhüt avansı verdiği, verilen avansı adı geçen şirketten olan ticari alacaklarına mahsup ettiği, sermaye avansı adı altında verilen bu tutarların, ortağı olduğu şirket tarafından, gerçekleştirilen sermaye artırımlarının mahsubuna yönelik olarak 1.11.2002 ve 11.12.2002 tarihlerinde yevmiye kayıtlarının yapıldığı, ortak şirketçe sermaye artırımlarının yapılıp yevmiye kayıtlarının kapatıldığı bu tarihlere kadar geçen süreler için davacı tarafından kullanılan paralar nedeniyle herhangi bir faiz hesaplanmadığı ve bu suretle örtülü kazanç dağıtımında bulunulduğu tespitlerine yer verilerek dava konusu tarhiyat yapılmıştır.

5422 sayılı Kurumlar Vergisi Kanunda düzenlenen örtülü kazanç dağıtımından söz edilebilmesi için, yasal yolun dışında bir kar dağıtımının söz konusu olması ve örtülü olarak yapılan bu kar dağıtımı sonucunda da bir vergi kaybının ortaya çıkması gerekmektedir. Örtülü kazanç dağıtımında esas olarak gerçek işlemi gizleyen ve görünürde olan muvazaalı bir işlem vardır. İncelenen olayda davacı şirket, ortağı olduğu ... Anonim Şirketinin sermaye artırımlarına talebine rüçhan hakkını kullanmak suretiyle katılmıştır. Bu kapsamda, ... Anonim Şirketi 3.1.2002 tarihli yönetim kurulu kararı ile; ortaklarından sermaye taahhüt borcu olanların altı ay içinde taahhütlerini yerine getirmelerinin sağlanması, yapılmakta olan yatırımların Haziran sonu ihtiyacı için yıl sonuna kadar yaklaşık 18 Trilyon kaynak girişini sağlayacak şekilde sermaye artırımları yapılması, bu amaçla şirket ortaklarından sermaye artırım avansı talep edilmesi, şirketten alacaklı olan ortaklara olan borçların ödenmeyerek

sermaye artırım avansı olarak değerlendirilmesi için girişimde bulunulmasına karar vermiştir. Yıl içerisinde bu kararı uygulamaya koyarak emisyon primli hisse ihracı yapmak suretiyle sermaye artırımında bulunma yoluna gitmiş, bu amaçla mahkeme marifetiyle şirketin piyasa değerini tespit ettirerek 1.000.000.-TL itibari değerli, 20.000.000.-TL emisyon primli 850.000 adet hisse ihraç etmek suretiyle sermayesini 31.10.2002 tarihli olağanüstü genel kurul kararıyla 5 Trilyondan 5,850 Trilyona çıkarmıştır. Davacı şirket, emisyon primli olarak 21.000.000.-TL den satışa çıkan hisse senetlerinden 654.000 adetini rüçhan hakkını kullanarak satın almış, buna karşılık olarak ödemesi gereken 13,734 Trilyon hisse bedelini ortağı olduğu şirketten olan ticari alacaklarına mahsup ederek karşılamıştır. Ödenen bu tutarın 654 Milyarı ilgili şirketin sermaye artırımına doğrudan dahil edilmiş, davacının satın aldığı hisse senetlerinin emisyon primine karşılık gelen 13,080 Trilyon lirası ise yine adı geçen şirketin sermaye yedeği olarak kanuni yedekler hesabına kaydedilmiştir. Sermaye artırımında bulunan şirketin artırılan sermayeye takabül eden diğer 196.000 adet hissesi ise bir başka tüzel kişi ortak tarafından satın alınmıştır. ... Anonim Şirketi, sermaye artırımı ile ilgili gerek kanuni prosedürleri tamamlamak için yapılması gereken çalışmaların, gerek her bir hisseye tekabül eden emisyon primini saptamak için şirketin değer tespitinin yapılması çalışmalarının uzayabileceği ihtimali nedeniyle yasal olarak sermaye artırımında bulunmadan yaklaşık 3 ay önce bu tutarları ortaklarından avans olarak talep etmiş, davacı da bu talep doğrultusunda ve sermaye artırımına katıldığı şirketin emisyon primli hisse bedelinde iskonto yapması nedeniyle 31.7.2002 ve 31.8.2002 tarihlerinde adı geçen şirketten olan ticari alacaklarına mahsuben bu şirkete sermaye avansı vermiştir. ... Anonim Şirketinin ikinci sermaye artırımı ise doğrudan iç kaynaklar ile karşılanmış, 9.12.2002 tarihli olağanüstü genel kurul kararıyla ve diğer yasal prosedürleri de tamamlayarak 5,850 Trilyon olan sermayesini 25,650 Trilyona çıkarmıştır. İkinci sermaye artırımı ile artırılan 19,8 Trilyon sermayenin 2,092 Trilyonu geçmiş yıllara ait dağıtılmamış karlardan, 670 Milyarı 213 sayılı Vergi Usul Kanununun mükerrer 298'inci maddesi uyarınca oluşturulan maddi duran varlık değer artış fonundan, 17 Trilyonu sermaye yedeği olarak kanuni yedeklerde bulunan emisyon priminin sermayeye eklenmesinden, 36 Milyarı ise nakden karşılanmış, iç kaynaklarla karşılanan artırılan sermaye tutarına isabet eden hisseler için bedelsiz hisse senedi çıkarılmış ve her bir ortağa hisseleri oranında verilmiştir.

Anonim şirketler Türk Ticaret Kanununun 269'uncu maddesinde; bir ünvana sahip, esas sermayesi muayyen ve paylara bölünmüş olan ve borçlarından dolayı yalnız mameleki ile mesul bulunan şirket olarak tanımlanmıştır. Anonim şirketlerde esas sermayenin bir parçası olan pay, esas sermayenin, belirli sayıda birim değere bölünmüş olan bir parçasını ifade eder. Diğer bir ifade ile payların toplamı veya payların bölüm sayısı ile çarpılması esas sermayeyi verir. Türk Ticaret Kanunu sistemine göre itibari değersiz pay verilemez. Kanun her payın itibari değerinin bulunmasını şart koşar. Ancak paylar itibari değerlerinin üstünde bir bedelle taahhüt edilecek şekilde de çıkarılabilirler. İtibari değer üzerindeki farka prim, böyle paylara da primli paylar denir. Türk Ticaret Kanununun 286'ncı maddesinde düzenlenen primli paylara ilişkin prim yine aynı Kanunun 466'ncı maddesine göre kanuni yedek akçelere eklenir. Anonim şirketler primli pay çıkararak, dağıtılmayan karlar ile diğer yedek akçeleri belirli bir oranda paraya dönüştürür ve eski pay sahipleri ile yenileri arasında dengeyi sağlarlar. Bu nedenle prim, şirket açısından bir kazanç niteliğinde değildir. Sermaye artırımının anonim şirketin serbestçe kullanabileceği yedek akçelerden veya yeniden değerlendirme fonundan yapılması halinde, yeni payların karşılıklarını, yani bedellerini özvarlık oluşturur. Bu paylar sahiplerine bedelsiz verilirler. Pay sahibi, yedek akçelerin ve yeniden değerlendirme fonunun esas sermayeye dönüştürülmesi ile oluşan yeni payları, oransallık ilkesine göre edinmek hakkına sahiptir. Pay sahipleri bunlar için bir bedel ödemezler. Bu haklar rüçhan hakkı gibi nitelendirilemeyeceğinden rüçhan hakkının sınırlandırılmasına imkan veren Türk Ticaret Kanununun 394'üncü maddesinin bunlara uygulanma olanağı da yoktur. Bu nedenle pay sahibinin bu hakkından yoksun bırakılması veya hakkının sınırlandırılması

geçersiz olur. Anonim şirketlerde yeni pay almada öncelik (rüçhan) hakkı Türk Ticaret kanunun 394'üncü maddesinde düzenlenmiştir. Maddede, pay sahiplerinden herbirinin yeni hisse senetlerinden şirket sermayesindeki payı ile mütenasip miktarını alabileceği düzenlemesine yer verilmiştir. Buna göre, pay sahipleri, esas sermayenin artırılması sırasında yeni payları, katılma paylarının esas sermayeye oranı miktarında öncelikle alma hakkına sahiptirler.

İncelenen olayda davacı şirketin ortağı olduğu anonim şirket ihtilafı döneminde iki kez sermaye artırımında bulunmuş, bunların birincisini primli hisse senedi ihraç etmek suretiyle diğerini de iç kaynaklara yönelerek bedelsiz hisse çıkarmak suretiyle karşılamıştır. Davacı birinci sermaye artırımına rüçhan hakkını da kullanmak suretiyle doğrudan katılmış, ikincisinde ise payına düşen bedelsiz hisse senedini alarak iştirak etmiştir. Yapılan bu işlemler yukarıda izah edilen şekilde ticaret hukuku mevzuatımıza uygun olarak ve kanuni vecibeler yerine getirilerek gerçekleştirilmiştir. Dolayısıyla önceki kısımda değinmiş olduğumuz örtülü kazancın varlığının tespiti için aranan muvazaalı işlem ihtilafa konu edilen iş ve işlemlerde karşımıza çıkmamaktadır. Gerek sermaye artırımında bulunan şirketin bu kapsamda yaptığı işlemler gerek davacının bu işlemlere müdahil olarak sermaye artırımına katılması gerçek mahiyette ve hukuka uygun olarak yapılmış işlemlerdir. ... Anonim Şirketinin sermaye artırımına yüksek oranda katılan davacı şirketin ortağı olduğu şirketteki payının aynı oranda artmaması birinciye göre çok daha fazla tutarlı olan ikinci sermaye artırımının iç kaynaklardan bedelsiz hisse senedi verilmesi yoluyla gerçekleştirilmesinden kaynaklanmaktadır. Bilindiği üzere, kurumlar tarafından iç kaynaklar kullanılmak suretiyle sermaye artırımına gidildiği durumlarda, artırılan sermayeyi temsil etmek üzere yukarıda da belirtildiği gibi ortaklara bedelsiz iştirak hisseleri veya hisse senetleri verilmektedir. Bu tür sermaye artırımları kurumların iç kaynaklarını oluşturan sermaye yedekleri veya kar yedeklerinden karşılanmaktadır. Bunlardan sermaye yedekleri, hisse senedi ihraç primleri, iptal edilen ortaklık payları, iktisadi kıymetlerin yeniden değerlendirilmesi veya maliyet artışına konu edilmesi sonucu oluşan fonlardan meydana gelir. Bunların sermayeye ilavesiyle sermayede reel anlamda bir artış meydana gelmez.

Dava konusu tarhiyatın dayanağı inceleme raporunda ileri sürülen bir diğer eleştiri de hukuk sistemimizde sermaye avansı gibi bir uygulamanın bulunmadığı hususudur. Gerçekte Yabancı Sermaye Çerçeve Kararı Hakkında 3 sayılı Tebliğle değişik 2 sayılı Tebliğin 6'ncı maddesinde belirtilen, mevcut yabancı sermayeli kuruluşların ileri bir tarihte yapacakları sermaye artışı için yabancı ortaklardan sermaye avansı kullanmalarının serbest olduğu yolundaki düzenlemeden başka hukuk sistemimizde bu hususa ilişkin doğrudan bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak, iç hukukumuzda bu yönde bir düzenlemenin getirilmemiş olması ticari hayatın olağan akışına uygun ve ticari icaplarla bağdaşır nitelikte görülen bu uygulamanın hukuk dışı olduğu sonucunu doğurmaz. Nitekim Danıştay Dördüncü Dairesi 4.11.1998 günlü ve E:1998/2191, K:1998/3909 sayılı kararında, verilen sermaye avanslarının geri çekilmeden makul bir sürede sermayeye dönüşmesi halinde sermaye avansı verilebileceği sonucuna varmıştır. Buradaki makul süre doktrinde tartışılmakla birlikte olayda olduğu gibi davacı tarafından verilen sermaye avansının yaklaşık üç ay gibi bir sürede sermaye artırımını yapılarak sermayeye ilave edildiği dikkate alındığında bu üç aylık sürenin kabul edilebilir makul süre olduğu sonucuna ulaşılmaktadır.

Sonuç olarak davacının sermaye avansı olarak ortağı bulunduğu ... Anonim Şirketinden olan ticari alacaklarına mahsuben bu şirkete aktardığı tutarlar bu şirketin sermaye artırımına katılmaya yönelik olarak verildiğinden, bu amaçla yapılan işlemler kanuni prosedür tamamlanarak ve kanuna uygun olarak yapıldığından ortada davacı tarafından ortağı olduğu şirketin kullanımına bedelsiz olarak bırakılmış bir paradan, dolayısıyla örtülü olarak dağıtılmış bir kazançtan söz etmeye olanak bulunmamaktadır. Bu nedenle örtülü kazanç dağıtımında bulunulduğu yolunda düzenlenen inceleme raporuna dayalı olarak

yapılan tarhiyatta ve tarhiyata karşı açılan davayı reddeden Mahkeme kararında da hukuka uyarlık görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle davacının temyiz isteminin kabulü ile temyize konu Vergi Mahkemesi kararının bozulması gerektiği düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Dördüncü Dairesince, duruşma için belirlenen 17.6.2009 gününde gelen davacı şirket vekili Av. ... ile davalı İdareyi temsilen Hukuk Müşaviri ...'ın açıklamaları dinlendikten, Danıştay Savcısının düşüncesi alındıktan ve taraflara son söz verildikten sonra işin gereği görüldü:

Davacı adına 2002 yılına ilişkin olarak re'sen salınan kurumlar vergisi, hesaplanan fon payı ve kesilen vergi ziyaı cezasının kaldırılması istemiyle açılan davayı reddeden Vergi Mahkemesi kararının temyizen incelenerek bozulması istenilmektedir.

Uyumsuzluk, davacı şirketin hissedarı olduğu ... Anonim Şirketine, bu şirketten olan ticari alacaklarına mahsuben verdiği sermaye avansı için faiz hesaplamayarak ve satın aldığı emisyon primli hisse senetlerinin nominal bedeli üzerindeki tutarının daha sonra yapılan sermaye artırımında sermayeye ilave edilip tüm ortaklara hissesi oranında hisse senedi verilmesi suretiyle örtülü kazanç dağıtımında bulunup bulunmadığına ilişkindir.

İhtilafli dönemde yürürlükte olan 5422 sayılı Kurumlar Vergisi Kanunu'nun 17 nci maddesinin 1 nci fıkrasında, şirket, kendi ortakları, ortaklarının ilgili bulunduğu gerçek ve tüzel kişiler idaresi, murakabesi veya sermayesi bakımlarından vasıtalı vasitasız olarak bağlı bulunduğu veya nüfuzu altında bulundurduğu gerçek ve tüzel kişiler ile olan münasebetlerinde emsaline göre göze çaracak derecede yüksek veya düşük fiyat veya bedeller üzerinden yahut bedelsiz olarak alım, satım, imalat, inşaat muameleleri ve hizmet ilişkilerinde bulunursa; aynı maddenin 3 üncü fıkrasında ise şirket, 1 numaralı fıkra yazılı kimselerle olan münasebetlerinde emsaline göre göze çaracak derecede yüksek veya düşük faiz ve komisyonlarla ödünç para alır veya verirse, kazancın tamamen veya kısmen örtülü olarak dağıtılmış sayılacağı hükme bağlanmıştır.

İhtilafın çözümü, davacının ... Anonim şirketinde sermaye artırım avansı olarak bıraktığı ticari alacakları için faiz işletmesi gerekip gerekmediği ve bırakılan sermaye taahhüt avansının bir kısmının gerçek kişi ortaklara aktarılıp aktarılmadığı hususlarının ayrı ayrı değerlendirilmesini gerektirmektedir.

Emisyon primi, hisse senetlerinin itibarı değerinden fazla bir değerle çıkarılması halinde söz konusu olup, itibari değer ile payın çıkarıldığı değer arasındaki farkı ifade eder. Hisse senedi çıkarılması yolu ile şirket malvarlığı dışından bir kaynak yaratılmak suretiyle sermaye artırımlıdır. Emisyon primli hisse senedi ihracı yoluyla sermaye artırımında amaçlanan, sermaye artırımına katılan ortaklar tarafından nominal bedelle alınabilecek hisse senedi adedi, emisyon primli bedelle alacakları hisse senedi adedinden daha fazla alacağından, malvarlığı sermayesinden daha fazla olan şirketteki sermaye artırımına katılmayan pay sahiplerinin zarara uğramamasıdır. Emisyon primli hisse senedi alan ortağın şirkette sahip olduğu hisse senedi sayısı artacağından ve bu hisse senetlerini yine rayiç değeri üzerinden devredebileceğinden, bu işlem nedeniyle zarara uğradığının kabulü mümkün değildir. Kaldı ki Türk Ticaret Kanunu'nun 466 ncı maddesinde, hisse senetlerinin çıkarılmasında, çıkarma masrafları indirildikten sonra itibari kıymetten fazla olarak elde edilen hasılatların itfalara ve yardım ve hayır işlerine sarf edilmeyen kısmının kanuni yedek akçe olarak ayrılacağı belirtilerek emisyon primli hisse senedi satışına izin verilmiştir.

Dosyada mevcut 4.6.2002 tarihli bilirkişi raporunda ... Anonim Şirketinin rayiç değeri 31.12.2001 tarihli itibarıyla 117.754.704.696.705 TL olarak tespit edilmiştir. Buna göre davacı şirketin her bir hissesinin rayiç değeri 31.12.2001 itibarıyla yaklaşık 23.551.000 TL'dir.

Davacı tarafından 31.7.2002 ve 31.8.2002 tarihlerinde sermaye avansına dönüştürülen ticari alacaklara karşılık her biri 21.000.000 TL bedelli 654.000 adet hisse senedi satın alınmış,hisse senetleri toplam bedelinin nominal bedel karşılığı olan kısmı sermayeye eklenmiş, kalanı kanuni yedek akçe olarak ayrılmıştır.

Dolayısıyla sermaye artırımının gerçekleştiği 1.11.2002 tarihinden 11 ay öncesi için belirlenmiş olan rayiç değer in altında bir fiyatla hisse senedi satın almış olan davacının, sermaye avansının sermayeye dönüştüğü süre de dikkate alındığında, verdiği sermaye avansının bir kısmı için üç aylık, kalanı için iki aylık faiz işletmemek suretiyle örtülü kazanç dağıtımında bulunduğu kabulü mümkün değildir.

Davacının, sermaye avansı olarak verdiği paranın bir kısmının diğer ortaklara kullandırılması suretiyle örtülü kazanç dağıtımında bulunup bulunmadığı hususuna gelince;

Raporda yer alan eleştirinin temelinde,davacı tarafından 1.11.2002 tarihinde yapılan sermaye artırımında ödediği toplam hisse senedi bedelinin emisyon primine isabet eden ve kanuni yedek akçe olarak ayrılan kısmının daha sonra gerçekleştirilen sermaye artırımında sermayeye eklenerek bu tutara isabet eden hisse senetlerinin nominal bedeli üzerinden tüm paydaşlara hisseleri oranında bedelsiz olarak verilmesi yatmaktadır. Bir diğer ifadeyle, nominal değer üzerinden çıkarılan hisse senetlerinin bedelinin davacının ödemiş olduğu emisyon primi bedellerinden karşılandığı ileri sürülerek bu husus eleştiri konusu yapılmıştır.

Türk Ticaret Kanunu'nun 466 ncı maddesinde hisse senetlerinin çıkarılmasında çıkarma masrafları indirildikten sonra itibari kıymetler fazla olarak elde edilen hasılatların itfalara veya yardım ve hayır işlerine sarf edilmeyen kısmının kanuni yedek akçe olarak ayrılması öngörüldüğünden davacı tarafından ödenen emisyon primi bedelinin kanuni yedek akçe olarak ayrılması yasal bir zorunluluktur. Yedek akçelerden yapılan sermaye artırımında ise şirkete nakdi veya aynı bir katılım sözkonusu olmadığından şirketin malvarlığında bir büyüme meydana gelmemektedir. Özkaynaklardan yapılan sermaye artırımında yeni çıkarılan payların karşılığını yedek akçeler oluşturmaktadır. Bu şekilde yapılan sermaye artırımında pay sahipleri, oluşan yeni payları oransalılık ilkesine göre edinme hakkına sahiptir.

Dolayısıyla, inceleme raporunda yer alan, kanuni yedek akçe olarak ayrılması zorunlu olan emisyon primi bedeli karşılığında çıkarılan hisse senetlerinin tüm ortaklara hisseleri oranında bedelsiz olarak verilmesine yönelik eleştiride ve buna istinaden matrah farkı bulunmasında isabet görülmemiştir.

Sonuç olarak emisyon primli olarak rayiç değerinin altında bir bedelle hisse senedi alan davacının vermiş olduğu sermaye avansları için iki ve üç aylık dönemlerde faiz hesaplamadığı ve ödenen emisyon prim bedellerinin bir kısmının diğer ortaklara hisse senedi alımında karşılıksız olarak kullanıldığı ileri sürülerek yapılan tarhiyatta ve bu tarhiyatın kaldırılması istemiyle açılan davayı reddeden Mahkeme kararında hukuka uyarlık görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle, temyiz isteminin kabulüyle İstanbul 9.Vergi Mahkemesinin 7.7.2008 günlü ve E:2007/781, K:2008/32100 sayılı kararının bozulmasına esasta ve gerekçe de oyçokluğuyla 17.6.2009 gününde karar verildi.

KARŞI OY

X- Temyiz dilekçesinde öne sürülen hususlar, temyize konu mahkeme kararının bozulmasını sağlayacak nitelikte bulunmadığından temyiz isteminin reddi gerektiği görüşüyle karara karşıyım.

KARŞI OY

XX- Davacı adına 2002 yılı için re'sen salınan kurumlar vergisi, hesaplanan fon payı ve kesilen vergi ziyai cezasının kaldırılması istemiyle açılan davayı reddeden vergi mahkemesi kararı temyiz ilişkindir.

Dosyanın incelenmesinden, davacının ... Anonim Şirketinden mevcut ticari alacaklarını bu şirketin sermayesinin artırılmasında kullanılmak üzere sermaye avansı olarak bırakılması ve emisyon primli hisse senedi satışı yoluyla yapılan sermaye artırımını sonrası oluşan ve kanuni yedek akçelere ayrılan emisyon prim bedellerinin öz kaynaklardan yapılan ikinci bir sermaye artırımına katılmayan ortaklara şirketteki pay oranına göre hisse senedi dağıtılması yolu ile bu tutara faiz hesaplamamak suretiyle örtülü kazanç dağıtımında bulunduğu ileri sürülerek dava konusu tarhiyatın yapıldığı anlaşılmıştır.

... Anonim Şirketinin 10.12.2002 tarihinde tescil ve 13.12.2002 tarihinde ilan olunan 9.12.2002 tarihli olağanüstü genel kurul kararı uyarınca özkaynaklarından yapmış olduğu sermaye artırımının bir kısmının karşılığını davacının ilk sermaye artırımında emisyon primi bedeli olarak ödediği ve kanuni yedek akçelere ayrılmış olan tutar oluşturmakta olup ikinci sermaye artırımına katılmayan ortaklara dağıtılan hisse senetlerinin belirtilen tutara isabet eden kısmı, bu ortaklara karşılıksız olarak kullandırılmış ise de, davacı tarafından ... Anonim Şirketinde bırakılan ticari alacaklardan sermaye artırımında kullanılmak üzere vazgeçilmiş olması ve 31.7.2002 ve 31.8.2002 tarihlerinde avans olarak bırakılan meblağların tamamının 10.12.2002 tarihinde sermayeye dönüştürülmüş olması karşısında, davacı tarafından ... Anonim şirketinde sermaye artırım avansı olarak bırakılan ve makul süre içerisinde sermayeye dönüştürülen tutar için faiz hesaplanmamasının örtülü kazanç dağıtımı olarak kabulü mümkün olmadığından, dava konusu tarhiyatta hukuka uyarlık bulunmamaktadır.

Bu nedenle, temyiz isteminin kabulüyle Mahkeme kararının yukarıda belirtilen gerekçeyle bozulması gerektiği oyu ile karara gerekçe yönünden karşıyım.

VERGİ USULÜ

T.C.
DANIŞTAY
Dördüncü Daire
Esas No : 2007/3085
Karar No : 2009/2620

Özeti : Davalı idarenin düzeltme şikayet başvurusu kapsamında incelediği bir konuya ilişkin olan uyuşmazlıkta mahkemece uyuşmazlığın esası hakkında yapılan hukuki değerlendirmenin incelenmesi hakkında.

Temyiz Eden : ...
Vekili : Av. ...
Karşı Taraf : Maliye Bakanlığı Gelir İdaresi Başkanlığı
İstemin Özeti : Davacı tarafından 1996, 1997 ve 1998 yıllarına ilişkin

tarhiyatların ilgili dönemde faaliyette bulunmadığı ileri sürülerek düzeltilmesi talebiyle yapılan düzeltme şikayet başvurusunun reddine ilişkin 8.3.2005 günlü ve 5341 sayılı davalı İdare işleminin iptali istemiyle dava açılmıştır. Ankara 1.Vergi Mahkemesi 11.4.2007 günlü ve E:2006/1085, K:2007/570 sayılı kararıyla; uyuşmazlığın çözümünün davacının mükellefiyetinin ve vergisel yükümlülüklerinin 1994 yılında sona erip ermeyeceğinin vergi Kanunlarının yorumu suretiyle belirlenmesini gerektirdiği, bu belirlemenin açık vergi hatası niteliğinde olmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar vermiştir. Davacı, kararın hukuka aykırı olduğunu ileri sürerek bozulmasını istemektedir.

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

Tetkik Hakimi M.Volkan Uluçay'ın Düşüncesi : Temyiz dilekçesinde öne sürülen hususlar, temyize konu mahkeme kararının bozulmasını sağlayacak nitelikte bulunmadığından temyiz isteminin reddi gerektiği düşünülmektedir.

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

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

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Dördüncü Dairesince gereği görüldü:

Davacı tarafından 1996, 1997 ve 1998 yıllarına ilişkin tarhiyatların ilgili dönemde faaliyette bulunmadığı ileri sürülerek düzeltilmesi talebiyle yapılan düzeltme şikayet başvurusunun reddine ilişkin 8.3.2005 günlü ve 5341 sayılı davalı İdare işleminin iptali istemiyle açılan davayı reddeden Vergi Mahkemesi kararı temyiz edilmiştir.

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 Kanunu'na 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 dava yolundan ayrı olarak Vergi Usul Kanununun 116. ila 126. maddelerinde düzenlenen ve vergi literatüründe "Düzeltilme ve Şikayet Müessesesi" denilen bir idari başvuru yolu öngörmüştür. Bu müessesenin işleyebilmesi, başka bir deyişle, bu yola başvurulabilmesi için ortada bir hukuki ihtilaftan ziyade, 213 sayılı Vergi Usul Kanununun sözügeçen maddelerinde yazılı olan açık "vergi hatası"nın bulunması gerekmektedir. Nitekim anılan Kanunun "Vergi Hatalarını Düzeltme" başlığını taşıyan bu bölümünün 116 ncı 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 nci maddesinde hesap hataları, 118 inci maddesinde ise vergilendirme hataları sayılmış bu maddenin 2 no'lu bendinde mükellefiyette hatanın, açık olarak vergiye tabi olmayan veya vergiden muaf bulunan kimselerden vergi istenmesi veya alınması, 3 no'lu bendinde göre, mevzuata hatanın ise; açık olarak vergi mevzuatına girmeyen veya vergiden müstesna bulunan gelir, servet, madde, evrak ve işlemler üzerinden vergi istenmesi veya alınması olarak açıklanmıştır. Bu düzenlemeler uyarınca tarhiyatta vergi hatası bulunduğu iddia edilmesi halinde mükellefler şikayet yoluna başvurmak suretiyle vergi hatasının giderilmesini yetkili mercilerden isteyebilecekler, isteğin reddi halinde bu işleme karşı dava açabileceklerdir.

Davacı tarafından, 1996, 1997 ve 1998 yıllarına ilişkin tarhiyatların bu yıllarda faaliyetinin bulunmadığı ileri sürülerek yapılan başvuru üzerine davalı idarece, bu iddiaların hukuki ihtilaf kapsamında olduğu gerekçesiyle değil, davacının açık vergi hatası bulunduğu yolundaki iddialarının düzeltme şikayet başvurusuna konu edilebilecek nitelikte olduğu kabul edilmek suretiyle vergi hatası bulunup bulunmadığı incelenerek uyuşmazlık konusu vergilerin kanuna uygun olarak tarh ve tahakkuk ettirildiği gerekçesiyle reddedilmiş olup, davalı idarenin düzeltme şikayet başvurusu kapsamında incelediği bir konuya ilişkin olan uyuşmazlıkta mahkemece uyuşmazlığın idare tarafından uyuşmazlık esası hakkında yapılan hukuki değerlendirmenin incelenmesi gerekirken konunun Vergi Usul Kanununun vergi hatası

ile ilgili 116, 117 ve 118 nci maddeleri kapsamında incelenemeyeceği gerekçesiyle davanın reddedilmesinde hukuka uyarlık bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle, temyiz isteminin kabulüne, Ankara 1.Vergi Mahkemesinin 11.4.2007 günlü ve E:2006/1085, K:2007/570 sayılı kararının bozulmasına, esasta oybirliğiyle gerekçede oyçokluğuyla 22.5.2009 gününde karar verildi.

KARŞI OY

X- Davacı tarafından 1996, 1997 ve 1998 yıllarına ilişkin tarhiyatların ilgili dönemde faaliyeti bulunmadığı ileri sürülerek düzeltilmesi talebiyle yapılan düzeltme şikayet başvurusunun reddine ilişkin 8.3.2005 günlü ve 5341 sayılı davalı İdare işleminin iptali istemiyle açılan davayı reddeden Vergi Mahkemesi kararı temyiz edilmiştir.

213 sayılı Vergi Usul Kanununun 116 ıncı maddesinde, vergiye müteallik hesaplarda veya vergilendirmede yapılan hatalar yüzünden haksız yere fazla veya eksik vergi istenmesi veya alınması vergi hatası olarak tanımlanmış, aynı Kanunun 117 nci maddesinde matrah hataları, vergi miktarında hatalar ve verginin mükerrer olması "hesap hataları" olarak, 118 inci maddesinde ise, mükellefin şahsında hata, mükellefiyette hata, mevzuda hata ve vergilendirme ve muafiyet döneminde hatalar, " vergilendirme hataları" olarak açıklanmıştır.

Dosyanın incelenmesinden, Mahkemenin 25.2.2007 günlü ara kararıyla davalı idareden davacının 1994 yılından itibaren faal olduğuna dair bir inceleme veya tespit bulunup bulunmadığı davacıdan ise işletmenin 1994 yılında kapatıldığı hususundaki bilgi ve belgelerin gönderilmesini istemesi üzerine davacı tarafından 1996 ila 1998 yılları arasında SSK'ya tabi olarak çalıştığına ilişkin ilgili kurumdan alınan sigortalı hizmet cetvelinin dosyaya ibraz edildiği buna karşılık davalı İdarece ilgili dönemde davacının faaliyetine devam ettiğine dair bir tespiti ilişkin herhangi bir belge sunulmadığı ancak çeşitli tarihlerde davacının adreste bulunmadığı yönünde adres tespit tutanaklarının dosyaya sunulduğu anlaşılmıştır.

Dolayısıyla ihtilaflı dönemlerde elektrik taahhüt işiyle uğraşmadığını, ücretli olarak çalıştığını ileri süren ve bu durumu ilgili kurumdaki verileri sigortalı hizmet cetveli ile ortaya koyan davacının faaliyetine devam ettiğine ilişkin idarece yapılmış hukuken geçerli somut bir tespit bulunmadığından uyumsuzluk konusu dönemde faal olmadığı sonucuna varılmıştır.

Bu durum ise 213 sayılı Vergi Usul Kanununun 118 nci maddesinde öngörülen mükellefiyette hata niteliğinde olduğundan davacının şikayet başvurusunun reddine yönelik işlemin iptali gerekirken aksi yönde verilen Mahkeme kararında hukuka uyarlık görülmemiştir.

Bu nedenle, temyiz isteminin kabulüyle Mahkeme kararının yukarıda belirtilen gerekçeyle bozulması gerektiği görüşüyle kararın gerekçesine katılmıyorum.

T.C. DANIŞTAY Dördüncü Daire

Esas No : 2007/1698

Karar No : 2009/2971

Özeti : Kanunen tüzel kişiliği sona ermeyen, başka bir ünvanla ticari faaliyetine devam eden davacı şirketin, ortak yapısının ve ünvanın değiştiği tarihten itibaren bundan önceki dönemlere ilişkin olarak vergisel yükümlülüğün ortadan kalktığının kabulüne hukuken olanak bulunmadığı hakkında.

Temyiz Eden : Çankaya Vergi Dairesi Müdürlüğü
Karşı Taraf : ... Baharat Gıda ve Temizlik Maddeleri
Sanayi ve Ticaret Limited Şirketi

İstem Özet : Ortaklık yapısı ve ticari ünvanı değişen davacı şirket adına 1998 yılı işlemlerinin incelenmesi sonucu 1998/1-7, 9,10 uncu dönemleri için salınan katma değer vergisi ve kesilen kusur ve ağır kusur cezaları ile 1998 yılı için kesilen özel usulsüzlük cezasını kaldırılması istemiyle dava açılmıştır. Danıştay bozma kararı üzerine Ankara 2.Vergi Mahkemesi 19.6.2006 günlü ve E:2006/991, K:2006/921 sayılı kararıyla; Danıştay bozma kararına uyulmayarak dosyanın incelenmesine geçildiği, uyuşmazlığın dava konusu vergi ve cezaların ortaklarının tamamı ve ünvanı 12.1.2001 tarihinden sonra değişen davacı şirketten istenip istenemeyeceğine ilişkin olduğu, 213 sayılı Vergi Usul Kanununun 8 nci maddesinde mükellefin vergi kanunlarına göre kendisine vergi borcu tereddüp eden gerçek veya tüzel kişi olarak tanımlandığı, aynı Kanunun 10 uncu maddesinde tüzel kişilerle küçüklerin ve kısıtlıların, vakıflar ve cemaatler gibi tüzel kişiliği olmayan teşebbüslerin mükellef veya vergi sorumlusu olmaları halinde bunlara düşen ödevlerin kanuni temsilcileri, tüzel kişiliği olmayan teşekkülleri idare edenler ve varsa bunların temsilcileri tarafından yerine getirileceğinin belirtildiği 94 üncü maddesinde de, tüzel kişilerle ilgili tebligatın bunların kanuni temsilcilerine yapılacağına kurala bağlandığı, ... Et ve Gıda Temizlik Maddeleri Sanayi ve Ticaret Limited Şirketi'nin 1998 yılına ait işlemlerinin incelenmesi üzerine tespit edilen matrah farkına isabet vergi ve cezanın Vergi Usul Kanununun 8 nci maddesinde yer alan mükellef tanımına göre hesapları incelenen "... Et ve Gıda Temizlik Maddeleri Sanayi ve Ticaret Limited Şirketine ait olduğunun açık olduğu, bu nedenle dava konusu tarhiyatın anılan şirket adına düzenlenen ihbarnamelerle Vergi Usul Kanununun yukarıda belirtilen 10 ve 94 üncü maddeleri uyarınca bu şirketi temsile yetkili kişilere tebliğ edilmesi gerekirken, 12.1.2001 tarihinde gerçekleşen hisse devri nedeniyle ortakların tamamı ve ticari ünvanı "... Baharat Gıda ve Temizlik Maddeleri Sanayi ve Ticaret Limited Şirketi" olarak değişen tüzel kişilikten istenmesinde yasal isabet görülmediği gerekçesiyle dava konusu tarhiyatın kaldırılmasına karar vermiştir. Davalı İdare, ticaret ünvanının değişmesinin tüzel kişiliğin sona erdiği anlamına gelmediğini, tarhiyatın yasal olduğunu ileri sürerek kararın bozulmasını istemektedir.

Savunmanın Özeti : Savunma verilmemiştir.

Tetkik Hakimî Zübeyde Çelebi'nin Düşüncesi : Temyiz dilekçesinde öne sürülen hususlar, temyize konu mahkeme kararının bozulmasını sağlayacak nitelikte bulunmadığından temyiz isteminin reddi gerektiği düşünülmektedir.

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

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

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Dördüncü Dairesince gereği görüldü:

Ortaklık yapısı ve ticari ünvanı değişen davacı şirket adına 1998 yılı işlemlerinin incelenmesi sonucu 1998/1-7, 9,10 uncu dönemleri için salınan katma değer vergisi ve kesilen kusur ve ağır kusur cezaları ile 1998 yılı için kesilen özel usulsüzlük cezasını kaldırılması istemiyle açılan davada tarhiyatın kaldırılmasına karar veren Vergi Mahkemesi kararı davalı İdare tarafından temyiz edilmiştir.

6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 18 inci maddesinin birinci fıkrasında, ticaret şirketleriyle, gayesine varmak için ticari bir işletme işleten dernekler ve kendi kuruluş

kanunları gereğince hususi hukuk hükümleri dairesinde idare edilmek veya ticari şekilde işletilmek üzere devlet, vilayet, belediye gibi amme hükmi şahısları tarafından kurulan teşekkül ve müesseselerin dahi tacir sayıldığı, 20 inci maddesinin birinci fıkrasında, tacirlerin her türlü borçlarından dolayı iflasa tabi oldukları gibi, kanun hükümlerine uygun olarak bir ticaret unvanı seçmeye ve kullanmaya, işletmelerini ticaret siciline kaydettirmeye ve ticari defterler tutmaya mecbur oldukları, 41 inci maddesinin ilk fıkrasında, her tacirin, ticari işletmesine mütâallik muameleleri ticaret unvanıyla yapmaya ve işletmesiyle ilgili senet ve sair evrakı bu unvan altında imzalamaya, 42 nci maddesinin ilk fıkrasında da her tacirin, ticari işletmenin açıldığı günden itibaren on beş gün içinde ticari işletmesini ve seçtiği ticaret unvanını, işletme merkezinin bulunduğu yer ticaret siciline tescil ve ilan ettirmeye mecbur olduğu, 33 üncü maddesinde, tescil edilmiş hususlarda vukubulacak her türlü değişikliklerin de tescil olunacağı, aynı Kanunun limited şirketleri düzenleyen yedinci faslında yer alan 511 inci maddesinde ise, inceleme sonunda kanuni şartları haiz bulunduğu anlaşılan limitet şirketin, ticaret siciline tescil ve ilan olunacağı, 512 nci maddesinde, şirketin, ticaret siciline tescil ile hükmi şahsiyet kazanacağı, 515 inci maddesinde, mukavelede yapılan her değişikliğin, ilk mukavelede olduğu gibi tescil ve ilan edileceği, mukavelenin değiştirilmesi hakkındaki kararların üçüncü şahıslar hakkında, tescil tarihinden itibaren hüküm ifade edeceği, 550 inci maddesinde, müdürlerin, iflastan gayrı bir sebeple vukubulan infisahı tescil ve ilan edilmek üzere ticaret siciline bildirecekleri öngörülmüştür.

İncelenen dosyada, ... Et ve Gıda Temizlik Maddeleri Sanayi ve Ticaret Limited Şirketi ünvanlı şirketin, 16.4.2001 tarihli ticaret sicili gazetesinde yayımlanan ortaklar kurulu kararı ile ünvanının ... Baharat Gıda ve Temizlik Maddeleri Sanayi ve Ticaret Limited Şirketi olarak değiştirildiği ve yeni faaliyet konusunun belirlendiği, ortaklarının tamamının da hissesini devrettiği, 1998 yılı işlemleri incelenen ... Et ve Gıda Temizlik Maddeleri Sanayi ve Ticaret Limited Şirketinin bir kısım alışlarını sahte faturalarla belgelendirdiği ileri sürülerek faturalara konu katma değer vergisi indirimlerinin reddi suretiyle tarhiyatın yapıldığı ve yeni ünvanı ... Baharat Gıda ve Temizlik Maddeleri Sanayi ve Ticaret Limited Şirketi olan davacı şirket adına düzenlenen vergi ceza ihbarnamelerinin tebliği üzerine davanın açıldığı anlaşılmıştır.

Vergi Mahkemesi, dava konusu vergi ve cezaların ünvan değişikliğinden önceki dönemde temsile yetkili kişilerden istenmesi gerekirken, davacı şirketten istenmesinde yasal isabet görülmediği gerekçesiyle tarhiyatın kaldırılmasına karar vermiş ise de; dosyadaki belgelerden davacı şirketin tüzel kişiliğinin sona ermediği, sadece ortaklık yapısının ve ticaret ünvanının değiştiği görülmüştür. Kanunen tüzel kişiliği sona ermeyen, başka bir ünvanla ticari faaliyetine devam eden davacı şirketin, ortaklık yapısının ve ünvanın değiştiği tarihten itibaren bundan önceki dönemlere ilişkin olarak vergisel yükümlülüğünün ortadan kalktığının kabulü, yukarıda belirtilen yasal düzenleme karşısında mümkün değildir.

Bu durumda, dava konusu tarhiyatın hukuka uygun olup olmadığının incelenmesi gerekirken davacı şirketin, yukarıda belirtilen nedenlerle vergi borcundan sorumlu tutulamayacağı gerekçesiyle davanın reddedilmesinde hukuka uyarlık bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle temyiz isteminin kabulüyle Ankara 2. Vergi Mahkemesinin 19.6.2006 günlü ve E:2006/991, K:2006/921 sayılı kararının belirtilen hususlar yönünden yapılacak inceleme sonucu yeniden karar verilmek üzere bozulmasına 27.5.2009 gününde oybirliğiyle karar verildi.

T.C.
DANIŞTAY
Dördüncü Daire
Esas No : 2007/5632
Karar No : 2009/3225

Özeti : % 100 görme özürlü olan davacının katıldığı ve "...okundu ve doğruluğu anlaşıldıktan sonra müştereken imzalandı" şeklinde açıklamaya yer verilen uzlaşma tutanağında hukuka aykırılık bulunmadığı hakkında.

Temyiz Eden : ...

Karşı Taraf : 30 Ağustos Vergi Dairesi Müdürlüğü

İstemin Özeti : 2001 ve 2002 yıllarında ... Off-Shore Ltd'den elde ettiği faiz gelirini beyan etmeyen davacı adına, 2001 yılı için tarhiyat sonrası, 2002 yılı için tarhiyat öncesi uzlaşma sağlanması üzerine tahakkuk ettirilen gelir vergisi, hesaplanan fon payı ile kesilen vergi ziyai cezasının kaldırılması istemiyle dava açılmıştır. Eskişehir 1.Vergi Mahkemesinin 19.9.2007 günlü ve E:2006/768, K:2007/399 sayılı kararıyla; davacının 2001 ve 2002 yılına ait işlemlerinin incelenmesi sonucu, ... Off-Shore Ltd'den elde ettiği menkul sermaye iradını beyan etmediğinin tespit edildiği, 2001 yılına ilişkin ihbarnamenin davacının isteği üzerine dairede iki polis memuru huzurunda memur eliyle tebliğ edilmesi üzerine uzlaşma talep edildiği ve uzlaşmanın sağlandığı, 2002 yılına ilişkin olarak da tarhiyat öncesi uzlaşmanın sağlandığı, davacı tarafından, %100 görme özürlü olması nedeniyle kendisine uzlaşmayla ilgili olarak imzalatılan belgelerin içeriğinden bilgi sahibi olmadığı ileri sürülerek, uzlaşma sonrası belirlenen vergi, fon payı ve cezanın kaldırılması istemiyle dava açıldığının anlaşıldığı, ancak ihbarnamelerin tebliğ işlemleri, uzlaşma başvurusu ve uzlaşma tutanakları ile uzlaşma süreci dikkate alındığında, davacının bu süreçle ilgili herhangi bir araştırma yapma veya bilgi edinme çabasına girmedigi gibi izlenen prosedürden de yeterli ölçüde bilgi sahibi olduğu sonucuna ulaşıldığı, aksi yöndeki iddianın ise iktisadi, ticari ve sosyal gerçeklerle bağdaşmadığı, bu durumda, davacının görme özrüne rağmen yeterli bilgi sahibi olduğu ve üzerinde uzlaştığı vergi, fon payı ile vergi ziyai cezasına karşı 213 sayılı Kanunun Ek 7 nci maddesi uyarınca dava açma olanağı bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir. Davacı, her iki gözünün de %100 görme özürlü olması nedeniyle uzlaşma tutanaklarının içeriğini bilmeden imzaladığını, ana parasını dahi alamadığı paranın faizinden dolayı vergi tahakkuk ettirilmesinin hukuka uygun olmadığını 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 Erdoğan'ın Düşüncesi : İdare ve vergi mahkemelerince verilen kararların temyizen incelenerek bozulabilmesi için, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 49 uncu maddesinin birinci fıkrasında belirtilen nedenlerin bulunması gerekmektedir.

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

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Dördüncü Dairesince gereği görüldü:

2001 ve 2002 yıllarında ... Off-Shore Ltd'den elde ettiği faiz gelirini beyan etmeyen davacı adına, 2001 yılı için tarhiyat sonrası, 2002 yılı için tarhiyat öncesi uzlaşma sağlanması üzerine tahakkuk ettirilen gelir vergisi, hesaplanan fon payı ile kesilen vergi ziyai cezasının kaldırılması istemiyle açılan davayı reddeden Vergi Mahkemesi kararı davacı tarafından temyiz edilmiştir.

Davacı, her iki gözünün de %100 görme özürülü olması nedeniyle uzlaşma tutanaklarının içeriğini bilmeden imzaladığını, bu nedenle uzlaşmanın hukuka uygun olmadığını ileri sürmekte ise de; dosyada bulunan uzlaşma tutanaklarında, "...okundu ve doğruluğu anlaşıldıktan sonra müştereken imzalandı" şeklinde açıklamaya yer verildiği görüldüğünden davacının bu iddiasında hukuka uyarlık bulunmamaktadır.

Temyiz dilekçesinde ileri sürülen iddialar, bozulması istenilen kararın dayandığı gerekçeler karşısında, yerinde ve kararın bozulmasını sağlayacak durumda görülmemiştir.

Bu nedenle, temyiz isteminin reddine, Eskişehir 1.Vergi Mahkemesinin 19.9.2007 günlü ve E:2006/768, K:2007/399 sayılı kararının onanmasına 4.6.2009 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGILAMA USULÜ

T.C.

DANIŞTAY

Dördüncü Daire

Esas No : 2008/2274

Karar No : 2009/3773

Özeti : Karar düzeltme dilekçesine verilen cevapta karşı karar düzeltme isteminde bulunulamayacağı, diğer yandan eleştiri konusu yapılan faturalar karşılığı ödemelerin banka aracılığıyla yapıldığı ve ilgili belgelerin varlığı karşısında, faturaların sahteliğinden söz edilemeyeceği hakkında.

Kararın Düzeltilmesini İsteyen : ...

Vekili : Av. ...

Karşı Taraf : Dışkapı Vergi Dairesi Müdürlüğü

İstemin Özeti : 2003 yılı işlemleri incelenen davacının bir adet sahte faturayı mükerrer gider kaydettiği ve stoklarını düşük bedelle değerlendirdiğinin tespit edildiği ileri sürülerek 2003 yılı 1-3, 4-6, 7-9, 10-12 nci dönemleri için re'sen salınan geçici vergiyle kesilen vergi ziyai cezasının kaldırılması istemiyle dava açılmıştır. Ankara 4.Vergi Mahkemesi, davanın mükerrer kaydedilen fatura bedeli üzerinden tarh edilen geçici verginin üç katına isabet eden vergi ziyai cezasına ilişkin kısmının reddine, mükerrer kaydedilen fatura bedeli üzerinden tarh edilen geçici vergi ile stokların eksik değerlemeye tabi tutulduğu ileri sürülerek bulunan matrah farkı üzerinden yapılan cezalı tarhiyatın kaldırılmasına karar vermiştir. Tarafların temyiz istemi, Danıştay Dördüncü Dairesinin 18.12.2007 günlü ve E:2006/5038, K:2007/4231 sayılı kararıyla reddedilmiştir. Davacı mal alışlarının gerçek olduğunu ileri sürerek kararın düzeltilmesini istemektedir.

Savunmanın Özeti : Davacının karar düzeltme isteminin reddini istemektedir.

Tetkik Hakimi Erkan Kunduracı'nın Düşüncesi : Kararın düzeltilmesi istemini içeren dilekçede öne sürülen hususlar, kararın düzeltilmesini sağlayacak nitelikte bulunmadığından istemin reddi gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı İbrahim Erdoğan'ın Düşüncesi : Kararın düzeltilmesi dilekçesinde ileri sürülen hususlar, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 54 üncü maddesinde yazılı nedenlerden hiçbirisine uymadığından istemin reddi gerekeceği düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Dördüncü Dairesince gereği görüldü:

Karar düzeltme dilekçesinde ileri sürülen sebepler Danıştay Dördüncü Dairesinin 18.12.2007 günlü ve E:2006/5038, K:2007/4231 sayılı kararın düzeltilmesini gerektirecek nitelikte görüldüğünden, söz konusu karar kaldırıldıktan sonra tarafların temyiz istemi yeniden incelendi:

Davalı İdare tarafından, karar düzeltme dilekçesine cevap süresi içinde karar düzeltme isteminde bulunulmuştur. Ancak, Danıştay'ca ilk derece veya idare ve vergi mahkemelerinin verdikleri kararların temyizi üzerine verilen kararlar hakkında taraflarca kararın düzeltilmesi yoluna başvurulabilmesine bir defaya mahsus olmak üzere kararın tebliğ tarihini izleyen on beş gün içinde olanak tanıyan söz konusu 54 üncü madde hükmü karşısında, on beş günlük süreden sonra karar düzeltme dilekçesine cevap verme suretiyle karar düzeltme yoluna başvurulamayacağı, açık olduğundan davalı İdarenin karar düzeltme isteminin incelenmesi mümkün değildir.

Diğer taraftan, Vergi Kanunlarının uygulanması ve İspatın düzenlendiği Vergi Usul Kanunu'nun 3 üncü maddesinin (B) bendinde, vergilemede vergiyi doğuran olay ve bu olaya ilişkin muamelelerin gerçek mahiyetinin esas olduğu, gerçek mahiyetin, yemin hariç her türlü delil ile ispatlanabileceği, iktisadi, ticari ve teknik icaplara uymayan veya olayın özelliğine göre normal ve mutad olmayan bir durumun iddia edilmiş olması halinde ispat külfetinin bunu iddia edene düşeceği belirtilmiştir.

Dosyanın incelenmesinden, işlemleri incelenen davacı adına, ... ve'dan ... aldığı faturaların sahte olduğu ileri sürülerek katma değer vergisi indirimlerinin reddi suretiyle re'sen cezalı katma değer vergisi tarhiyatı yapıldığı, tarhiyata karşı açılan davayı Mahkemenin, faturaları veren mükellefler hakkında düzenlenen raporlardaki tespitlerden hareketle faturaların sahte olduğu sonucuna ulaşarak kısmen reddettiği anlaşılmıştır.

Dava dosyasına temyiz aşamasında eklenen ve davacının ... ve ...'a yaptığı ödemelere ilişkin banka dekontları, tediye makbuzları ve ödemelerin muhtelif bankalara ait çeklerle yapıldığını gösterir banka bireysel müşteri hesap hareketlerine ilişkin dökümler ile davacının kaçakçılık suçundan yargılandığı Asliye Ceza Mahkemesince yaptırılan bilirkişi raporunun incelenmesinden, davacı tarafından ...'a yapılan toplam ödemenin %79' unun, ...'a yapılan ödemelerin ise %36'sının bankalar aracılığıyla yapıldığı tesbit edildiğinden, davacının fatura içeriği emtiaları gerçekten adı geçen kişilerden aldığı ve katma değer vergisini ödediği sonucuna ulaşılmış olup bu durumun aksi davalı İdarece ispat edilmesi gerektiğinden ve ispat yükü kendisine düşen İdare ise bu yönde bir kanıt sunmadığından Mahkemece tarhiyatın kaldırılması gerekirken aksi yönde verilen kararda hukuka uyarlık bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle davacının temyiz isteminin kabulüyle Ankara 4.Vergi Mahkemesinin 28.6.2006 günlü ve E:2005/1406, K:2006/865 sayılı kararının redde ilişkin kısmının bozulmasına oyçokluğuyla, davalı idarenin karar düzeltme isteminin incelenmeksizin reddine oybirliğiyle, 30.6.2009 gününde karar verildi.

KARŞI OY

X- Davacının kararın düzeltilmesi istemini içeren dilekçede öne sürdüğü hususlar, kararın düzeltilmesini sağlayacak nitelikte bulunmadığından istemin reddi gerektiği görüşüyle kararın bu kısmına karşıyım.

BEŞİNCİ DAİRE KARARLARI

MEMURLAR VE DİĞER KAMU GÖREVLİLERİ

T.C.
DANIŞTAY
Beşinci Daire

Esas No : 2007/3519
Karar No : 2009/1250

Özeti : Memurların kurumlararası nakillerini düzenleyen 657 sayılı Kanunun 74. maddesi hükmüne göre, bazı koşulları taşıyan memurların unvan değişikliği de yapılmak suretiyle kurumlar arasında yer değiştirmelerinin mümkün olduğu; Devlet Memurları Görevde Yükselme ve Unvan Değişikliği Yönetmeliği ile bu Yönetmeliğe dayalı olarak çıkarılan kurumların aynı adlı yönetmeliklerindeki hükümlerin, kanun hükmünün uygulanmasını engellemeyeceği hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan (Davacı) : ...

Karşı Taraf : Adalet Bakanlığı

İsteğin Özeti : Malatya İdare Mahkemesi'nin 21.2.2007 günlü, E:2006/2715, K:2007/84 sayılı kararının dilekçede yazılı nedenlerle temyizen incelenerek bozulması isteminden ibarettir.

Cevabın Özeti : Cevap verilmemiştir.

Danıştay Tetkik Hakimi : Işın Aka Delice

Düşüncesi : İdare Mahkemesi kararının bozulması gerektiği düşünülmüştür.

Danıştay Savcısı : Metin Gürz

Düşüncesi : İdare ve vergi mahkemelerince verilen kararların temyizen incelenerek bozulabilmesi için, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 49. maddesinin birinci fıkrasında belirtilen nedenlerin bulunması gerekmektedir.

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

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Beşinci Dairesi'nce işin gereği düşünüldü:

Dava; Malatya Adliyesi'nde zabıt katibi olarak görev yapan davacının, İnönü Üniversitesi Kimya Mühendisliği Bölümü mezunu olduğunu belirterek, Antalya Adli Tıp Kurumu Kimya İhtisas Dairesi bünyesinde boş bulunan Kimya Mühendisliği kadrolarından birine atanması istemiyle yaptığı başvurusunun reddine ilişkin Adli Tıp Kurumu Başkanlığı'nın 4.10.2006 günlü, 8646 sayılı işlemin iptali istemiyle dava açılmıştır.

Malatya İdare Mahkemesi'nin 21.2.2007 günlü, E:2006/2715, K:2007/84 sayılı kararıyla; gerek Kamu Kurum ve Kuruluşlarında Görevde Yükselme ve Unvan Değişikliği Esaslarına Dair Genel Yönetmeliği, gerekse Adli Tıp Kurumu Personeli Görevde Yükselme ve Unvan Değişikliği Yönetmeliği uyarınca memurların kurumları dışında diğer kurum ve kuruluşlarına, aynı unvana veya bu unvanın bulunduğu aynı gruptaki diğer unvanlara veya

daha alt gruptaki unvanlara Devlet Memurları Kanunu'nun kurumlararası nakli düzenleyen hükümlerine göre atanabilecekleri düzenlenmişken, unvan değişikliği mahiyetindeki kurumlararası nakiller ile ilgili olarak ise genel hükümlere yollamada bulunulmayıp bu tarz atamaların eğitime tabi tutulmaksızın yapılacak unvan değişikliği sınavı sonundaki başarıya göre gerçekleştirileceği; bu sınava katılacaklarda kurumda veya öğrenim durumları ile ilgisi bulunmayan görevlerde belirli süre hizmet yapmış olma şartı aranmayacağına belirtildiği, öte yandan, unvan değişikliği sonucunu doğuracak bir kurumlararası atamanın, sınav şartı öngörülmeden sadece genel hükümlere göre yapılmasının Devlet Memurları Kanunu'nda öngörülen "liyakat" ilkesine de aykırı olacağı, dolayısıyla, gördüğü öğrenim sonucu olarak kimya mühendisliği unvanını kazanan ancak Malatya Adliyesi'nde zabıt katipliği kadrosunda görev yapan davacının, kimya mühendisliği kadrosuna atanmasının sınıf ve unvan değişikliği niteliğinde olması nedeniyle davalı idarece ihtiyaç halinde açılacak sınıf ve unvan değişikliği sınavında başarılı olması gerektiği, bu nedenle doğrudan kimya mühendisliği kadrosuna atanma istemiyle yaptığı başvurunun reddi yolundaki dava konusu işlemde hukuka aykırılık bulunmadığı gerekçesiyle dava reddedilmiştir.

Davacı, atanmak istediği kurumun personeli olmadığından anılan kurumun unvan değişikliği sınavına giremeyeceğini, bu nedenle 657 sayılı Yasa'nın 74. maddesi uyarınca mühendis olarak atamasının yapılması gerektiğini ileri sürmekte ve İdare Mahkemesi kararının temyizen incelenerek bozulmasını istemektedir.

657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun "Memurların bir kurumdan diğerine nakilleri" başlıklı 74.maddesinin ilk fıkrasında "Memurların bu Kanun'a tabi kurumlar arasında, kurumların muvafakatı ile kazanılmış hak dereceleri üzerinden veya 68. maddedeki esaslar çerçevesinde derece yükselmesi suretiyle, bulundukları sınıftan veya öğrenim durumları itibarıyla girebilecekleri sınıftan bir kadroya nakilleri mümkündür." hükmü yer almaktadır.

Adli Tıp Kurumu Personeli Görevde Yükselme ve Unvan Değişikliği Yönetmeliği'nin "Amaç" başlıklı 1. maddesinde; "Bu Yönetmeliğin amacı, liyakat ve kariyer ilkeleri çerçevesinde hizmet gerekleri ve personel planlaması esas alınarak, Adalet Bakanlığı Adli Tıp Kurumu personelinin görevde yükselme ve unvan değişikliklerine ilişkin usul ve esasları belirlemektir." hükmüne, "Kapsam" başlıklı 2. maddesinde; "Bu Yönetmelik, Adalet Bakanlığı Adli Tıp Kurumu'nda 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'na tabi olarak görev yapan Devlet memurlarından bu Yönetmelikte belirtilen görevlere yükselme ve unvan değişikliği suretiyle asaleten atanacak personeli kapsar." hükmüne yer verilmiştir.

Memurların kurumlar arası nakillerini düzenleyen 657 sayılı Kanun'un 74. maddesi hükmüne göre, bazı koşulları taşıyan memurların unvan değişikliği de yapılmak suretiyle kurumlar arasında yer değiştirmeleri mümkün olup, Devlet Memurları Görevde Yükselme ve Unvan Değişikliği Yönetmeliği ile bu Yönetmeliğe dayalı olarak çıkarılan Kurumların aynı adlı Yönetmeliklerindeki hükümlerin Kanun hükmünün uygulanmasını engellemesi söz konusu değildir.

Dosyanın incelenmesinden; Malatya Adliyesi'nde zabıt katibi olarak görev yapan davacının, İnönü Üniversitesi Mühendislik Fakültesi Kimya Mühendisliği Bölümü'nden mezun olması nedeniyle 657 sayılı Yasa'nın 74. maddesi uyarınca Antalya Adli Tıp Kimya İhtisas Dairesi Başkanlığı'na kimya mühendisi kadrosuna atanma isteminde bulunduğu, davalı idarece isteminin Devlet Personel Başkanlığı'nın 15.3.2006 günlü, 3657 sayılı yazısı dikkate alınarak kurumlarına mühendis unvanı ile atanabilmesi için kurumları unvan değişikliği sınavında başarılı olması gerektiğinden bahisle 4.10.2006 günlü dava konusu işlemle reddedildiği anlaşılmaktadır.

657 sayılı Yasa'nın 74. maddesinin, memurların kurumların muvafakatı şartı ile öğrenim durumları itibarıyla unvanları da değiştirilmek suretiyle başka kurumdaki bir kadroya nakillerine olanak sağlaması karşısında, davacının Adli Tıp Kurumu'na kimya mühendisi olarak atanma isteminin, davalı idarece kadro ve ihtiyaç durumu gözetilerek anılan Yasa'nın

74. maddesine göre değerlendirilmek suretiyle işlem kurulması gerekirken, unvan değişikliği sınavında başarılı olması gerektiğinden bahisle isteminin reddine ilişkin olarak kurulan işlemde hukuka uyarlık, davanın reddi yolundaki Mahkeme kararında ise hukuki isabet bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle, davacının temyiz isteminin kabulüyle Malatya İdare Mahkemesi'nin 21.2.2007 günlü, E:2006/2715, K:2007/84 sayılı kararının 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 49. maddesinin 1/b. fıkrası uyarınca bozulmasına, aynı maddenin 3622 sayılı Kanun'la değişik 3. fıkrası gereğince ve yukarıda belirtilen hususlar da gözetilerek yeniden bir karar verilmek üzere dosyanın adı geçen Mahkeme'ye gönderilmesine, Mahkemece bozma kararına uyularak karar verilmesi halinde, dava konusu işlemin hukuka aykırı olduğuna dair kararın, davacının doğrudan Adli Tıp Kurumu'nda mühendis kadrosuna atanması sonucunu doğuran bir karar olmayıp, davacının, atanma isteğinin, atanmak istediği kurumun unvan değişikliği sınavına girmesinin zorunlu bulunduğu gerekçesiyle reddedilemeyeceği, isteğin 657 sayılı Kanun'un 74. maddesine göre değerlendirilmesi gerektiğine, dolayısıyla bu haliyle işlemin hukuki dayanağının doğru tespit edilmediğine ilişkin olduğunun vurgulanmasına, 11.3.2009 tarihinde oyçokluğuyla karar verildi.

KARŞI OY

X- 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun "Memurların bir kurumdan diğerine nakilleri" başlıklı 74. maddesinin ilk fıkrasında "Memurların bu Kanun'a tabi kurumlar arasında, kurumların muvafakatı ile kazanılmış hak aylık dereceleri üzerinden veya 68. maddedeki esaslar çerçevesinde derece yükselmesi suretiyle, bulundukları sınıftan veya öğrenim durumları itibarıyla girebilecekleri sınıftan bir kadroya nakilleri mümkündür." hükmü yer almıştır.

Sözü edilen hükmün uygulanmasında memurların başka bir kurumdaki kadroya atanmaları o kadroya atanma koşullarına sahip olmaları halinde olanaklıdır.

Bu duruma göre, memurların "kurumlararası atama" yoluyla sınıf ve unvan değişikliği suretiyle diğer kuruma atanmalarına olanak bulunmamaktadır.

Hal böyle olunca, zabıt katibi olarak görev yapan davacının, başka bir kurumda mühendis kadrosuna atanması yolundaki başvurusunun reddine ilişkin işlemde hukuka aykırılık görülmemiştir.

Belirtilen nedenle, İdare Mahkemesi kararının onanması gerektiği oyu ile çoğunluk kararına karşıyız.

T.C. DANIŞTAY Beşinci Daire

Esas No : 2008/3691

Karar No : 2009/1553

Özeti : İdarelerin belirli kadrolar için açtıkları görevde yükselme eğitimine katılacakların belirlenmesinde yönetmelikte düzenlenen ölçütler dışında bir ölçüt gözetemeyecekleri; görevde yükselme eğitimine katılma koşulunu taşıyan adaylar arasında herhangi bir nedenle ayırım yapamayacakları hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan (Davacı): ...

Karşı Taraf : Türkiye Cumhuriyeti Devlet Demiryolları İşletmesi Genel Müdürlüğü

Vekili : Av. ...

İsteğin Özeti : Ankara 9. İdare Mahkemesinin 3.10.2007 günlü, E:2007/79, K:2007/1311 sayılı kararının, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunun 49. maddesi uyarınca dilekçede yazılı nedenlerle temyizen incelenerek bozulması isteminden ibarettir.

Cevabın Özeti : İstem reddi gerektiği yolundadır.

Danıştay Tetkik Hakimi : Murat Yurdakök

Düşüncesi : Mahkeme kararının bozulması gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı : Saadet Ünal

Düşüncesi : İdare ve vergi mahkemelerince verilen kararların temyizen incelenerek bozulabilmesi için, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 49 uncu maddesinin birinci fıkrasında belirtilen nedenlerin bulunması gerekmektedir.

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

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Beşinci Dairesince işin gereği düşünüldü:

Dava; TCDD İşletmesi Genel Müdürlüğü 2. Bölge Personel Müdürlüğünde yardımcı hizmetler grubunda şef garson (hizmetli) olarak görev yapan davacı, 21.2.2005-11.3.2005 tarihleri arasında yapılacak Yardımcı Hizmetler Grubundan İdari Hizmetler Grubuna Yükselme Eğitimine katılma isteminin reddine ilişkin 3.2.2005 günlü, 101007 sayılı işlemin iptali istemiyle dava açmıştır.

Ankara 9. İdare Mahkemesinin 3.10.2007 günlü, E:2007/79, K:2007/1311 sayılı kararıyla; TCDD İşletmesi Genel Müdürlüğü ve Bağlı Ortaklıkları Personelinin Görevde Yükselme Esaslarına Dair Yönetmeliğin 11. maddesi ile görevde yükselme eğitimi düzenlenecek kadro ve pozisyonların belirlenmesi konusunda yetkili olan yönetimin, özelleştirilen yemekli vagonlarda çalışan personele yönelik açtığı eğitime, 2. Bölge Müdürlüğünde şef garson olarak çalışan davacının katılmasına hukuken olanak bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir.

Davacı, dava konusu işlemde ve davanın reddi yolundaki İdare Mahkemesi kararında hukuka uygunluk bulunmadığını ileri sürmekte ve İdare Mahkemesi kararının temyizen incelenerek bozulmasını istemektedir.

Kamu Kurum ve Kuruluşlarında Görevde Yükselme ve Unvan Değişikliği Esaslarına Dair Genel Yönetmelik'in "Görevde Yükselme Eğitimine Alınma" başlıklı 9. maddesinin birinci fıkrasında: "Kurumlar, memurlarını bir üst göreve hazırlamak amacıyla, bu görevler için gerekli olan öğrenim düzeyi, hizmet süresi, sicil ve disiplin niteliklerine sahip olma durumlarını da dikkate alarak özel yönetmeliklerinde belirleyecekleri usul ve esaslar çerçevesinde seçmek suretiyle görevde yükselme eğitimine alırlar. Ancak, bu eğitime alınacakların sayısı atama yapılacak boş kadro sayısının üç katını geçemez. Bu eğitimi tamamlayanlar ilgili görevde yükselme sınavına katılmaya hak kazanırlar. Başka kurumlarda veya kendi kurumundaki başka birimlerde aynı görevler için benzer eğitim almış olmaları ve ilgili kurumca kabul edilmesi şartıyla naklen ataması yapılanların bu hakları yeni kurum veya birimlerinde geçerlidir." hükmüne yer verilmiştir. Anılan Yönetmeliğin 15. maddesinde ise; "Kurumlar, bu Yönetmeliğin kapsamına giren görevlere atanacaklarda aranacak öğrenim düzeyi ile hizmet süresi, alt görevlerde bulunma süresi, sicil ve disipline ilişkin şartlar ile bunlar için verilecek görevde yükselme eğitiminin ilanı, şekli, süresi, konuları, ağırlıkları ve kapsama dahil edilecek diğer unvanlar ve bunlara ilişkin seçme kriterlerini, yapılacak sınavlara ilişkin usul ve esaslar ile bu konulara ilişkin diğer hususları Devlet Personel

Başkanlığının olumlu görüşünü alarak çıkaracakları yönetmelikle düzenler." kuralı yer almıştır.

Kamu Kurum ve Kuruluşlarında Görevde Yükselme ve Unvan Değişikliği Esaslarına Dair Genel Yönetmelik'in yukarıda hükmüne yer verilen 15. maddesine dayanılarak 12.6.2004 günlü, 25490 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak çıkarılan ve dava konusu işlem tarihinde yürürlükte olan "Türkiye Cumhuriyeti Devlet Demiryolları İşletmesi Genel Müdürlüğü ve Bağlı Ortaklıkları Personelinin Görevde Yükselme Esaslarına Dair Yönetmelik" in "Görevde Yükselme Eğitimine Alınma" başlıklı 12. maddesinin birinci fıkrasında: "Görevde yükselme eğitimine katılacakların sayısı atama yapılacak boş kadro/pozisyon sayısının (2) katını geçemez. (2) katından az istekli bulunması halinde ise durumu uygun olan bütün personelin eğitimine alınması sağlanır. Duyurulan kadro/pozisyon sayısının (2) katından fazla personelin başvurması halinde Ek-1 Değerlendirme Formunda belirtildiği şekilde puanlama yapılmak suretiyle toplam puanı en fazla olandan başlamak üzere kadro/pozisyon sayısının (2) katı kadar personel belirlenerek eğitime alınır." kuralı yer almıştır. Sözü edilen Yönetmeliğin 11. maddesinin birinci fıkrasında ise; atama yapmak amacıyla görevde yükselme eğitimi ve sınavı düzenlenecek kadro/pozisyonların sınıfı, unvanı, derecesi, adedi ve birimine ilişkin bilgiler belirtilerek Personel ve İdari İşler Dairesi Başkanlığı tarafından personele eğitim tarihinden en az (1) ay önce, eğitimin yeri ve zamanının ise eğitime katılacaklara en az (15) gün içinde duyurulacağı kurala bağlanmıştır.

Dosyanın incelenmesinden, TCDD İşletmesi Genel Müdürlüğü 2. Bölge Personel Müdürlüğünde yardımcı hizmetler grubunda şef garson (hizmetli) olarak görev yapan davacının, 21.2.2005-11.3.2005 tarihleri arasında yapılacak Yardımcı Hizmetler Grubundan İdari Hizmetler Grubuna Yükselme Eğitimine katılma isteminin, "yemekli vagon hizmetlerinin özelleştirilmesi nedeniyle burada çalışan personelin Genel İdari Hizmetler Grubuna aktarılması için yükselme eğitimi açıldığı, Bölge personeli olduğundan istemi hakkında işlem yapılmadığı" gerekçesiyle dava konusu 3.2.2005 günlü işlemler reddedildiği anlaşılmıştır.

Kamu Kurum ve Kuruluşlarında Görevde Yükselme ve Unvan Değişikliği Esaslarına Dair Genel Yönetmelik'in 9. maddesi ile Türkiye Cumhuriyeti Devlet Demiryolları İşletmesi Genel Müdürlüğü ve Bağlı Ortaklıkları Personelinin Görevde Yükselme Esaslarına Dair Yönetmelik'in 12. maddesi hükümlerinin birlikte değerlendirilmesinden, yönetimin belirli kadrolar için açtığı görevde yükselme eğitimine katılacakların belirlenmesinde yönetmelikte düzenlenen ölçütler dışında bir ölçüt gözetemeyeceği; görevde yükselme eğitimine katılma koşulunu taşıyan adaylar arasında herhangi bir nedenle ayırım yapamayacağı açıktır.

Öte yandan, Türkiye Cumhuriyeti Devlet Demiryolları İşletmesi Genel Müdürlüğü ve Bağlı Ortaklıkları Personelinin Görevde Yükselme Esaslarına Dair Yönetmelik'in 11. maddesi ile yönetime tanınan yetkinin, görevde yükselme eğitimi ve sınavı açılacak kadroların belirlenmesi ile sınırlı olduğu, koşulları taşıyan adayların eğitime alınmaması yolunda yönetime bir yetki verilmediği ortadadır.

Buna göre, yemekli vagon hizmetlerinin özelleştirilmesi nedeniyle burada çalışan personelin Genel İdari Hizmetler Grubuna aktarılması için yükselme eğitimi açıldığı ileri sürülerek kurulan dava konusu işlemde ve davanın reddi yolundaki İdare Mahkemesi kararında hukuka uygunluk bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle, davacının temyiz isteminin kabulüyle Ankara 9. İdare Mahkemesince verilen 3.10.2007 günlü, E:2007/79, K:2007/1311 sayılı kararın 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 49. maddesinin 1/b. fıkrası uyarınca bozulmasına, aynı maddenin 3622 sayılı Yasayla değişik 3. fıkrası gereğince ve yukarıda belirtilen hususlar da gözetilerek yeniden bir karar verilmek üzere dosyanın adı geçen Mahkemeye gönderilmesine, 23.3.2009 tarihinde oybirliği ile karar verildi.

T.C.
DANIŞTAY
Beşinci Daire
Esas No : 2008/641
Karar No : 2009/2589

Özeti : İstisnai memurluklara atananlara atandıkları kadronun derece aylığının ilk kademesini kazanılmış hak olarak elde ettikleri tarih itibarıyla kademe ilerlemesi ve derece yükselmesine ilişkin hükümlerin uygulanabileceği; 657 sayılı Kanunun 4/B maddesi uyarınca sözleşmeli olarak görev yapmış olanlar yönünden ise, sözleşmeli personel olarak geçirdikleri hizmet sürelerinin kademe ilerlemesi ve derece yükselmesinde değerlendirileceği hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan (Davacı) : ...

Vekili : Av. ...

Karşı Taraf : Başbakanlık

İsteğin Özeti : Ankara 10. İdare Mahkemesi'nce verilen 19.10.2007 günlü, E:2007/244, K:2007/1902 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 gerekeceği yolundadır.

Danıştay Tetkik Hakimi : Mustafa Bölükbaşı

Düşüncesi : İdare Mahkemesi kararının bozulması gerektiği düşünülmüştür.

Danıştay Savcısı : İsa Yeğenoğlu

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; Başbakanlık Dış İlişkiler Basın ve Halkla İlişkiler Müşaviri olarak görev yapan davacının, Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğü'nde 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 4/B maddesine göre sözleşmeli olarak görev yaptığı sürelerinin kazanılmış hak aylığının tespitinde değerlendirilmesi istemiyle yaptığı başvurunun reddine ilişkin 20.2.2007 gün ve 2089 sayılı işlemin iptali ve işlem nedeniyle yoksun kaldığı parasal ve özlük haklarının yasal faiziyle ödenmesi istemiyle açılmıştır.

Ankara 10. İdare Mahkemesi'nce verilen 19.10.2007 günlü, E:2007/244, K:2007/1902 sayılı kararla; 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun; 36. maddesinin C/6 bendinde, Kanun'un 4 ve 237. maddesinin (e) bendine göre sözleşmeli olarak istihdam edilenlerin, memuriyete geçirilmeleri halinde sözleşmeli personel statüsünde geçirdikleri sürelerin her yılının bir kademe ilerlemesi, her üç yılının ise bir derece yükselmesi olarak değerlendirileceği, 59. maddesinde basın ve halkla ilişkiler müşavirliği kadrosunun istisnai kadro olduğu, 61. maddesinde ise istisnai memuriyetler için kademe ilerlemesi ve derece yükselmesine ilişkin hükümlerin uygulanmayacağı hükümlerine yer verildiği; bu durumda, istisnai memur olan diğer bir deyişle asil memur olarak kadrosuna atanmayan davacının

Kanun'un 4/B maddesi uyarınca sözleşmeli personel olarak geçen sürelerinin kazanılmış hak aylığının tespitinde değerlendirilmesine olanak bulunmadığından dava konusu işlemlerde hukuka aykırılık bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddine hükmedilmiştir.

Davacı, dava konusu işlemin ve davanın reddi yolundaki İdare Mahkemesi kararının hukuka aykırı olduğunu ileri sürmekte ve İdare Mahkemesi kararının temyizen incelenerek bozulmasını istemektedir.

657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 36. maddesinde yer verilen "Ortak Hükümler" başlıklı bölümünün C-6 bendinde; "Bu Kanun'un 4 üncü ve 237 nci maddesinin (e) fıkrasına göre sözleşme ile istihdam edilenlerin, memuriyete geçirilmeleri halinde, sözleşmeli olarak geçirdikleri hizmet süreleri, her yıl için bir kademe ilerlemesi ve her üç yıl için bir derece yükselmesi verilmek suretiyle değerlendirilir.", "İstisnai memurluklar:" başlıklı 59. maddesinde; "...Başbakanlık ve Bakanlık Müşavirlikleriyle Basın ve Halkla İlişkiler Müşavirliğine...atama ve ilerlemelerinde de bu hükümler uygulanır.

Birinci fıkrada sayılan memurların bulundukları bu kadrolar emeklilik aylığının hesabında ve diğer memurluklara naklen atanmalarında herhangi bir sınıf için kazanılmış hak sayılmaz. Bu görevlerde bulunan memurların emeklilik kıdemleri yürütmekte devam eder." hükümlerine yer verilmiş; "İstisnai memurluklara atananlara bu Kanunun uygulanacak hükümleri:" başlıklı 61. maddesinde ise, "...istisnai memurluklara atananlar hakkında bu Kanunun atama, sınavlar, kademe ilerlemesi ve derece yükselmesi dışında kalan bütün hükümleri uygulanır.

Ancak istisnai bir memuriyet kadrosuna atananlar, atandıkları kadronun derece aylığının ilk kademesini kazanılmış hak olarak elde ettikleri tarihten itibaren, haklarında bu kanunun kademe ilerlemesi ve derece yükselmesine dair hükümleri uygulanır." hükmü yer almıştır.

Bu maddelerde yer alan hükümler karşısında; istisnai memurluklara atananlara atandıkları kadronun derece aylığının ilk kademesini kazanılmış hak olarak elde ettikleri tarih itibarıyla kademe ilerlemesi ve derece yükselmesine ilişkin hükümlerin uygulanabileceği, anılan Kanun'un 4/B maddesi uyarınca sözleşmeli olarak görev yapmış olanlar yönünden ise, sözleşmeli personel olarak geçirdikleri hizmet sürelerinin, yine kademe ilerlemesi ve derece yükselmesinde değerlendirileceği açıktır.

Dosyanın incelenmesinden; davacının, 30.6.1989 - 14.9.1994 tarihleri ile 14.1.1995 - 20.8.1998 tarihleri arasında Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğü emrinde 657 sayılı Kanun'un 4/B maddesine tabi sözleşmeli statüde çözümleyici olarak görev yaptığı, 21.8.1998 tarihinde Başbakanlık Basın ve Halkla İlişkiler Müşavirliği kadrosuna 9. derecenin 1. kademesi ile açıktan atandığı, hemen sonrasında 24.8.1998 tarihinde Başbakanlık İdareyi Geliştirme Başkanlığı'na aday memur olarak atandığı ve 12.1.2000 tarihinde asaletinin tasdik edildiği, 30.10.2001 tarihinde ise 8/1 kazanılmış hak aylık derecesiyle tekrar Basın ve Halkla İlişkiler Müşavirliği görevine getirildiği, adı geçen 28.11.2006 tarihli dilekçesi ile sözleşmeli olarak geçen hizmet sürelerinin kazanılmış hak aylığında değerlendirilmesi için başvuruda bulunduğu, bu başvurusunun 20.2.2007 günlü dava konusu işlemle reddedilmesi üzerine temyizen incelenmekte olan bu davanın açıldığı anlaşılmaktadır.

Bu durumda, 4 yıllık yüksekokul mezunu olması nedeniyle 657 sayılı Yasa'nın 36. maddesinin "Ortak Hükümler" kısmının (A) bölümünde yer alan tabloya göre 9. derecenin 1. kademesinden devlet memurluğuna girebilme koşulunu taşıdığı açık olan davacının, 4. dereceli Başbakanlık Basın ve Halkla İlişkiler Müşavirliği kadrosuna atandığı 9/1 aylık derecesini kazanılmış hak aylığı olarak elde ettiği açık olduğundan Kanun'un kademe ilerlemesi ve derece yükselmesine ilişkin hükümlerinin uygulanması ve 36/C-6 uyarınca sözleşmeli personel olarak geçirdiği sürelerin kazanılmış hak aylığında değerlendirilmesi gerekirken, aksi yönde kurulan dava konusu işlemde hukuka aykırılık, davanın reddi yolundaki İdare Mahkemesi kararında ise hukuki isabet görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle, davacının temyiz isteminin kabulüyle Ankara 10. İdare Mahkemesi'nce verilen 19.10.2007 günlü, E:2007/244, K:2007/1902 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, 13.5.2009 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

T.C.
DANIŞTAY
Beşinci Daire

Esas No : 2008/6283
Karar No : 2009/3946

Özeti : 5283 sayılı Yasaya göre, Bakanlar Kurulu Kararına ekli listede belirtilenler dışındaki kadroların devir işlemine tabi tutulmasının mümkün olmadığı; kamu görevlisinin çalıştığı kurumu ve statüsünü değiştirecek biçimde zorunlu personel devri yapılması ancak açık bir yasal düzenleme bulunması koşuluna bağlı olduğundan ve 5283 sayılı Yasada TBMM personelinin Sağlık Bakanlığı'na devrine ilişkin hiçbir kural bulunmadığından, TBMM bünyesinde görev yapan istisnai memur statüsündeki davacının, Sağlık Bakanlığı'na devredilmesine ilişkin işlemde, hukuka uyarlık görülmediği hakkında.

Kararın Düzeltilmesini İsteyenler : 1- (Davacı) ...
2- (Davalı) Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığı

Diğer Davalı : Sağlık Bakanlığı

İsteğin Özeti : Ankara 2. İdare Mahkemesi'nin 25.1.2007 günlü, E:2005/1302, K:2007/134 sayılı kararının kısmen gerekçe değiştirilerek, kısmen aynen onanması yolunda Danıştay Beşinci Dairesi'nce verilen 28.5.2008 günlü, E:2007/4033, K:2008/3104 sayılı kararın, dilekçelerde yazılı nedenlerle düzeltilmesi ve İdare Mahkemesi kararının bozulması istenilmektedir.

Davalı İdarelerin Savunmalarının Özet : Davacının karar düzeltme isteminin reddi gerektiği yolundadır.

Davacının Savunmasının Özeti : Davalı idarenin karar düzeltme isteminin reddi gerektiği yolundadır.

Danıştay Tetkik Hakimi : M. Emin Kaçar

Düşüncesi : Davalı Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığı'nın karar düzeltme isteminin reddi gerektiği; davacının karar düzeltme dilekçesinde ileri sürülen nedenlerin ise 2577 sayılı Yasa'nın 54. maddesinin 1/c. fıkrasına uygun olduğu, bu nedenle Dairemiz kararının kaldırılarak hüküm fıkrası itibarıyla hukuka uygun bulunan İdare Mahkemesi kararının iptale ilişkin bölümünün onanması, maddi tazminatla ilgili bölümünün ise bozulması gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı : Aylin Bayram
Düşüncesi : Tarafların, kararın düzeltilmesi dilekçelerinde ileri sürülen nedenler, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 54 üncü maddesinde yazılı nedenlerden hiçbirisine uymadığından, istemlerin reddi gerekeceği düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Beşinci Dairesi'nce işin gereği düşünüldü:

TBMM Baştabipliği'nde biyolog olarak görev yapan davacı, 5283 sayılı Kanun uyarınca standardı aşan personel olarak belirlenerek Sağlık Bakanlığı'na bağlı Ankara Atatürk Eğitim ve Araştırma Hastanesi'ne sağlık teknisyeni olarak atanmasına ilişkin işlemin iptali ve bu işlem nedeniyle yoksun kaldığı parasal haklarının ödenmesine hükmedilmesi istemiyle dava açmıştır.

Ankara 2. İdare Mahkemesi'nin 25.1.2007 günlü, E:2005/1302, K:2007/134 sayılı kararıyla; idarece standart fazlası personelin belirlenmesi mesleki kariyer, uzmanlık, son üç yıllık sicil notu ortalamaları, işe başlama tarihleri ve disiplin amirlerince mesai kurallarına riayetleri hususunda uyarı alıp almadıkları gibi durumların dikkate alınması suretiyle nesnel ölçüler içerisinde yapılmış olduğundan, davacının standart fazlası personel olarak belirlenmesinde kanuna aykırı bir durum bulunmadığı; ancak biyolog olarak görev yapan davacının, 5283 sayılı Kanun gereğince devir tarihindeki kadrosuyla birlikte Sağlık Bakanlığı'na devredilmesi gerekirken kadrosuyla birlikte devredilmediği, Sağlık Bakanlığı'na bağlı Ankara Atatürk Eğitim ve Araştırma Hastanesi'ne sağlık teknisyeni kadrosuna atandığı anlaşıldığından, Sağlık Bakanlığı'na bağlı Atatürk Eğitim ve Araştırma Hastanesi'ne sağlık teknisyeni olarak atanmasına ilişkin dava konusu işlemde kanuna ve hukuka uyarlık bulunmadığı gerekçesiyle dava konusu işlem iptal edilmiş, bu işlem nedeniyle yoksun kaldığı parasal haklarının ödenmesi istemi ise 5283 sayılı Yasa'nın 5. maddesi uyarınca parasal hak kaybına uğramadığı gerekçesiyle reddedilmiştir.

Davacı ve davalı TBMM Başkanlığı'nın bu karara yönelik temyiz başvuruları, Danıştay Beşinci Dairesi'nin 28.5.2008 günlü, E:2007/4033, K:2008/3104 sayılı kararıyla reddedilmiş ve temyize konu Mahkeme kararı aşağıda belirtilen gerekçelerle;

"2919 sayılı Türkiye Büyük Millet Meclisi Genel Sekreterliği Teşkilat Kanunu'nun "Personel hükümleri" başlıklı 4. maddesinin ilk fıkrasında, "Türkiye Büyük Millet Meclisi Genel Sekreterliği Teşkilatı'nın kadroları ekli cetvellerde gösterilmiştir. Bu kadrolarda çalışan personel hakkında 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun istisnai memurluklarla ilgili hükümleri uygulanır" hükmü, aynı Kanun'un "Kadrolar" başlıklı 6. maddesinde ise "Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlık Divanı bu Kanuna bağlı cetvellerde belirtilen kadro sayısı ile sınırlı kalmak şartıyla, yılda bir defa kadro derecelerinde gerekli değişikliği yapabilir. / Çeşitli kanunlarda Bakanlar Kurulu kararına lüzum gösterilen hususlardan, Türkiye Büyük Millet Meclisi Genel Sekreterliği ile ilgili olanları, Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlık Divanı kararları ile yürütülür." hükmü yer almıştır.

"657 sayılı Yasa'nın 36/F maddesinin ilk fıkrasında, "Bu Kanunla tespit edilen çeşitli hizmet sınıfları mensuplarından Cumhurbaşkanı Genel Sekreterliği ve Türkiye Büyük Millet Meclisi Genel Sekreterliği Teşkilatlarında asli ve sürekli görevlerde bulunanların kadro, unvan, derece, ek gösterge, makam tazminatı ve vb. mali hakları ile intibak ve diğer özlük haklarının tespit ve kullanılması ile ilgili yetkiler Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreterliği ile Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlık Divanı'na aittir." hükmüne yer verilmiştir.

"190 sayılı Genel Kadro ve Usulü Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin "İstisnalar" başlıklı 3. maddesinde, bu Kanun Hükmünde Kararname hükümlerinin Türkiye Büyük Millet Meclisi Genel Sekreterliği kadroları hakkında uygulanmayacağı hükme bağlanmıştır.

"5283 sayılı Yasa uyarınca Sağlık Bakanlığı'na devredilen memurların devir tarihi itibarıyla kadroları ile birlikte devri öngörülmüş ise de, yukarıda bahsedilen yasal

düzenlemeler uyarınca TBMM Genel Sekreterliği'ne ait kadroların, 2919 sayılı Kanun'a ekli olması ve bu kadrolar hakkında 190 sayılı KHK hükümlerinin uygulanmaması nedeniyle devri mümkün olmayıp, bu kadrolar üzerinde Bakanlar Kurulu'nun tasarruf yetkisi bulunmamaktadır.

"Dosyanın incelenmesinden, 1987 yılında Fırat Üniversitesi Fen Edebiyat Fakültesi'nden biyolog unvanı olarak mezun olan davacının, 1.3.1991 tarihinde TBMM Başkanlığı Özlük İşleri Müdürlüğü'nde memur olarak çalışmaya başladığı, 31.3.1997 tarihinde kadrosunun TBMM Başkanlığı Baştabiplik birimine aktarıldığı, 19.3.1998 tarihinde de biyolog kadrosuna atandığı, 5283 sayılı Kanun uyarınca standardı aşan personel olarak belirlenip Sağlık Bakanlığı'na bağlı Ankara Atatürk Eğitim ve Araştırma Hastanesi'ne sağlık teknisyeni olarak atanıncaya kadar da TBMM Başkanlığı Baştabipliği'nde biyolog kadrosunda çalıştığı, 5283 sayılı Kanun gereğince dava konusu işlemle kadrosu devredilmeksizin Ankara Atatürk Eğitim ve Araştırma Hastanesi'ne sağlık teknisyeni olarak atandığı anlaşılmaktadır.

"Bu durumda, TBMM Başkanlığı Baştabiplik biriminde biyolog kadrosu ve unvanı ile görev yapan davacının, yukarıda yazılı yasal düzenlemeler uyarınca kadrosunun Sağlık Bakanlığı'na devri mümkün olmamakla birlikte, standart fazlası personel olarak seçimi ve Sağlık Bakanlığı'na devri işlemlerinde hukuka aykırı bir yön bulunmamakta ise de, kadro ve unvanı dikkate alınarak devredildiği kuruma atamasının biyolog olarak yapılması gerekmekte iken sağlık teknisyeni olarak atanmasında hukuka uyarlık, İdare Mahkemesi kararının iptale ilişkin kısmında sonucu itibarıyla hukuka aykırılık bulunmamaktadır.

"Öte yandan, idare ve vergi mahkemeleri tarafından verilen kararların temyiz yolu ile incelenip bozulabilmeleri 2577 sayılı Yasanın 49. maddesinde belirtilen nedenlerden birinin varlığına bağlı olup, İdare Mahkemesince verilen kararın davacının standart fazlası personel seçiminde hukuka aykırılık bulunmadığı ve dava konusu işlemler nedeniyle yoksun kaldığı parasal hak isteminin reddi yolundaki kısmı yönünden davacı tarafından ileri sürülen hususlar bunlardan hiçbirisine uymamaktadır." gerekçeleriyle kısmen aynen, kısmen gerekçe değiştirilmek suretiyle onanmıştır:

Davacı, 5283 sayılı Kanun'a göre Sağlık Bakanlığı bünyesine atanmasının hukuka aykırı olduğunu ileri sürerek Danıştay kararının düzeltilmesini istemekte; davalı TBMM Başkanlığı ise, kararın idare aleyhine olan bölümünün düzeltilmesi isteminde bulunmaktadır.

Davalı Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığı'nın karar düzeltme dilekçesinde ileri sürülen hususlar, Daire kararının kaldırılmasını gerektirecek nitelikte görülmemiştir.

Davacının karar düzeltme dilekçesinde ileri sürülen nedenler ise, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 54. maddesinin (c) fıkrasına uygun bulunduğundan, davacının karar düzeltme isteminin kabulü ile Dairemizce verilen 28.5.2008 günlü, E:2007/4033, K:2008/3104 sayılı karar kaldırılarak uyumazlığın esası yeniden incelendi:

5283 sayılı Bazı Kamu Kurum ve Kuruluşlarına Ait Sağlık Birimlerinin Sağlık Bakanlığı'na Devredilmesine Dair Kanun'un "Kapsam" başlıklı 2. maddesinde, "Bu Kanun; Cumhurbaşkanlığı, yüksek mahkemeler, Sayıştay, Türk Silahlı Kuvvetleri, Milli İstihbarat Teşkilatı, üniversiteler, mahalli idareler ve mazbut vakıflara ait sağlık birimleri hariç olmak üzere, bakanlıkları, bakanlıkların bağlı, ilgili ve ilişkili kuruluşları ile diğer kamu kurum ve kuruluşlarını kapsar." hükmüne yer verilmiştir. Görüldüğü gibi, 5283 sayılı Kanunun kapsamı dışında tutulan kurumlar arasında TBMM Başkanlığı sayılmamıştır. Ancak, TBMM Başkanlığı'nın hariç tutulan kurumlar arasında bulunmaması, statüleri 2919 sayılı Kanun'da özel olarak düzenlenen TBMM Genel Sekreterliği personelinin bu Yasa kapsamında sayılması için yeterli değildir. Söz konusu Yasa'nın kapsamında olan kurumlar, yine aynı maddede "bakanlıklar, bakanlıkların bağlı, ilgili ve ilişkili kuruluşları ile diğer kamu kurum ve kuruluşları" şeklinde açık bir biçimde belirtilmiş olup; Devletin en temel kurumu olan ve personeli istisnai memur sayılan TBMM Başkanlığı'nın, anılan maddede, bakanlıkların bağlı, ilgili ve ilişkili kurumlarından sonra, "diğer kamu kurum ve kuruluşları" arasında sayıldığı kabul edilerek 5283 sayılı Yasa'nın kapsamı içinde değerlendirilmesine olanak yoktur. Bu

durum, Yasa'nın devre ilişkin kuralları incelendiğinde daha açık bir biçimde gözükmekte ve TBMM personelinin Sağlık Bakanlığı'na devrine olanak tanıyacak hiçbir hükme rastlanmamaktadır.

2919 sayılı Türkiye Büyük Millet Meclisi Genel Sekreterliği Teşkilat Kanunu'nun 4. maddesinin 1. fıkrasına göre, TBMM kadrolarında çalışan personel hakkında 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun istisnai memurluklarla ilgili hükümleri uygulanır. 5283 sayılı Yasa ise, kapsamında olan kamu kurum ve kuruluşlarındaki "standart fazlası" personelin Sağlık Bakanlığı'na devrini öngörmektedir. İstisnai memurluk kavramı, tanımı gereği, kamu kurumlarında "standart fazlası personel" saptanması ile, açık bir yasal düzenleme olmaksızın bağdaştırılmaz. Nitekim, 5283 sayılı Yasa uyarınca Sağlık Bakanlığı'na devredilen personelin hiçbirisinin – davalı idarelerin uygulamasıyla TBMM'den Sağlık Bakanlığı'na devrine karar verilenler dışında - istisnai memur statüsünde olmadıkları görülmektedir.

5283 sayılı Yasanın 6. maddesi, "Kamu kurum ve kuruluşları bünyesinde hizmet sunan kurum tabipliklerinin, kurum tabiplikleri için Bakanlıkça bir ay içinde belirlenecek standartları aşan taşınır, taşınmaz, taşıt ve personeli de, 4 ve 5 inci maddelere göre Bakanlığa devredilir." hükmünü taşımaktadır. Bu maddenin göndermede bulunduğu 4. madde uyarınca, devredilen sağlık birimleri için biri Bakanlık, biri Maliye Bakanlığı ve ikisi de sağlık birimi devredilen kamu kurum ve kuruluşundan olmak üzere dört kişilik komisyonlar kurulmakta, Komisyon başkanlığını Maliye Bakanlığı adına görevlendirilen kişi yapmakta, Komisyonlar tarafından sağlık birimlerinin devre konu personeli tespit edilerek bir tutanağa bağlanmakta, Komisyonların personel tespitine ilişkin tutanakları ile devredilen sağlık birimlerine ait boş kadro ve pozisyonlar Maliye Bakanlığı ve Devlet Personel Başkanlığı'na kesinleştirilmektedir. Bu düzenleme, Bakanlıklar ve diğer kamu kurum ve kuruluşlarından kapsamlı personel devrine uygun bir yöntem olarak benimsenmiş gözükmektedir.

Standart fazlası personelin, 5283 sayılı Yasanın 4. maddesi uyarınca oluşturulan komisyonlar tarafından Kurum Tabipliklerinin Standardına Dair Tebliğ'de belirlenen ölçütler esas alınarak belirlendiği; komisyonun 5283 sayılı Yasa'nın Resmi Gazete'de yayımlandığı 19.1.2005 tarihinden itibaren 3 ay içinde kurumlardaki standart fazlası personeli belirleme çalışmalarını tamamlamasının zorunlu olduğu; nitekim, bu çalışmalar sonucunda hazırlanan 15.4.2004 tarih ve 2005/8749 sayılı Bakanlar Kurulu Kararının 7.5.2005 günlü, 25808 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girdiği anlaşılmaktadır.

TBMM personelinin olağan koşullarda diğer kamu kurum ve kuruluşlarına kurumlararası nakil suretiyle atanması ise, bakanlıklar arası personel atamalarından farklılık gösterir. Bu konuda 2919 sayılı Türkiye Büyük Millet Meclisi Genel Sekreterliği Teşkilat Kanunu'nun 5. maddesinin 4. fıkrasında, "Genel Sekreterlik teşkilatı kadrolarındaki görevli personelden herhangi bir personelin diğer kamu kurum ve kuruluşlarına atanmasına ihtiyaç duyulması halinde; atamaya ilişkin talep Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığı'nca Başbakanlığa bildirilir. Başbakanlık personelin atanacağı kadro görevini tespit eder. İlgili kuruluşlar atama işlemlerini genel hükümlere göre yaparlar." hükmüne yer verilmiştir. Kurumlararası nakil konusunda farklı kurallara tabi olan Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığı personeli yönünden, 5283 sayılı Yasa'da, standart fazlası personeli tespit edecek ayrı bir komisyon oluşum biçimini öngören bir düzenleme de bulunmamaktadır.

5283 sayılı Bazı Kamu Kurum ve Kuruluşlarına Ait Sağlık Birimlerinin Sağlık Bakanlığı'na Devredilmesine Dair Kanun'un 5. maddesinde, Sağlık Bakanlığı'na devredilen sağlık birimlerinde 657 sayılı Yasa tabi olarak çalışanların, devir tarihi itibarıyla kadroları ile birlikte Sağlık Bakanlığı'na devri öngörülmüştür. Söz konusu 5. maddenin 3. fıkrasına göre, devredilecek memur kadroları adet, sınıf, unvan ve dereceleri itibarıyla bu Kanunun yayımı tarihinden itibaren üç ay içinde Bakanlar Kurulu'nca tespit edilerek 7.5.2005 günlü, 25808 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. Bu kadrolar, aynı tarih itibarıyla 190 sayılı Genel Kadro ve Usulü Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin eki (I) sayılı cetvelin Sağlık Bakanlığı'na ilişkin bölümüne eklenmiş ve ilgili kurumun kadro cetvellerinden çıkarılmış

sayılmıştır. 5283 sayılı Yasa'ya göre, Bakanlar Kurulu Kararına ekli listede belirtilenler dışındaki kadroların devir işlemine tabi tutulması mümkün değildir.

TBMM Genel Sekreterliği'ne ait kadrolar, 2919 sayılı TBMM Genel Sekreterliği Teşkilat Kanunu'nun 4. maddesi uyarınca Yasa'ya ekli cetvellerde yer almakta ve aynı Kanun'un 6. maddesi uyarınca bu kadrolar üzerindeki tasarruf yetkisi, TBMM Başkanlık Divanı'na ait bulunmaktadır. Öte yandan, 190 sayılı KHK'nin 3. maddesi ile de TBMM Genel Sekreterliği kadroları bu KHK'nin kapsamı dışında tutulmuştur. Yukarıda yazılı yasal düzenlemeler uyarınca TBMM Genel Sekreterliği kadrolarının diğer kamu kurum ve kuruluşlarına devri mümkün değildir. 5283 sayılı Yasa'da TBMM Genel Sekreterliği'nde standart fazlası personel tespiti ve bu kadroların devrine ilişkin bir düzenleme de öngörülmemiştir.

657 sayılı Yasa'nın 36/F. maddesinin ilk fıkrasında, "Bu Kanunla tespit edilen çeşitli hizmet sınıfları mensuplarından Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreterliği ve Türkiye Büyük Millet Meclisi Genel Sekreterliği Teşkilatlarında asli ve sürekli görevlerde bulunanların kadro, unvan, derece, ek gösterge, makam tazminatı ve vb. mali hakları ile intibak ve diğer özlük haklarının tespit ve kullanılması ile ilgili yetkiler Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreterliği ile Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlık Divanı'na aittir." hükmüne yer verilmiş olmakla birlikte, TBMM bünyesinde "asli ve sürekli görevlerde bulunan" personel hakkında kurum içinde kurulacak işlemlerle ilgili bu hükmün, personel devrine ilişkin bulunan dava konusu uyuşmazlıkla bir ilgisi yoktur. 5283 sayılı Yasa'da, 2919 sayılı TBMM Genel Sekreterliği Teşkilat Kanunu'nun 6. maddesinin 2. fıkrasında öngörüldüğü biçimde Türkiye Büyük Millet Meclisi Genel Sekreterliği'yle ilgili ve personel devrine olanak tanıyacak açık bir düzenleme de mevcut değildir.

Bilindiği gibi, kamu görevlilerinin atanmaları, görev ve yetkileri ile tüm özlük haklarının yasayla veya yasanın açıkça verdiği yetkiye dayanarak düzenlenmesi Anayasal bir kuraldır. 5283 sayılı Yasa, kural olarak bakanlıklar arası personel devri için Bakanlar Kurulu'na yetki verirken, Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlık Divanı'na, "istisnai memur" statüsündeki "standart fazlası" TBMM personelinin, kadrosuyla birlikte yada kadrosu TBMM Başkanlığı'nda bırakılmak suretiyle başka bir kuruma devri için hiçbir görev ve yetki tanımış değildir. Bu nedenle, kamu kurum ve kuruluşlarındaki "standart fazlası" personelin kadrolarıyla birlikte Sağlık Bakanlığı'na devri'ni öngören söz konusu Yasanın kapsamı dışına çıkılarak, kıyas yöntemi ve bağdaştırma ölçüde uygulanabilirlik anlayışıyla "devir işlemine tabi tutulacak" TBMM personelinin kadrolarının kurumda bırakılması ve kendilerinin Sağlık Bakanlığı'na devredilmesi, yasal dayanaktan tümüyle yoksun bir uygulama olarak ortaya çıkmıştır. Devre ilişkin olarak kendisine hiçbir yetki tanınmayan TBMM Başkanlık Divanı'nın, personelin kadrosuz olarak devir işlemi gerçekleştikten sonra, kurumda kalan ve 5283 sayılı Yasa'nın 5. maddesinin 3. fıkrasında standart fazlası personeli bulunan ilgili kurumun kadro cetvellerinden çıkarılmış sayılacağı öngörülen kadroları, hizmet sınıfı, unvan ve dereceler itibarıyla başka kadrolara dönüştürdüğü ve personelin kadrosundan bağımsız biçimde devredilmesi işleminden sonra "standart fazlası" kadroların iptali gibi bir durumun da söz konusu olmadığı anlaşılmaktadır. Tüm bu hususlar, TBMM Başkanlığı'nın aslında 5283 sayılı Yasa'nın kapsamı dışında olduğunu ve TBMM personelinin görev yaptığı kurumu ve statüsünü değiştiren bu devir işleminin "memurların ve diğer kamu görevlilerinin atanmaları, görev ve yetkileri ve diğer özlük işlerinin kanunla düzenlenmesi ilkesi"ne açıkça aykırılık oluşturduğunu göstermektedir.

Sonuç olarak, TBMM personeli 5283 sayılı Yasa'nın kapsamı dışında kalmakta ve 5283 sayılı Yasa uyarınca kamu kurum ve kuruluşlarından Sağlık Bakanlığı'na devredilecek personel 7.5.2005 günlü, 25808 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 15.4.2004 tarih ve 2005/8749 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı'na ekli cetvelde tek tek sayılan kadrolarla sınırlı bulunmaktadır. Kamu görevlisinin çalıştığı kurumu ve statüsünü değiştirecek biçimde zorunlu personel devri yapılması ancak açık bir yasal düzenleme bulunması koşuluna bağlı

olduğundan ve 5283 sayılı Yasa'da TBMM personelinin Sağlık Bakanlığı'na devrine ilişkin hiçbir kural bulunmadığından, TBMM bünyesinde görev yapan istisnai memur statüsündeki davacının Sağlık Bakanlığı'na devredilmesine ilişkin işlemde hukuka uyarlık görülmemiştir. Bu nedenle, dava konusu işlemi başka bir gerekçeyle iptal eden İdare Mahkemesi kararında sonucu itibarıyla hukuki isabetsizlik bulunmamaktadır.

Davanın parasal haklarla ilgili kısmına gelince;

5283 sayılı Yasa'nın 5. maddesinin 6. fıkrasında, "... 6. madde kapsamında Bakanlığa devredilen personelin devir tarihinde eski kadro veya pozisyonlarına bağlı olarak almakta oldukları aylık, ek gösterge, her türlü zam ve tazminatları, sözleşme ücreti ile diğer mali hakları (fazla çalışma ücreti ile nöbet ücreti hariç) toplam net tutarının, atandıkları yeni kadro veya pozisyonlarının aylık, ek gösterge, her türlü zam ve tazminatları, sözleşme ücreti ile döner sermayeden yapılacak ek ödeme de dahil olmak üzere, diğer her türlü malî hakları toplam net tutarından fazla olması halinde, aradaki fark tutarı, atandıkları kadro veya pozisyonlarda kaldıkları sürece, kapanıncaya kadar herhangi bir kesintiye tâbi tutulmaksızın ayrıca tazminat olarak ödenir." hükmü yer almakta olup; İdare Mahkemesi'nce, eski ve yeni kurumunda aldığı aylıklar arasındaki fark kapanıncaya kadar davacıya tazminat ödeneceği gerekçesiyle tazminat isteminin reddine karar verilmiş ise de, devir tarihi itibarıyla aylığı dondurulmuş olan davacının, TBMM'den başka bir kuruma 5283 sayılı Yasa uyarınca devren atanmasının mümkün bulunmaması nedeniyle bu işlemde kaynaklanan maddi zararlarının tazmin edilmesi zorunlu olduğundan, davanın bu bölümünün reddine ilişkin İdare Mahkemesi kararında hukuki isabet görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle, davacının temyiz isteminin kısmen reddiyle Ankara 2. İdare Mahkemesi'nce verilen 25.1.2007 günlü, E:2005/1302, K:2007/134 sayılı kararın iptale ilişkin bölümünün yukarıda belirtilen gerekçelerle onanmasına; kararın parasal haklarla ilgili bölümünün ise davacının temyiz isteminin kabulüyle 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 bozulan bölüm hakkında yeniden bir karar verilmek üzere dosyanın adı geçen Mahkemeye gönderilmesine, 28,90.-TL karar düzeltme harcının isteği halinde davacıya iadesine, 22.6.2009 tarihinde oyçokluğuyla karar verildi.

KARŞI OY

X- Davacının karar düzeltme dilekçesinde ileri sürülen düzeltme nedenleri, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 54. maddesinde sayılan nedenlerin hiçbirine uymadığından istemin reddi gerekeceği oyu ile karara karşıyım.

SAYIŞTAY MENSUPLARI

T.C.
DANIŞTAY
Beşinci Daire

Esas No : 2008/5656
Karar No : 2009/4037

Özeti : Sayıştay tarafından, davacının Bakanlıkta öğretmen olarak görev yaptığı hizmet süresinin, hakim ve savcılara kıyasla, 2802 sayılı Yasanın ilgili hükümleri uyarınca meslek kıdeminden sayılmamak kaydıyla, kademe ilerlemesi ve derece yükselmesinde

değerlendirilmesi gerekirken, bu yoldaki istemin yanıt verilmemek suretiyle reddine ilişkin dava konusu işlemde hukuka uyarlık bulunmadığı hakkında.

Temyiz Eden (Davacı) : ...

Karşı Taraf : Sayıştay Başkanlığı

İsteğin Özeti : Ankara 12. İdare Mahkemesi'nce verilen 17.12.2007 günlü, E:2005/2413, K:2007/2118 sayılı kararın, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunun 49. maddesi uyarınca, dilekçede yazılı nedenlerle temyizen incelenerek bozulması istenilmektedir.

Cevabın Özeti : Temyiz isteminin reddi gerektiği yolundadır.

Danıştay Tetkik Hakimi : Süleyman Aydın

Düşüncesi : Mahkeme kararının bozulması gerektiği düşünülmüştür.

Danıştay Savcısı : İsa Yeğenoğlu

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 dosyanın tekemmül ettiği görüldüğünden, yürütmenin durdurulması istemi hakkında karar verilmeksizin işin gereği düşünüldü:

Sayıştay Başkanlığı'nda uzman denetçi olan davacı, Milli Eğitim Bakanlığı'nda öğretmen olarak geçen 10 ay 26 gün süreli kamu hizmetinin mesleki kıdeminden sayılmamak kaydıyla kademe ilerlemesi ve derece yükselmesinde değerlendirilmesi için yaptığı 20.10.2005 günlü başvurunun yanıt verilmemek suretiyle zımnen reddine ilişkin işlemin iptali ve 10.5.2003 tarihinden itibaren yoksun kaldığı parasal haklarının yasal faiziyle birlikte ödenmesine hükmedilmesi istemiyle dava açmıştır.

Ankara 12. İdare Mahkemesi'nin 17.12.2007 günlü, E:2005/2413, K:2007/2118 sayılı kararıyla; 832 sayılı Sayıştay Kanununun 9 uncu maddesinde, meslek mensuplarının yükselme sürelerinin 2 yıl olduğu, 91. maddesinde, Başkan ve üyelerin birinci derecede memur aylıkları tutarını alacakları; bu suretle alınan aylıkların, bunların emekliliklerinde ve diğer memuriyetlere geçmelerinde kazanılmış hak sayılmayacağı; bu gibilerin emekliliklerinde ve diğer memuriyetlere geçmelerinde hizmet sürelerine göre kazandıkları derece aylıklarının esas olduğu hükmüne yer verildiği; 2802 sayılı Hakimler ve Savcılar Kanunu'na 486 sayılı KHK'nin ile eklenen ek geçici 1. maddesinde ise; "kendi kanunlarında gerekli değişiklik yapıncaya kadar aylık, ödenek, mali, sosyal ve diğer özlük hakları bakımından denetçi yardımcılarının, hakim ve savcı adayları gibi aylık ve ek ödeme alacaklarının hüküm altına alındığı; ancak meslek dışında geçen hizmetlerin değerlendirileceğine ilişkin bir hükme yer verilmediği; bu hükümlerin birlikte incelenmesinden, Sayıştay meslek mensupluğunun kariyer olarak kabul edildiğinin anlaşılması karşısında, yükselmede sadece meslekte geçen hizmet sürelerinin esas alınacağının tabi bulunduğu; bu nedenle, davacının Sayıştay meslek mensupluğunda geçmeyen hizmet süresinin kademe ilerlemesi ve derece yükselmesinde değerlendirilmesi için yaptığı başvurusunun reddine ilişkin dava konusu işlemde hukuka aykırılık görülmediği gerekçesiyle dava reddedilmiştir.

Davacı, İdare Mahkemesi kararının hukuka aykırı olduğunu öne sürmekte ve temyizen incelenerek bozulmasını istemektedir.

2802 sayılı Hakimler ve Savcılar Kanununun adaylığa atanma konusunu düzenleyen 9. maddesinin 2. fıkrası ile, "8.maddede belirtilen niteliklere sahip olup, yazılı yarışma sınavı ile mülakatta başarı gösterenler, başarı derecelerine göre sıraya konularak Adalet Bakanlığınca önceden saptanan ihtiyaç sayısınca, daha önce başka görevlerde iktisap etmiş oldukları kadro, maaş ve derecelerine bakılmaksızın lisans, lisans-üstü (master) ve doktora öğrenim durumlarına göre Devlet memuriyetine giriş derece ve kademesi ile adaylığa atanırlar. Bu sıraya göre ihtiyaç sayısınca atanmaların dışında kalanlar bir hak iddia edemezler..." hükmü getirilmiş iken; bu maddenin 2. fıkrası önce 276 sayılı KHK ile değiştirilmiş; daha sonra yürürlüğe konulan 24.2.1988 günlü 3409 sayılı ve 15.1.2003 günlü 4790 sayılı Yasalarla söz konusu KHK hükmü değiştirilerek kabul edilmiş; yazılı yarışma sınavı ile mülakatta başarı gösterenlerin daha önce başka görevlerde kadro, maaş ve derece yönünden iktisap etmiş oldukları haklar nazara alınmak suretiyle öğrenim durumlarına göre devlet memuriyetine giriş derece ve kademesiyle veya bu derecelerden aşağı olmamak şartıyla müktesep olarak almış oldukları derece ve kademeyle adaylığa atanmalarına olanak sağlanmıştır. Halen görevde bulunan hakim, savcı ve hakim adaylarının da getirilen bu hükümden yararlanabilmeleri için 3409 sayılı Kanunun geçici maddesi yürürlüğe konulmuştur. Geçici 1. maddeye göre halen görevde bulunan hakim, savcı ve hakim adaylarının diğer kamu kurumlarında kadro, maaş ve derece yönünden iktisap ettikleri hizmet süreleri geçmişe yönelik mali bir hak doğurmamak ve hakimlik ve savcılık kademinden sayılmamak kaydıyla kadro şartı aranmaksızın değerlendirilerek derece ve kademeleri tespit edilecektir.

Öte yandan, 2802 sayılı Hakimler ve Savcılar Kanununa 13.7.1993 tarih ve 486 sayılı KHK ile eklenen ek geçici 1. maddesinde; "Kendi kanunlarında gerekli değişiklik yapıncaya kadar aylık, ödenek, mali, sosyal ve diğer özlük hakları bakımından,

a- Sayıştay Başkanı, Daire Başkanları, üyeleri sırasıyla Yargıtay birinci başkanı, daire başkanları ve üyeleri,

b- Yukarıdakiler dışında kalan Sayıştay meslek mensupları ile Sayıştay savcı ve savcı yardımcılarını, kıdem, sınıf ve derecesindeki birinci sınıf, birinci sınıfa ayrılmış, ikinci sınıf ve üçüncü sınıf hakim ve savcılar hakkındaki hükümlere tabidir." hükmü yer almıştır.

Bu madde hükmü uyarınca, Sayıştay meslek mensupları ile savcı ve savcı yardımcılarının aylık, ödenek, mali, sosyal ve diğer özlük hakları konusunda 832 sayılı Kanunda ve diğer ilgili kanunlarda yer alan bazı hükümler, bu hususta gerekli değişiklik yapıncaya kadar uygulanmayacak, onların yerine aynı konuda hakim ve savcılar hakkında uygulanan hükümler geçerli olacaktır.

Nitekim, Sayıştay Genel Kurulunun 4.7.2005 tarih ve 5123/1 sayılı kararı ile birinci sınıfa ayrılma süresi bakımından hakim ve savcılarla Sayıştay denetçileri arasında ortaya çıkan eşitsizliğin 2802 sayılı Yasanın ek geçici 1. maddesi uyarınca, aynı Yasanın birinci sınıfa ayrılma süresine ilişkin hükümlerinin uygulanması suretiyle giderilmesine karar verilmiş; "birinci dereceye yükselme şartlarına" ise ilke kararında yer verilmesine mahal bulunmadığı ve konunun idarece uygulama sırasında dikkate alınmasının uygun olacağı karara bağlanmıştır.

Bu durumda, davalı idarece, davacının Milli Eğitim Bakanlığı'nda öğretmen olarak görev yaptığı 10 ay 26 günlük hizmet süresinin, hakim ve savcılara kıyasla, 2802 sayılı Yasanın yukarıda aktarılan hükümleri uyarınca meslek kademinden sayılmamak kaydıyla kademe ilerlemesi ve derece yükselmesinde değerlendirilmesi gerekirken, bu yoldaki istemin yanıt verilmemek suretiyle reddine ilişkin dava konusu işlemde hukuka uyarlık, davanın reddi yolundaki Mahkeme kararında hukuki isabet görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle, davacının temyiz isteminin kabulüyle Ankara 12. İdare Mahkemesi'nce verilen 17.12.2007 günlü, E:2005/2413, K:2007/2118 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.-TL. yürütme harcı ile artan 6,00.-TL. posta ücretinin isteği halinde davacıya iadesine, 24.6.2009 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

DÜZENLEYİCİ – GENEL İŞLEMLER

T.C.
DANIŞTAY
Beşinci Daire

Esas No : 2007/6860

Karar No : 2009/2011

Özeti : Aile Hekimliği Pilot Uygulaması Kapsamında Sağlık Bakanlığınca Çalıştırılan Personele Yapılacak Ödemeler ve Sözleşme Şartları Hakkındaki Yönetmeliğin çeşitli hükümleri ile getirilen düzenlemeler hakkında.

Davacı : İzmir Tabip Odası
Vekilleri : Av. ..., Av. ...
Davalılar : 1- Başbakanlık
2- Sağlık Bakanlığı

Davanın Özeti : Davacı, İzmir İlının 5258 sayılı Aile Hekimliği Pilot Uygulaması Hakkında Kanuna dayanılarak pilot il olarak belirlenmesine ilişkin 16.2.2006 tarihli Sağlık Bakanlığı işlemi ile 12.8.2005 günlü, 25904 Resmi Gazete'de yayımlanan 2005/9142 sayılı Bakanlar Kurulu kararıyla yürürlüğe konulan Aile Hekimliği Pilot Uygulaması Kapsamında Sağlık Bakanlığınca Çalıştırılan Personele Yapılacak Ödemeler ve Sözleşme Şartları Hakkında Yönetmeliğin 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 18, 20. maddelerinin, bu maddelerin iptali halinde tümünün uygulanması olanaksız hale geleceğinden Yönetmeliğin tüm hükümlerinin iptalini istemektedir.

Savunmaların Özeti : Pilot il olarak belirlemeye ilişkin 16.2.2006 tarihli Bakanlık işleminin aynı davacı tarafından E:2006/5139 sayılı dava dosyasında da iptal davasına konu edildiği; bu kısma ilişkin olarak öncelikle usul yönünden ret kararı verilmesi gerektiği; Bakanlıkça 3.1.2005 tarihinde Düzce İlının pilot il olarak seçildiği; daha sonra 16.2.2006 tarihli Makam oluru ile İzmir İlının de aralarında bulunduğu 10 ilde aile hekimliği pilot uygulamasına geçilmesine karar verildiği; Bakanlığın 224 sayılı Yasa'ya göre birey ve toplum sağlığının geliştirilmesiyle ilgili görevleri bulunduğu; 5258 sayılı Yasa'yla da Bakanlığa aynı yönde görevler verildiği; 224 ve 5258 sayılı Yasaların birbiriyle çalışmasının söz konusu olmadığı; yeni yürürlüğe konulan 5258 sayılı Yasa'nın Anayasa'ya aykırı hükümler içermediği; sağlık hizmetlerinin hiçbir zaman özelleştirilmediği; kamu hizmetlerinde işletme sahibi, müşteri memnuniyeti gibi kavramların bulunmadığı; ancak daha nitelikli ve kaliteli sağlık hizmeti sunulmasının Bakanlığın temel görevlerinden birisi olduğu; aile hekimliğinde günlük hasta sayısının 200'e ulaşmasının söz konusu olmayacağı; sağlık ocağı sisteminden aile hekimliği sistemine geçişte hiçbir hizmetin aksamayacağı; aile hekiminin kişi sağlığından birinci derecede sorumlu olduğu; 5258 sayılı Yasa uyarınca pilot il olarak belirlenen illerde kişiye yönelik sağlık hizmetlerinin aile hekimliğince, topluma yönelik sağlık hizmetlerinin ise toplum sağlık merkezlerince yürütüldüğü; bu sistemle hizmette uzmanlaşmaya gidildiği; aile hekimliğinin dünyanın birçok ülkesinde ve OECD ülkelerinin hemen tamamında uygulandığı ve olumlu sonuçlar alındığı; dünyada bu sistemi geliştirme çabalarının halen devam ettiği;

aile hekiminin statüsünün 5258 sayılı Kanun'la belirlendiği; aile hekimlerinin ulaşılabilir ve kaliteli sağlık hizmeti vereceği; yurttaşların sağlık hizmetine ulaşmasını engelleyen hususların 5258 sayılı Kanun'la ortadan kaldırıldığı; aile hekimliği sisteminde, kişilerin sağlığından birinci derecede sorumlu olan, ölçülebilir, denetlenebilir ve hesap sorulabilir bir ekip tarafından hizmet sunulacağı; sağlık ocağı sisteminde bu görevler kurumsal olduğu için sorumluluk üstlenilmediği, denetimlerin de sonuç vermediği; aile hekimliği hizmetleri parasız olduğu için hizmet sunumunda sağlık personeli ile hasta arasında ücretle ilgili bir sorun yaşanmayacağı; herkes bu sağlık hizmetinden ücretsiz yararlanacağından sosyal devlet ilkesinin hayata geçirileceği; koruyucu sağlık hizmetlerinin ihmal edilmediği; kişiye yönelik hizmetlerin ayrıntılı bir kayıt sistemiyle aile hekimi tarafından verileceği; örneğin gebe takibi, doğumdan sonraki aşılardan hep aynı hekim tarafından yapılacağı; hekim ile hasta arasında güven ilişkisi kurulacağı, aile planlaması hizmetlerinin daha etkin ve verimli bir biçimde yürütülebileceği; hekim odaklı sağlık sisteminden hasta odaklı sağlık sistemine geçildiği; sağlık ve eğitim hizmetlerinin karma hizmetler olup, sağlık hizmetinin 1925'ten beri hem devlet, hem de özel sektör tarafından verildiği; devletin organizasyon, denetleme ve standart koyma gibi görevlerinin ön plana çıktığı; kamu görevlilerine ilişkin kuralların sadece 657 sayılı Yasa'da yer almayıp özel yasalarla da düzenlemeler yapıldığı; aile hekimi olmak için sözleşme imzalayan kamu görevlilerinin istedikleri takdirde eski kadro ya da pozisyonlarına dönebilecekleri; ilk pilot il olan Düzce'de tüm sözleşmeli pozisyonların dolu olduğu, 25 kişinin de aile hekimi olmak için beklediği; tabipler, birinci basamak sağlık kuruluşlarında 1500-2000 TL maaş alırken sözleşmeli aile hekimi olduklarında 5000- 5500 TL ücret aldıkları; ücretin tatmin edici düzeyde olup nimet-külfet dengesinin kurulduğu; 2368 sayılı Yasa'ya göre sağlık personelinin haftalık çalışma süresinin 45 saat olduğu, aile hekimliğinde haftalık çalışma süresinin 40 saat olarak belirlendiği; 224 sayılı Yasa'nın kimi hükümlerinin 5258 sayılı Yasa'yla kaldırıldığı; ebe, hemşire ve sağlık memurunun 1219 sayılı Yasa ve diğer ilgili mevzuatta „sağlık personeli,“ olarak adlandırıldığı, aile sağlığı elemanları olarak bu mesleklerin seçildiği; hastanelere %20 sevk oranı sınırlamasının tüm dünyadaki uygulamalar ve bilimsel veriler esas alınarak ortaya konulduğu; bilimsel verilere göre, tüm hastalıkların %85'inin 1. basamak sağlık kuruluşlarında tedavi edilebildiği; bu oranın kimi ülkelerde %93'e çıktığı; 5258 sayılı Yasa'ya göre, hastaların %80'inin 1. basamak sağlık kuruluşlarında tedavi edilmesinin öngörüldüğü; kamu mallarının kiraya verilmesinde hukuka aykırılık bulunmadığı; sağlık ocağı binalarını bağışta bulunmuş olanların iradeleri dışında bir tasarrufun da söz konusu olmadığı; sağlık ocaklarının boşaltıldığı iddiasının gerçeği yansıtmadığı; aile sağlığı elemanlarının şimdi yaptıklarından farklı bir hizmet sunmayacakları; tüm bu nedenlerle yasal dayanaktan yoksun olan davanın reddi gerektiği yolundadır.

Danıştay Tetkik Hakimi : M. Emin Kaçar

Düşüncesi

: 5258 sayılı Aile Hekimliği Pilot Uygulaması Hakkında

Kanun'un 3. maddesinin son fıkrasının 2. cümlesinde, "Sağlık Bakanlığı'nca belirlenen standartlara göre, koruyucu hekimlik hizmetlerinin eksik uygulanması veya hasta sevk oranlarının yüksek olması halinde, bu ödeme tutarından brüt ücretin %20'sine kadar indirim yapılır." hükmü öngörülmüş ise de; bu maddede yer alan "... veya hasta sevk oranlarının yüksek olması" ibaresi, Anayasa Mahkemesi'nin 21.2.2008 günlü, E:2005/10, K:2008/63 sayılı kararıyla iptal edilmiş olup; Aile Hekimliği Pilot Uygulaması Kapsamında Sağlık Bakanlığı'nca Çalıştırılan Personele Yapılacak Ödemeler ve Sözleşme Şartları Hakkında Yönetmeliğin, anılan Yasa hükmüne dayalı olarak aile hekiminin sözleşme ücretinden sevk kesintisi yapılmasını öngören 18/A. maddesi, Danıştay 11. Dairesi'nin 30.12.2008 günlü, E:2005/4287, K:2008/10605 sayılı kararıyla iptal edildiğinden davanın bu kısmı hakkında karar verilmesine yer olmadığı; Yönetmeliğin diğer maddelerinin iptali isteminin ise yasal dayanaktan yoksun bulunması nedeniyle reddi gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı : Aylin Bayram

Düşüncesi : Dava, İzmir İlinin 5258 sayılı Aile Hekimliği Pilot Uygulaması Hakkında Kanuna dayanılarak pilot il olarak belirlenmesine ilişkin 16.2.2006 günlü, 1538 sayılı Sağlık Bakanlığı işlemi ile 12.8.2005 günlü, 25904 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 2005/9142 sayılı Bakanlar Kurulu Kararıyla yürürlüğe giren Aile Hekimliği Pilot Uygulaması Kapsamında Sağlık Bakanlığınca Çalıştırılan Personele Yapılacak Ödemeler ve Sözleşme Şartları Hakkında Yönetmeliğin 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 18 ve 20. maddelerinin, bu maddelerin iptali halinde tümünün uygulanması olanaksız hale geleceğinden Yönetmeliğin tüm hükümlerinin iptali istemiyle açılmıştır.

Davacı tarafından, dava konusu Yönetmeliğin dayanağı olan 5258 sayılı Kanun'un tüm hükümlerinin Anayasa'ya aykırı olduğu, bu nedenle anılan Kanun'un iptali istemiyle Anayasa Mahkemesi'ne başvurulması gerektiği öne sürülmüşse de, 5258 sayılı Kanun'un 3. maddesinin 2. fıkrasının son tümcesinin, aynı maddenin son fıkrasının ikinci tümcesinde yer alan "...veya hasta sevk oranlarının yüksek olması..." ibaresinin, 5. maddesinin 2. fıkrasının "Alınacak katkı payı tutarı Sağlık, Maliye ve Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlıklarınca müştereken belirlenir" şeklindeki üçüncü tümcesinin ve 8. maddesinin ikinci fıkrasının "...ve bu Kanunda belirlenen esaslar çerçevesinde bunlara yapılacak ödeme tutarları ile bu ücretlerden indirim oran ve şartları, sözleşmenin feshini gerektiren nedenler,..." bölümünün Anayasa Mahkemesi'ne götürülmüş olduğu, Anayasa Mahkemesi'nin 21.2.2008 günlü, E:2005/10, K:2008/63 sayılı kararıyla, anılan Kanun'un 3.maddesinin 2. fıkrasının son cümlesinin, 5. maddesinin 2. fıkrasının "Alınacak katkı payı tutarı Sağlık, Maliye ve Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlıklarınca müştereken belirlenir" şeklindeki üçüncü tümcesinin ve 8. maddesinin ikinci fıkrasının "...ve bu Kanunda belirlenen esaslar çerçevesinde bunlara yapılacak ödeme tutarları ile bu ücretlerden indirim oran ve şartları, sözleşmenin feshini gerektiren nedenler,..." bölümünün Anayasa'ya aykırı bulunmayarak iptal isteminin reddine, 3. maddesinin son fıkrasının ikinci tümcesinde yer alan "...veya hasta sevk oranlarının yüksek olması..." ibaresinin ise Anayasa'ya aykırı bulunarak iptaline karar verildiği anlaşılmaktadır. Davacının Kanun'un diğer maddelerine yönelik Anayasa'ya aykırılık iddiası ciddi görülmemiştir.

İşin esasına gelince;

5258 sayılı Kanun ile Sağlık Bakanlığı'nın pilot olarak belirleyeceği illerde, birinci basamak sağlık hizmetlerinin geliştirilmesi, birey ihtiyaçları doğrultusunda koruyucu sağlık hizmetlerine ağırlık verilmesi, kişisel sağlık kayıtlarının tutulması ve bu hizmetlere eşit erişimin sağlanması amacıyla aile hekimliği hizmetlerinin yürütülebilmesini teminen görevlendirilecek veya çalıştırılacak sağlık personelinin statüsü ve mali hakları ile hizmetin esasları düzenlenmiştir. Yasanın 8. maddesinde, yönetmelikler ile düzenlenecek konular belirlenmiş, maddenin 2. fıkrasında, aile hekimi ve aile sağlığı elemanlarıyla yapılacak sözleşmede yer alacak hususlar ve bu Kanunda belirlenen esaslar çerçevesinde bunlara yapılacak ödeme tutarları ile bu ücretlerden indirim oran ve şartlarının, sözleşmenin feshini gerektiren nedenlerin, Maliye Bakanlığının uygun görüşü alınarak, Sağlık Bakanlığının teklifi üzerine Bakanlar Kurulunca çıkarılacak yönetmelikle düzenleneceği kurala bağlanmış; dava konusu Yönetmelik de bu hükme dayanılarak yürürlüğe girmiştir.

Dava konusu Yönetmeliğin 9. maddesinde, sözleşmeyle çalıştırılan aile hekimleri ve aile sağlığı elemanlarının izin hakları düzenlenmiş, maddenin iptali istenilen 3. fıkrasında; belirtilen izinlerin kullanılması sırasında, sözleşmeyle çalıştırılan aile hekiminin, bu Yönetmeliğin 5. maddesinde belirtilen şartları taşıyan tabip veya tabiplerle veya aile sağlığı elemanları ile anlaşarak, hizmetin görülmesini sağlayacağı, bu anlaşmanın yerel sağlık idaresince uygun görülmesi halinde uygulanacağı, bu durumda, asıl aile hekimi ya da aile sağlığı elemanına ödemenin tam olarak yapılacağı, geçici aile hekimi ya da aile sağlığı elemanına bu geçici görevi dolayısıyla ödeme yapılmayacağı; 4. fıkrasında da, bu mümkün olmadığı takdirde yerel sağlık idaresinin, diğer aile hekimleri, aile sağlığı elemanları veya

Bakanlık personelini geçici aile hekimi veya geçici aile sağlığı elemanı olarak görevlendireceği, izne ayrılan aile hekimi veya aile sağlığı elemanına kişi başına yapılacak net ödemenin hesaplanacağı, hesaplanan miktarın %50'sinin aile hekimi veya aile sağlığı elemanına, kalan %50'sinin geçici aile hekimi veya geçici aile sağlığı elemanına ödeneceği hükme bağlanmıştır.

Anayasa'nın 128. maddesinde, Devletin, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevlerin, memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görüleceği, memurların ve diğer kamu görevlilerinin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ile diğer özlük işlerinin yasayla düzenleneceği belirtilmiş, Anayasa'nın 50. maddesinde de, "...Dinlenmek, çalışanların hakkıdır. Ücretli hafta ve bayram tatili ile ücretli yıllık izin hakları ve şartları kanunla düzenlenir." kuralı yer almıştır. Anayasa Mahkemesi'nin yukarıda yer verilen kararı ile "diğer kamu görevlisi" kapsamında kabul edilen sözleşmeli aile hekimi ve aile sağlığı elemanlarının nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ile özlük işlerine ilişkin konularda 5258 sayılı Yasa ile bir çerçeve çizilmiş, konunun ayrıntıları çıkarılacak yönetmeliğe bırakılmış ve Anayasa'nın 128. maddesine uygun bir düzenleme getirilmiş ise de, yine bu kapsamda "izin haklarının" da yasa ile ilke ve esasları saptanıp çerçevesi belirlendikten sonra ayrıntıların çıkarılacak yönetmeliğe bırakılması gerekirken, konunun yasada hiç düzenlenmeyerek yönetmelikle düzenlenmesinde Anayasa'nın 128. ve 50. madde hükümlerine uyarlık bulunmamaktadır.

Nitekim, kamu personeli ve işçilerle ilgili yasal düzenlemelerde bu personelin izin haklarına ilişkin düzenlemelere yer verilmiştir.

Yönetmeliğin aile hekiminden yapılacak kesintileri düzenleyen 18. maddesinin sevk kesintisine ilişkin (A) bendine gelince; anılan hüküm 5258 sayılı Aile Hekimliği Pilot Uygulaması Hakkında Kanun'un 3. maddesinin son fıkrasının 2. cümlesinde yer alan "Sağlık Bakanlığınca belirlenen standartlara göre, koruyucu hekimlik hizmetinin eksik uygulanması veya hasta sevk oranlarının yüksek olması halinde, bu ödeme tutarından brüt ücretin %20'sine kadar indirim yapılır." hükmüne dayanılarak düzenlenmişse de, Yasanın anılan maddesindeki "...veya hasta sevk oranlarının yüksek olması..." ibaresi, Anayasa Mahkemesi'nin 21.2.2008 günlü, E:2005/10, K:2008/63 sayılı kararıyla, Anayasa'ya aykırı olduğu gerekçesiyle iptal edilmiş olduğundan, dava konusu Yönetmeliğin 18/A maddesinde yer alan sevk kesintisi düzenlemesinin yasal dayanaktan yoksun kaldığı açıktır.

Yönetmeliğin dava konusu diğer hükümlerinin ise dayanağı olan Yasa ve Anayasa hükümlerine uygun olarak düzenlendiği ve maddelerde hukuka aykırılık bulunmadığı anlaşılmaktadır.

Davanın İzmir İlinin pilot il olarak belirlenmesi işlemine ilişkin kısmına gelince;

Etkili bir sağlık sistemi kurulabilmesi ve genel sağlık sigortasının uygulanabilmesine zemin hazırlanabilmesi amacıyla 5258 sayılı Aile Hekimliği Pilot Uygulaması Hakkında Kanun'un yürürlüğe girdiği, Kanun ile öngörülen aile hekimliği uygulamasına başlanacak olan pilot illerin belirlenmesi konusunda Sağlık Bakanlığı'na yetki verildiği, bu kapsamda ilk uygulamaya 15.9.2005 tarihinde Düzce ilinde başlandığı, daha sonra dava konusu 16.2.2006 günlü işlemle de, Adıyaman, İzmir, Samsun, Elazığ, Gümüşhane, Isparta, Bolu, Edirne, Eskişehir ve Denizli'nin de yeni pilot iller olarak belirlendiği, uygulamanın sonuçlarına göre sistemin kademeli olarak diğer illerde de yaygınlaştırılmasının amaçlandığı anlaşıldığından, 5258 sayılı Yasa'nın uygulanması kapsamında İzmir İli'nin de pilot iller arasında belirlenmesinde dayanağı yasa hükümlerine, hizmet gereklerine ve hukuka aykırılık bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle, Aile Hekimliği Pilot Uygulaması Kapsamında Sağlık Bakanlığınca Çalıştırılan Personele Yapılacak Ödemeler ve Sözleşme Şartları Hakkında Yönetmeliğin 9. maddesinin 3. fıkrası ile 4. fıkrasının dava konusu edilen bölümünün, 18.

maddesinin (A) bendinin iptalinin, davanın, Yönetmeliğin dava konusu diğer maddeleri ile İzmir İlının pilot il olarak belirlenmesi işlemine ilişkin kısmının ise reddinin uygun olacağı düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Beşinci ve Onbirinci Dairelerince duruşma için önceden belirlenen 15.4.2009 günü davacı vekili Av. ... ile davalı Başbakanlığı temsilen Hukuk Müşaviri ... ile Sağlık Bakanlığı'nı temsilen ...'ın geldiği görülerek Danıştay Savcısı Aylin Bayram hazır bulunduğu halde, 2575 sayılı Danıştay Kanunu'na 3619 sayılı Kanun'un 10. maddesiyle eklenen Ek 1. madde uyarınca yapılan müşterek heyetle açık duruşmaya başlandı. Taraflara usulüne göre söz verilip dinlendikten ve Savcının düşüncesi alındıktan sonra duruşmaya son verildi. Dosya içindeki belgeler de incelenmek suretiyle işin gereği düşünüldü:

Davalı Sağlık Bakanlığı'nın usule ilişkin itirazı geçerli görülmemiştir.

Üyeler ..., ..., ... ve ...'ün, İzmir İlının pilot il olarak belirlenmesine ilişkin Sağlık Bakanlığı işleminin 5258 sayılı Aile Hekimliği Pilot Uygulaması Hakkında Kanuna dayanılarak kurulması ve doğrudan Yönetmeliğe dayalı bir işlem olmaması nedeniyle her iki işleme karşı görevli yargı yerinde ayrı ayrı dava açılmak üzere dilekçenin reddine karar verilmesi gerektiği yolundaki ayrışık oylarına karşılık; İzmir İlının pilot il olarak belirlenmesiyle Aile Hekimliği Pilot Uygulaması Kapsamında Sağlık Bakanlığı'nca Çalıştırılan Personele Yapılacak Ödemeler ve Sözleşme Şartları Hakkında Yönetmeliğin İzmir İlında uygulanabilir hale geldiği, sadece pilot illerde geçerli bulunan söz konusu Yönetmeliğin pilot il olarak belirleme işlemiyle birlikte İzmir'deki tabiplerin menfaatini ihlal etmeye başladığı ve İzmir İlının pilot il olarak belirlenmesine ilişkin işlemin geri alınması durumunda buna bağlı olarak Yönetmeliğin de İzmir İlında uygulanabilir olmaktan çıkacağı; sonuç olarak dava konusu bireysel işlemin, düzenleyici işlemin İzmir İlında yürürlüğe konulmasını sağlayıcı bir işlev gördüğü açık olduğundan, aynı Pilot Uygulama Yasası'ndan kaynaklanan aile hekimliği pilot uygulamasıyla ilgili her iki işleme karşı 2577 sayılı Yasa'nın 5/1. maddesi uyarınca tek dilekçe ile dava açılabileceği sonucuna varılarak işin gereği düşünüldü:

Davacı, dava konusu Yönetmelikle birinci basamak sağlık hizmetlerinin özelleştirilmek istendiğini, sözleşmeli aile hekiminin kamu binalarını ancak kiralama yolu ile kullanan bir işletme sahibi olduğunu, en az 1000 kişinin kayıtlı olması istenen aile hekiminin statüsünün belirsiz olduğunu, aile hekimine yüklenen görevler ve hizmet koşulları dikkate alındığında nitelikli sağlık hizmeti verilemeyeceğini, aile hekimine kayıtlı kişi sayısının 4000'e kadar çıkabildiğini, aile hekiminin günde en az 200 kişiyi muayene etmesinin beklendiğini, özellikle koruyucu ve birinci basamak sağlık hizmetinin sosyal devlet ilkesi temelinde bir kamu hizmeti olduğunu ve ancak kamu görevlileri eliyle verilmesi gerektiğini, 1. basamak sağlık hizmetlerinin 657 sayılı Yasa'ya tabi olmayan sözleşmeli aile hekimi eliyle verilmesinin Anayasaya aykırı olduğunu; Anayasa'nın 128. maddesine göre, kamu personelinin aylık, ödenek ve diğer özlük işlerinin yasayla düzenlenmesi gerektiğini; aylık yerine değişken bir ücretin ödeneceğini; aile hekiminin haftada en az 40 saat çalışması, gerekirse hafta sonu ve mesai dışı çalışmasının öngörüldüğünü; rekabet ortamında kayıtlı kişileri kaybetmemek için ulusal ve uluslar arası standartların üzerinde çalışmasının beklendiğini; bu durumun adil çalışma koşullarına aykırı olduğunu; sözleşmeli-işletme sahibi aile hekimi ve sözleşmeli aile sağlığı elemanına tüm koruyucu ve birinci basamak sağlık hizmetleri yüklenerek devletin sağlık hizmetlerinden çekildiğini; Yasanın tüm hükümlerinin iptali için Anayasa Mahkemesine başvurulması gerektiğini; 224 sayılı Yasa yürürlükte olduğu halde sağlık ocaklarının kapatıldığını; 5258 sayılı Yasa'da personelin kadroları ile ilişkisinin süreceği ve haklarının korunacağını sözle yer almasının yeterli olmadığını; sözleşmeli olmaya zorlanan memurların dönecekleri kadro kalmayacağını; 5258 sayılı Yasa'nın 3. maddesinin 2. fıkrasına göre ihtiyaç duyulması halinde görevlendirme yapılması ve kamu görevlisi olmayan kişilerin

çalıştırılmasının Anayasanın 128. maddesine aykırı olduğunu; 657 sayılı Yasa'ya tabi olarak görev yapan hekimlerin görevlendirme suretiyle sözleşmeli statüde çalıştırılmayacağını; kamu taşınmazlarının aile hekimlerine kiralanmasının hukuka aykırı ve sadece özelleştirme amacına yönelik olduğunu; bir kısmı vatandaşlarca sağlık ocağı olarak bağışlanan bu yerlerin bağışlayanların iradesi dışında bir düzenlemeye de konu edilemeyeceğini, aile hekimliği hizmetlerinin ücretsiz olmasının geçici olduğunu, adil çalışma koşullarının gözetilmediğini; Anayasaya, sosyal devlet ve kanun önünde eşitlik ilkelerine aykırı düzenleme yapıldığını; aile hekimliğinin bir tıpta uzmanlık dalı olduğunu; ebelik, hemşirelik, sağlık memurluğunun müfredatları farklı ayrı meslekler olduğunu; bunların tümünü aile sağlığı elemanı başlığı altında toplamanın mesleki haklarına aykırı olduğunu, kazanç getirici başka iş yapma yasağının yasal dayanağı bulunmadığını, hekimlerin 2368 sayılı Yasa'dan kaynaklanan serbest çalışma hakları bulunduğunu, sözleşmeyi vali veya görevlendireceği mercinin imzalayacağını, mülki idare amirinin bu yetkisinin yasal dayanağı bulunmadığını, izinlerde ücretlerden %50 kesintiye olanak tanındığını, 4857 sayılı Yasayla işçilere tanınan ücretli izin hakkının aile hekimine tanınmadığını, çalışma saatlerine ilişkin 10. maddeyle özlük hakların yok sayıldığını, haftalık çalışma süresinin üst sınırı ve dinlenme hakkı bulunmadığını, sınırsız ve nedensiz "hekim seçme özgürlüğü"nün ilkeli çalışan hekimlerin kayıtlı hasta sayısının 1000'in altına düşmesine neden olabileceğini, hasta sayısının 1000'in altına düşmesi otomatik olarak sözleşme yenilememe nedeni olduğundan bu durumun sürekli çalışmak zorunda olduklarını gösterdiğini; denetimi düzenleyen 11. maddenin denetim ilkelerine aykırı olduğunu, sözleşmeli aile hekiminin kamu görevlisi iken sahip olduğu özlük haklarına sahip bulunmadığını ileri sürmektedir.

5258 sayılı Kanun'un 3. maddesinin 2. fıkrasının son tümcesi, aynı maddenin son fıkrasının ikinci tümcesinde yer alan "...veya hasta sevk oranlarının yüksek olması..." ibaresi, 5. maddesinin 2. fıkrasının "Alınacak katkı payı tutarı Sağlık, Maliye ve Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlıklarınca müştereken belirlenir" şeklindeki üçüncü tümcesi ve 8. maddesinin ikinci fıkrasının "...ve bu Kanunda belirlenen esaslar çerçevesinde bunlara yapılacak ödeme tutarları ile bu ücretlerden indirim oran ve şartları, sözleşmenin feshini gerektiren nedenler..." bölümünün iptali istemiyle Anayasa Mahkemesi'nde açılan iptal davası sonucunda; Anayasa Mahkemesi'nin 21.2.2008 günlü, E:2005/10, K:2008/63 sayılı kararıyla, 5258 sayılı Yasa'nın 3. maddesinin son fıkrasının ikinci tümcesinde yer alan "...veya hasta sevk oranlarının yüksek olması..." ibaresinin iptal edildiği, diğer madde hükümlerine yönelik iptal isteminin ise reddine karar verildiği görülmüş ve davacının 5258 sayılı Yasa'nın diğer maddelerine yönelik Anayasaya aykırılık itirazı ciddi bulunmayarak işin gereği düşünüldü:

Birinci basamak sağlık hizmetlerinin etkin bir biçimde sunulması amacıyla yürürlüğe konulan 5258 sayılı Aile Hekimliği Pilot Uygulaması Hakkında Kanun'un 1. maddesiyle, aile hekimliği uygulamasına başlanacak pilot illerin belirlenmesi konusunda Sağlık Bakanlığı'na yetki verildiği; ilk olarak Düzce'nin pilot il olarak belirlendiği; daha sonra 16.2.2006 tarihli dava konusu Bakanlık işlemiyle İzmir'in de aralarında bulunduğu 10 yeni ilin pilot il olarak belirlendiği, bugün için pilot il sayısının 33'e çıktığı ve aile hekimliğinin tüm yurt düzeyinde uygulanmasının amaçlandığı anlaşıldığından, 5258 sayılı Yasa'nın 1. maddesinin tanıdığı yetki çerçevesinde İzmir'in pilot il olarak belirlenmesinde hukuka aykırılık görülmemiştir.

12.8.2005 günlü, 25904 Resmi Gazete'de yayımlanan 2005/9142 sayılı Bakanlar Kurulu kararıyla yürürlüğe konulan Aile Hekimliği Pilot Uygulaması Kapsamında Sağlık Bakanlığı'nca Çalıştırılan Personele Yapılacak Ödemeler ve Sözleşme Şartları Hakkında Yönetmeliğin dayanağını 5258 sayılı Yasa'nın 8. maddesinin 2. fıkrası oluşturmaktadır. 9.12.2004 tarihinde yürürlüğe giren 24.11.2004 günlü, 5258 sayılı Aile Hekimliği Pilot Uygulaması Hakkında Kanun'un 8. maddesinin 2. fıkrasında, "Aile hekimi ve aile sağlığı elemanlarıyla yapılacak sözleşmede yer alacak hususlar ve bu Kanunda belirlenen esaslar çerçevesinde bunlara yapılacak ödeme tutarları ile bu ücretlerden indirim oran ve şartları, sözleşmenin feshini gerektiren nedenler, Maliye Bakanlığının uygun görüşü alınarak, Sağlık

Bakanlığının teklifi üzerine Bakanlar Kurulunca çıkarılacak yönetmelikle düzenlenir." hükmü yer almaktadır.

5258 sayılı Aile Hekimliği Pilot Uygulaması Hakkında Yasa'nın 1. maddesinde, Yasa'nın amaç ve kapsamı, Sağlık Bakanlığı'nın pilot olarak belirleyeceği illerde, birinci basamak sağlık hizmetlerinin geliştirilmesi, birey ihtiyaçları doğrultusunda koruyucu sağlık hizmetlerine ağırlık verilmesi, kişisel sağlık kayıtlarının tutulması ve bu hizmetlere eşit erişimin sağlanması amacıyla aile hekimliği hizmetlerinin yürütülebilmesini teminen görevlendirilecek veya çalıştırılacak sağlık personelinin statüsü ve mali hakları ile hizmet esaslarını düzenlemek olarak belirlenmiştir.

Aynı Yasa'nın 2. maddesinde, aile hekimi, kişiye yönelik koruyucu sağlık hizmetleri ile birinci basamak teşhis, tedavi ve rehabilite edici sağlık hizmetlerini yaş, cinsiyet ve hastalık ayrımı yapmaksızın her kişiye kapsamlı ve devamlı olarak belli bir mekanda vermekle yükümlü, gerektiği ölçüde gezici sağlık hizmeti veren ve tam gün esasına göre çalışan aile hekimliği uzmanı veya Sağlık Bakanlığı'nın öngördüğü eğitimleri alan uzman tabip veya tabip olarak tanımlanmış; aile sağlığı elemanının da, aile hekimi ile birlikte hizmet veren hemşire, ebe, sağlık memuru gibi sağlık elemanı olduğu belirtilmiştir.

5258 sayılı Yasa'nın 3. maddesinde, "Personelin Statüsü ve mali hakları" düzenlenmiştir. 3. maddenin 1. fıkrasında, Sağlık Bakanlığı'nın "Bakanlık veya diğer kamu kurum veya kuruluşları personeli olan uzman tabip, tabip ve aile sağlığı elemanı olarak çalıştırılacak sağlık personelinin, kendilerinin talebi ve kurumlarının veya Bakanlığın muvafakatı üzerine, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu ile diğer kanunların sözleşmeli personel çalıştırılması hakkındaki hükümlerine bağlı olmaksızın, sözleşmeli olarak çalıştırmaya veya bu nitelikteki Bakanlık personelinin aile hekimliği uygulamaları için görevlendirmeye yetkili" olduğu öngörülmüştür.

Anılan Yasa'nın 3. maddesinin 2. fıkrasına göre, aile sağlığı elemanları, aile hekimi tarafından belirlenen ve Sağlık Bakanlığı tarafından uygun görülen, kurumlarınca da muvafakat verilen Bakanlık veya diğer kamu kurum ve kuruluşları personeli arasından seçilir ve bunlar sözleşmeli olarak çalıştırılır. Bu suretle eleman temin edilememesi halinde, Sağlık Bakanlığı, personelinin bu hizmetler için görevlendirebilir. İhtiyaç duyulması halinde, Türkiye'de mesleğini icra etmeye yetkili ve 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 48 inci maddesinin (A) bendinin (4), (5) ve (7) numaralı alt bentlerindeki şartları taşıyan kamu görevlisi olmayan uzman tabip, tabip ve aile sağlığı elemanları; Sağlık Bakanlığı'nın önerisi, Maliye Bakanlığı'nın uygun görüşü üzerine sözleşme yapılarak aile hekimliği uygulamalarını yürütmek üzere çalıştırılabilir.

Davacı İzmir Tabip Odası, sözleşmeli aile hekimleri ve aile sağlığı elemanlarının yürüttüğü hizmetlerin, Devletin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü olduğu asli ve sürekli görevlerinden olduğunu; böyle bir görevin Anayasa'nın 128. maddesi gereğince memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle yürütülebileceğini; aile hekimlerinin statülerinin belirsiz ve güvencesiz olduklarını; özel işletmeciler niteliklerinin ağır bastığını; asli ve sürekli kamu hizmetlerinin bu sözleşmeli personel tarafından yerine getirilemeyeceğini ileri sürmektedir.

5258 sayılı Yasa'nın kimi hükümlerinin iptali istemiyle Anayasa Mahkemesi'nde açılan iptal davası sonucunda, 5258 sayılı Yasanın yukarıda anılan 3. maddesinin 2. fıkrasındaki kamu görevlisi olmayan tabip ve sağlık elemanlarını sözleşmeli olarak istihdamla ilgili tümceğin iptali istemi, aşağıda belirtilen gerekçelerle reddedilmiştir: Anayasa Mahkemesi'nin 21.2.2008 günlü, E:2005/10, K:2008/63 sayılı kararıyla; "Anayasa'nın 128. maddesinde, Devletin, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevlerin, memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görüleceği, memurların ve diğer kamu görevlilerinin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ile diğer özlük işlerinin yasayla düzenleneceği belirtilmiştir. Maddede sözü edilen

"diğer kamu görevlileri" kavramı, memurlar ve işçiler dışında, kamu hizmetinin gerektirdiği asli ve sürekli görevlerde, kamu hukuku ilişkisiyle çalışanları kapsamaktadır. Devletin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü olduğu kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevlerde memur ve/veya diğer kamu görevlilerinden hangisinin çalıştırılacağına ilişkin tercih yasakoyucunun takdir alanı içindedir.

"Kamu hizmeti, geniş tanımıyla, devlet ya da diğer kamu tüzelkişileri tarafından ya da bunların denetim ve gözetimleri altında, ortak gereksinimleri karşılamak ve kamu yararını sağlamak için topluma sunulmuş bulunan sürekli ve düzenli etkinliklerdir. Toplumsal yaşamın zorunlu gereksinimlerinden olan, düzenlilik ve süreklilik isteyen sağlık hizmeti de niteliği gereği kamu hizmeti olarak değerlendirilmektedir.

"5258 sayılı Yasa'ya göre aile hekimleri ve aile sağlığı elemanlarınca sunulacak hizmetler, kişiye yönelik koruyucu sağlık hizmetleri ile birinci basamak tanı koyucu, tedavi ve rehabilite edici sağlık hizmetleridir.

"Sağlık Bakanlığı'nın, aile hekimliği hizmetlerini, pilot olarak belirleyeceği illerde görevlendireceği ya da sözleşmeli olarak çalıştıracağı personel eliyle yürütmesi; bu hizmetlerin niteliği itibarıyla belli bir düzenlilik içinde sunulması gereken, kişilerin ve dolayısıyla aile ve toplumun varlığı ve huzuru yönünden vazgeçilmez, ertelenemez ve ikame edilemez hizmetler olması; aile hekimi ve aile sağlığı elemanlarının bu hizmetleri kapsamlı ve devamlı olarak belli bir mekanda ve tam gün çalışma esasına göre sunmaları; aile hekimliği pilot uygulamasına geçilen illerde bu hizmetlerin ücretsiz olarak verilmesi; kişilerin bu sağlık hizmetlerinden yararlanabilmelerinin aile hekimlerine kayıt olmalarına bağlı olması ve bu illerde aile hekimliği kapsamındaki hizmetlerin sadece aile hekimlerince sunulması; birinci basamakta düzenlenmesi öngörülen her türlü reçete, rapor ve sevklerin ve diğer resmi belgelerin, aile hekimleri tarafından düzenlenmesi; birinci basamaktan ikinci ve üçüncü basamak sağlık kurum ve kuruluşlarına sevklerin aile hekimlerince yapılması; sözleşmeli çalışacak aile hekimi ve aile sağlığı elemanlarının idare ile imzalayacakları sözleşmenin idari hizmet sözleşmesi niteliğinde bulunması; sözleşmeli aile hekimi ve aile sağlığı elemanlarının ücretlerinin idarece ödenmesi; aile hekimlerinin düzenledikleri tüm kayıt, evrak ve belgelerin resmi kayıt ve evrak niteliğinde olması, aile hekimleri ve aile sağlığı elemanlarının mevzuat ve sözleşmeye uygunluk ve diğer konularda, Bakanlık, ilgili mülki idare ve sağlık idaresinin denetimine tabi olmaları; görevleriyle ilgili ya da görevleri başında işledikleri veya kendilerine karşı işlenen suçlarda Devlet memuru gibi kabul edilmeleri gözetildiğinde, aile hekimleri ve aile sağlığı elemanlarınca sunulacak olan aile hekimliği hizmetlerinin, Devletin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü olduğu kamu hizmetinin gerektirdiği asli ve sürekli görevler olduğu açıktır.

"Bu durumda, ihtiyaç duyulması halinde, Türkiye'de mesleğini icra etmeye yetkili ve 657 sayılı Yasa'nın 48. maddesinin (A) bendinin (4), (5) ve (7) numaralı alt bentlerindeki şartları taşıyan kamu görevlisi olmayan uzman tabip, tabip ve aile sağlığı elemanları, Sağlık Bakanlığı'nın önerisi, Maliye Bakanlığı'nın uygun görüşü üzerine idari hizmet sözleşmesi yapılarak aile hekimliği uygulamalarını yürütmek üzere çalıştırılabileceklerdir. Bu şekilde çalıştırılanlar Anayasa'nın 128. maddesinde yer alan "diğer kamu görevlisi" kapsamında olduğundan, iptali istenen kural Anayasa'ya aykırılık oluşturmamaktadır." gerekçesiyle 5258 sayılı Yasanın 3. maddesinin 2. fıkrasındaki tümcenin iptali isteminin reddine karar verilmiştir.

Davacı İzmir Tabip Odası, Yönetmeliğin hemen tüm maddelerinin iptalini isterken, bu Yönetmeliğin dayanağını oluşturan 5283 sayılı Yasa'nın Anayasaya aykırı olduğu savına dayanmakta; asli ve sürekli bir kamu hizmeti olan birinci basamak sağlık hizmetlerinin statüsü belirsiz ve güvencesiz sözleşmeli aile hekimleri ve aile sağlığı elemanlarınca yerine getirilemeyeceğini, sağlık ocaklarının işlevsiz kılınmaya çalışıldığını ve aile hekimliği sistemiyle sonuçta sağlık hizmetlerinin özelleştirilmesinin amaçlandığını ileri sürmektedir. 5283 sayılı Yasa'nın kimi maddelerinin iptali istemiyle Anayasa Mahkemesi'nde açılan iptal davası

sonucunda, tüm sözleşmeli aile hekimleri ile aile sağlığı elemanların kamu görevlisi statüsünde oldukları ve bunların yerine getirdikleri birinci basamak sağlık hizmetlerinin de kamu hizmeti niteliğinde olduğu açıklıkla ortaya konulmuştur. Anayasa Mahkemesi tarafından 5258 sayılı Yasa'nın yalnızca 3. maddesinin son fıkrasındaki "sevk oranları"yla ilgili ibarenin iptaline karar verilmiş ve diğer hükümlerin iptali istemi ise reddedilmiştir.

Aile hekimliğinin birincil kaynağını oluşturan ve kamu kurumlarında memur ya da sözleşmeli olarak çalışmakta iken sözleşmeli aile hekimi ve aile sağlığı elemanı olan personelin, kurumlarında aylıksız veya ücretsiz izinli sayılacakları, bunların kadroları ile ilişkilerinin devam edeceği; bu personelin, istemleri halinde eski görevlerine tekrar atanacakları ve sözleşmeli statüde geçen sürelerinin kazanılmış hak derece ve kademelerinde veya kıdemlerinde değerlendirileceği 5258 sayılı Yasa'nın 3. maddesinin 3. fıkrasının açık hükmüdür. Yine aynı fıkra göre, sözleşmeli personel statüsünde çalışmakta iken aile hekimi ve aile sağlığı elemanı statüsüne geçenlerden önceki sözleşmeli personel statüsüne dönmek isteyenler, eski kurumlarındaki boş pozisyonlara öncelikle atanırlar ve bu madde kapsamındaki çalışmaları hizmet sürelerinde dikkate alınır. Bu durum, kamuda görevli iken kendi istekleriyle sözleşmeli aile hekimi ve aile sağlığı elemanı olarak görev yapmaya başlayanların, davacı tarafından ileri sürüldüğü gibi statüsüz ve güvencesiz olmayıp, aksine çifte güvenceye sahip olduklarını göstermektedir. Kamu görevlisi olmayan tabip ve sağlık çalışanlarının, gereksinim duyulması halinde "idari hizmet sözleşmesi" yapılarak aile hekimliğinde çalıştırılmalarına olanak tanındığı ve bu şekilde sözleşmeli olarak çalıştırılanların da, Anayasa'nın 128. maddesinde yer alan "diğer kamu görevlisi" statüsünde oldukları yukarıda açıklanmıştır.

5258 sayılı Yasa'nın 3. maddesinin 6. fıkrasına göre, sözleşmeli olarak çalışmaya başlayanların, daha önce bağlı oldukları sosyal güvenlik kuruluşlarıyla ilişkileri aynı şekilde devam ettirilir. Bunlar önceki durumları çerçevesinde tedavi yardımlarından yararlanmaya devam ederler.

Davacı İzmir Tabip Odası, sağlık ocağı modelinin korunması gerektiğini ve birinci basamak sağlık hizmetlerinin memur statüsündeki hekimler tarafından verilmesi gerektiğini ileri sürmekte ise de; sağlık ocaklarının kendilerinden beklenen hizmeti tam olarak sunamadıkları ve bir sevk merkezi gibi çalıştıkları için hastaların yaklaşık %50'sinin ikinci basamak sağlık kuruluşları olan hastanelere başvurdukları; normal koşullarda hastaların % 80-85'i birinci basamak sağlık kuruluşlarında tedavi edilebildikleri; sağlık ocaklarının çok çeşitli nedenlerle işlevlerini tam olarak yerine getirememesinin, yeni bir hedef olmayan aile hekimliği sisteminin bugün uygulamaya konulmasının temel etkenlerden birisi olduğu ve dava konusu düzenlemelerle sağlık hizmetlerinin daha etkin ve verimli biçimde sunulmasının amaçlandığı görülmektedir.

Asli ve sürekli görevlerde memur ve/veya diğer kamu görevlilerinden hangisinin çalıştırılacağına ilişkin tercih ise Yasakoyucunun takdir alanı içinde kalmakta ve kamu kesiminde, özellikle de Sağlık Bakanlığı'nda sözleşmeli personel istihdamı çok yaygın biçimde uygulanmaktadır. Sözleşmeli personel istihdamı, genel olarak, uzmanlık gerektiren yaşamsal önemi haiz sağlık hizmetinin özelliğinden, yurdun tüm bölgelerine sağlık hizmetlerinin sürekli ve düzenli bir biçimde ulaştırılması zorunluluğundan kaynaklanmakta ve sağlık personelinin ücret düzeyinin iyileştirilmesinde bir araç olarak da kullanılmaktadır. Aynı durumun, aile hekimliği pilot uygulamasında da geçerli olduğu gözlenmektedir. Aile hekimliğinde, birinci basamak sağlık hizmetlerinin kamu hizmeti olma niteliği değişmemekte, bu hizmetler her koşulda kamu görevlileri tarafından yerine getirilmekte ve sözleşme koşulları hizmetin özelliği dikkate alınarak belirlenmektedir.

5283 sayılı Yasa'nın 5. maddesi, aile hekimliği hizmetinin esaslarını belirlemiştir. Söz konusu 5. maddeye göre, aile hekimliği uygulamasına geçilen yerlerde kişilerin aile hekimine kaydı yapılır. Bakanlıkça belirlenen süre sonunda kişiler aile hekimlerini değiştirebilirler. Her

bir aile hekimi için kayıtlı kişi sayısı; asgari 1000, azami 4000'dir. Aralıksız iki ayı aşmayan süreyle kayıtlı kişi sayısı 1000'den az olabilir.

Aile hekimliği hizmetleri ücretsizdir; acil haller hariç, haftada kırk saatten az olmamak kaydı ile ilgili aile hekiminin talebi ve o yerin sağlık idaresince onaylanan çalışma saatleri içinde yerine getirilir. Aile hekimliği uygulamasına geçilen yerlerde acil haller ve mücbir sebepler dışında, kişi hangi sosyal güvenlik kuruluşuna tabi olursa olsun, aile hekiminin sevki olmaksızın sağlık kurum ve kuruluşlarına müracaat edenlerden katkı payı alınır. Aile hekimliği uygulamasına geçilen yerlerde, diğer kanunların ve bu arada 224 sayılı Yasa'nın aile hekimliği hizmetleri kapsamındaki hizmetlerin sunumu ile sevk ve müracaata ilişkin hükümleri uygulanmaz.

Aile hekimlerinin şahsi kayıtları ilgili il ve ilçe sağlık idare birimlerinde tutulur. Aile hekimlerinin kullandığı basılı veya elektronik ortamda tutulan kayıtlar, kişilerin sağlık dosyaları ile raporlar, sevk belgesi ve reçete gibi belgeler resmi kayıt ve evrak niteliğindedir. Bu kayıt ve belgeler, hekimin ayrılması veya kişinin hekim değiştirmesi halinde eksiksiz olarak devredilir. İlgili mevzuatta birinci basamak sağlık kuruluşları ve resmi tabiplerce düzenlenmesi öngörülen her türlü rapor, sevk evrakı, reçete ve sair belgeler, aile hekimliği uygulamasına geçilen yerlerde aile hekimleri tarafından düzenlenir. 5258 sayılı Yasa'nın 5. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca aile hekiminin sevki olmaksızın sağlık kurum ve kuruluşlarına müracaat edenlerden katkı payı alınır.

Anayasa Mahkemesi'nin 21.2.2008 günlü, E:2005/10, K:2008/63 sayılı kararıyla, Aile Hekimliği Pilot Uygulaması Kapsamında Sağlık Bakanlığı'nca Çalıştırılan Personele Yapılacak Ödemeler ve Sözleşme Şartları Hakkında Yönetmeliğin dayanağını oluşturan 5258 sayılı Yasa'nın 8. maddesinin ikinci fıkrasının "...ve bu Kanunda belirlenen esaslar çerçevesinde bunlara yapılacak ödeme tutarları ile bu ücretlerden indirim oran ve şartları, sözleşmenin feshini gerektiren nedenler..." bölümünün iptali istemi aşağıda belirtilen gerekçelerle reddedilmiştir: "Yasa'nın 8. maddesinin ikinci fıkrasının iptali istenen bölümünde, bu Yasa'da belirlenen esaslar çerçevesinde aile hekimi ve aile sağlığı elemanlarına yapılacak ödeme tutarları ile bu ücretlerden indirim oran ve şartlarının ve sözleşmenin feshini gerektiren nedenlerin Maliye Bakanlığı'nın uygun görüşü alınarak, Sağlık Bakanlığı'nın teklifi üzerine Bakanlar Kurulu'nca çıkarılacak yönetmelikle düzenleneceği belirtilmiştir. Aile hekimi ve aile sağlığı elemanlarının nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ile diğer özlük işlerinin yasayla düzenlenmesi gerektiği açıktır. Yasa'da aile hekimi ve aile sağlığı elemanlarına yapılacak ödemelerin üst sınırı, yapılacak ödeme tutarlarının tespitinde dikkate alınacak kriterler belirlenmiş ve hangi hallerde bu ödeme tutarından en fazla ne kadar indirim yapılacağı belirtilerek bu konularda yasal çerçeve çizilmiştir. İptali istenen kuralda da, bu Yasa'da belirtilen esaslar çerçevesinde aile hekimi ve aile sağlığı elemanlarına yapılacak ödeme tutarları ile bu ücretlerden indirim oran ve şartları ile sözleşmenin feshini gerektiren nedenlerin belirlenmesi yönetmeliğe bırakılmıştır.

Bu durumda Yasa'da belirtilen genel çerçeve ve esaslar doğrultusunda, ayrıntı ve uzmanlık gerektiren konuların yönetmelikle düzenlenmesi konusunda yetki verilmesinde Anayasa'ya aykırılık bulunmamaktadır."

24.11.2004 tarihli ve 5258 sayılı Aile Hekimliği Pilot Uygulaması Hakkında Kanun'un 8 inci maddesinin ikinci fıkrasına dayanılarak hazırlanan ve 12.8.2005 günlü, 25904 Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren dava konusu Yönetmeliğin 1. maddesine göre, bu Yönetmeliğin amacı, "Sağlık Bakanlığı'nca aile hekimliği pilot uygulaması kapsamında sözleşme yapmak suretiyle çalıştırılan aile hekimleri ve aile sağlığı elemanlarına yapılacak ödemeler ve sözleşme esasları ile aile hekimliği uygulamaları için Sağlık Bakanlığı'nca görevlendirilen uzman tabip, tabip ve aile sağlığı elemanlarına yapılacak ödemelere ilişkin esas ve usullerin belirlenmesi"dir. Sayıştay'ın görüşü alınarak hazırlanan bu Yönetmelik, Aile Hekimliği Pilot Uygulaması çerçevesinde sözleşmeli olarak çalıştırılanlar ile aile hekimliği

uygulamaları için görevlendirilen tüm aile hekimlerini ve aile sağlığı elemanlarını kapsar. (m.2)

Yönetmeliğin 4/3. maddesinde, aile hekimi, 5258 sayılı Yasa'nın 2. maddesine uygun olarak, kişiye yönelik koruyucu sağlık hizmetleri ile birinci basamak teşhis, tedavi ve rehabilite edici sağlık hizmetlerini, yaş, cinsiyet ve hastalık ayrımı yapmaksızın, her kişiye kapsamlı ve devamlı olarak belli bir mekanda vermekle yükümlü, gerektiği ölçüde gezici sağlık hizmeti veren ve tam gün esasına göre çalışan aile hekimliği uzmanı veya Bakanlığın öngördüğü eğitimleri alan uzman tabip veya tabipler olarak tanımlanmıştır. Birinci basamak sağlık hizmeti, toplum sağlığına yönelik hizmetler ile kişisel koruyucu, tanı koyucu, tedavi ve rehabilite edici sağlık hizmetlerini kapsayan, kişilerin sağlık sisteminden ilk alış noktasında verilen sağlık hizmetidir.

Aile hekimi, aile sağlığı merkezini yönetmek, birlikte çalıştığı ekibi denetlemek, hizmet içi eğitimlerini sağlamak ve Bakanlıkça yürütülen özel sağlık programlarının gerektirdiği kişiye yönelik sağlık hizmetlerini yürütmekle yükümlüdür. Aile hekimi, kendisine kayıtlı kişileri bir bütün olarak ele alıp, kişiye yönelik koruyucu, tedavi ve rehabilite edici sağlık hizmetlerini bir ekip anlayışı içinde sunar. Birinci basamak sağlık hizmetlerinden topluma yönelik hizmetler ise toplum sağlık merkezleri tarafından yerine getirilir.

Aile sağlığı elemanı ise, 5258 sayılı Yasa'nın 2. maddesinde de belirtildiği gibi, aile hekimi ile birlikte hizmet veren, sözleşmeli çalıştırılan veya Bakanlıkça görevlendirilen, hemşire, ebe, sağlık memurudur. Aile sağlığı elemanı, aile hekimi ile birlikte ekip anlayışı içinde kişiye yönelik koruyucu, tedavi ve rehabilite edici sağlık hizmetlerinin sunulması ile birlikte, kişilerin sağlık kayıtları ve istatistiklerinin tutulması ile yükümlüdür. Aile hekiminin yukarıda belirtilen görevlerini yerine getirmesinde yardımcı olur.

Aile hekiminin hizmet verdiği birim, aile sağlığı merkezi olarak adlandırılmaktadır. "Yerel sağlık idaresi" ise, toplum sağlığına ve çevreye yönelik sağlık hizmetleri ve idari görevler ile eğitim, izleme, değerlendirme, denetim ve koordinasyon faaliyetlerini yürüten, illerde il sağlık müdürlüğü ve ilçelerde sağlık grup başkanlığıdır. Tavan ücret, sözleşmeyle çalıştırılan aile hekimleri ve aile sağlığı elemanları ile görevlendirilen aile hekimi ve aile sağlığı elemanlarına yapılacak ödemelerin hesaplanmasında kullanılan; 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 4 üncü maddesinin (B) bendine göre istihdam edilen sözleşmeli personel için öngörülen brüt tavan ücreti ifade etmektedir.

Türkiye'de mesleğini icra etmeye yetkili, Tıpta Uzmanlık Tüzüğüne göre aile hekimliği uzmanı olanlar ile Bakanlığın öngördüğü eğitimleri alan diğer uzman tabip ve tabipler aile hekimi olabilirler. Aile hekimi olmak için "aile hekimliği uzmanı" olmak zorunlu olmayıp sadece atamalarda tercih nedeni sayılmaktadır. Bakanlık tarafından verilen kısa süreli eğitimlerin, hekimleri sözleşmeli olarak çalıştırılacakları aile hekimliğine hazırlık amaçlı olduğu ve uzman olmayan aile hekimlerinin uzmanların sahip oldukları yetkileri kullanamayacakları açıktır.

Sözleşmeyle çalıştırılan aile hekimleri ve aile sağlığı elemanlarının 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 48 inci maddesinin (A) bendinin (4), (5) ve (7) nci alt bentlerinde belirlenen şartları taşımaları gereklidir. (m. 5) Sözleşmeyle çalıştırılan aile hekimleri ve aile sağlığı elemanları ile yapılacak sözleşmelerin süresi bir yıl olup bütçe yılı itibarıyla düzenlenir. (m. 6) İdari hizmet sözleşmesiyle ve tam gün esasına göre çalıştırılan aile hekimleri ve aile sağlığı elemanları, bu görevleri dışında, bilimsel faaliyetler hariç olmak üzere kazanç getirici başka bir işte çalışamazlar ve hizmet akdi suretiyle başka bir faaliyette bulunamazlar. (m. 7) Sözleşmeyle çalıştırılacak aile hekimleri ve aile sağlığı elemanları ile sözleşme imzalamaya vali veya görevlendireceği merci yetkilidir. (m.8)

Aile hekimine bağlı yurttaş sayısı, ülke nüfusu ve mevcut hekim sayısı dikkate alınarak 5258 sayılı Yasaya uygun biçimde saptanmıştır. Sadece bu sayıdan yola çıkılarak aile hekiminin ağır bir işyükü altında kalacağı söylenemez. Aile hekimine "sağlıklı ya da hasta" asgari 1000, azami 4000 yurttaş bağlı bulunduğu gibi, yüksek ücret düzeyinin de katkısıyla

sağlık ocaklarında çalışanlardan daha fazla personel istihdam edilmesinin amaçlandığı anlaşılmaktadır. Bilindiği gibi, sağlık ocaklarındaki personel açığı, bu modelin olanak tanıdığı araçlarla giderilememiş ve özellikle yurdun geri kalmış bölgelerinde personel gereksinimi süreklilik kazanmıştır.

İlk olarak Düzce’de uygulanmaya başlanan aile hekimliğinin, daha sonra İzmir dahil olmak üzere 10 pilot ilde uygulamaya konulduğu, bugün için kapsama dahil bulunan il sayısının 33’e çıktığı ve aile hekimliğinin tüm yurt genelinde uygulanmasının amaçlandığı anlaşılmaktadır. Aile hekimliği sisteminde, bireye yönelik sağlık hizmetleri aile hekimi tarafından verilmekte, topluma yönelik koruyucu sağlık hizmetleri ise Toplum Sağlık Merkezleri tarafından sunulmaktadır. Aylıksız izinli sayılan sözleşmeli aile hekimi eski statüsüne dönmek istediğinde, kural olarak, sağlık ocağı halen dönüştürülmemiş ise sağlık ocağına, yoksa toplum sağlık merkezindeki memur kadrosuna iade edilmektedir. Memuriyet statüsünde bulunan bu kamu görevlisinin kendi isteği dışında nakle tabi tutulması söz konusu olmayıp; memur olarak görev yapan diğer hekimler gibi artık Sağlık Bakanlığı Atama ve Nakil Yönetmeliği’ne tabi olacağı ve belli aralıklarla yenilenen Personel Dağılım Cetveli kapsamında değerlendirileceği doğal bulunmaktadır. Sağlık Bakanlığı bünyesinde görev yapan memur statüsündeki hekimlerin Personel Dağılım Cetveline göre standart fazlası personel olarak belirlenmesi durumunda sadece il içinde atamaya tabi tutuldukları bilinmektedir.

Davacı, memur statüsündeki hekimlerin sözleşmeli aile hekimi olarak görevlendirilmesinin mümkün olmadığını ileri sürmektedir. Oysa, 5258 sayılı Yasa’nın 3. maddesinin 1. fıkrası bu geçici görevlendirmeye olanak tanımaktadır. Geçici olarak yürütülecek hizmet, yine birinci basamaktaki sağlık kamu hizmeti olduğu gibi, aile hekimi olarak görevlendirme işleminin görevlendirilen memurun statüsünü değiştirici bir etkisi olmadığı da çok açıktır. Aile hekimliğinde sözleşmeli personel istihdamı asıl olup, gerek yasa, gerekse ilgili yönetmelikte görevlendirmenin gereksinim halinde başvurulabilecek istisnai ve geçici bir yöntem olarak benimsendiği görülmektedir.

Davacı tarafından aile hekimliği hizmetlerinin ücretsiz olmasının geçici olduğu ve Genel Sağlık Sigortasına geçilmesiyle bu hizmetlerin paralı olacağı ileri sürülmüş ise de; 5258 sayılı Yasa’nın 5. maddesinin 2. fıkrasında aile hekimliği hizmetlerinin ücretsiz olduğu kuralına ver verilmiş olduğu gibi, 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu’nun 69/e. maddesinde de, aile hekimi muayeneleri ve kişiye yönelik koruyucu sağlık hizmetlerinin katılım payı alınmayacak sağlık hizmetlerinden olduğu açık bir biçimde vurgulanmış bulunmaktadır.

Aile hekimliği uygulamasına geçilen yerlerde, kişilerin birinci basamak sağlık hizmetlerinden faydalanabilmesi için aile hekimlerine kayıtlı olması şarttır. Kişilerin aile hekimlerine ilk kaydı, ikamet ettikleri bölge göz önünde bulundurularak yapılır. Daha sonra, kişiler, bulundukları yerin coğrafi şartlarına göre yakın konumdaki aile hekimini zaman ve bölge sınırlaması olmaksızın serbestçe seçebilmektedir. Kendi seçimini yapan kişinin aile hekimini değiştirmesi için en az altı ay beklemesi zorunludur. Büyükşehir belediyesine bağlı her ilçe ayrı bir bölgedir. Büyükşehir sınırlarındaki ilçelerde, kişi isterse bulunduğu ilçe dışından aile hekimini seçebilir. Diğer ilçelerin her biri bir bölgedir.

Dava konusu Yönetmeliğin "İzinler" başlıklı 9. maddesi, "Aile hekimliği uygulamaları için Bakanlıkça görevlendirilen uzman tabip, tabip ve aile sağlığı elemanları izin kullanımı yönünden kendi mevzuatlarına tabidirler.

Sözleşmeyle çalıştırılan aile hekimleri ve aile sağlığı elemanlarının yıllık izin süreleri otuz gündür. Bu personele, mazereti sebebiyle 5 gün daha izin verilebilir. Kadın personele doğumdan önce sekiz ve doğumdan sonra sekiz hafta olmak üzere toplam on altı hafta süreyle izin verilir ...Yıl içinde tek hekimin uygun görmesiyle toplam yirmi güne kadar hastalık izni kullanılabilir ve toplam yirmi günü aşan hastalık izni için sağlık kurulu raporu gereklidir.

Yukarıda belirtilen izinlerin kullanılması sırasında, sözleşmeyle çalıştırılan aile hekimi, bu Yönetmeliğin 5 inci maddesinde belirtilen şartları taşıyan tabip veya tabiplerle veya aile sağlığı elemanları ile anlaşarak, hizmetin görülmesini sağlar. Bu anlaşma yerel sağlık idaresince uygun görülmesi halinde uygulanır. Bu durumda, asıl aile hekimi ya da aile sağlığı elemanına ödeme tam olarak yapılır. Geçici aile hekimi ya da aile sağlığı elemanına bu geçici görevi dolayısıyla ödeme yapılmaz.

Bu mümkün olmadığı takdirde, yerel sağlık idaresi, diğer aile hekimleri, aile sağlığı elemanları veya Bakanlık personelini geçici aile hekimi veya geçici aile sağlığı elemanı olarak görevlendirir. İzne ayrılan aile hekimi veya aile sağlığı elemanına kişi başına yapılacak net ödeme hesaplanır. Hesaplanan miktarın % 50'si aile hekimi veya aile sağlığı elemanına, kalan % 50'si geçici aile hekimi veya geçici aile sağlığı elemanına ödenir...

İzin vermeye ve hastalık raporlarını izne çevirmeye, yerel sağlık idarelerinin teklifi üzerine bulundukları yerin mülki idare amirleri yetkilidir." hükmünü taşımaktadır. 5258 sayılı Yasa'nın 8. maddesine dayanılarak getirilen bu düzenlemenin yasal dayanağının bulunmadığı yolundaki iddia geçerli görülmemiştir. Dava konusu Yönetmelik hükmü, genel olarak kamuda görev yapan diğer sözleşmeli personele tanınan haklarla koşutluk göstermektedir. Aile hekiminin yıllık izin döneminde sözleşme ücretinden istisnai olarak %50 oranında kesinti yapılabilmesine olanak tanınması, ücretli izin hakkı bulunmadığı şeklinde yorumlanamaz. Bu durumda dahi sözleşmeli aile hekiminin aldığı ücretin memur statüsündeki hekimden daha fazla olduğu ve aile hekimine "temel ücret" in her durumda ödendiği anlaşılmaktadır.

Dava konusu Yönetmeliğin "Çalışma saatleri"ni düzenleyen 10. maddesinde ise, "Aile hekimleri ve aile sağlığı elemanlarının haftalık çalışma süresi kırk saattir. Aile hekimleri ve aile sağlığı elemanları, acil veya olağanüstü durumlar hariç, haftada kırk saatten az olmamak kaydı ile ilgili aile hekiminin talebi ve yerel sağlık idaresinin onayı ile belirlenen çalışma saatleri içinde çalışırlar. Haftada kırk saatten fazla veya hafta sonları çalışma aile hekiminin ve aile sağlığı elemanının talebi üzerine yapılabilir. Çalışma saatleri haftanın tüm günlerine yayılabilir. Görev tanımlarında belirlenen nöbet, acil yardım hizmetleri, olağanüstü durumlarda yapacakları hizmetler, toplum sağlığı ve benzeri hizmetlerde aile hekimleri ve aile sağlığı elemanları, çalışma saatleri dışında veya hafta tatili ve resmi tatillerde de çalıştırılabilirler." hükmü yer almaktadır.

5258 sayılı Yasa'nın 5/2. ve Sözleşme Şartları Yönetmeliği'nin 10. maddesinde aile hekimleri ve aile sağlığı elemanları için öngörülen ve haftada 40 saat olan çalışma süresi, davacı tarafından ileri sürüldüğü gibi asgari değil, haftalık yasal çalışma süresi olarak belirlenmiştir. Mesai saatlerinin belirlenmesi, yerel sağlık idaresinin onayı alınmak kaydıyla, aile hekimine bırakılmıştır. Kırk saatten fazla veya hafta sonları çalışma ise, ancak aile hekimi ve aile sağlığı elemanının kendi istekleri halinde gündeme gelebilecek bir konu olup, bu hükmün yasal çalışma süresini kamu personeli aleyhine değiştirici bir düzenleme olarak yorumlanamayacağı açıktır.

Dava konusu Yönetmeliğin "Denetim" başlıklı 11. maddesi uyarınca, aile sağlığı merkezi, aile hekimleri ve aile sağlığı elemanlarının, mevzuat ve sözleşme hükümlerine uygunluk ve diğer konularda Bakan, ilgili mülki idare amirleri ve yerel sağlık idare amirleri veya bunların görevlendireceği personelin denetimine tabi olması; bu denetimi yapmaya yetkili amirin, mevzuat ve sözleşme şartlarına aykırılığı doğrudan kendisi tespit edebileceği gibi, tespiti yapmak üzere soruşturmacı da görevlendirebilmesi; mevzuat ve sözleşme şartlarına aykırılık tespit edildiği takdirde, genel hükümler ve 5258 sayılı Kanunun 8 inci maddesinin ikinci fıkrası uyarınca ilgililer hakkında işlem tesis edilmesinde de hukuka aykırılık görülmemiştir. Bu maddeyle kamu görevlisi statüsündeki personelin denetim usulü açıkça belirlenmiş olduğu gibi, bu düzenlemede savunma hakkını sınırlandırıcı bir unsur da bulunmamaktadır.

Yönetmeliğin 12. maddesinde, "Sözleşme düzenlenmesinin gerektirdiği her türlü giderler (damga vergisi hariç) Bakanlıkça karşılanır." hükmü yer almakta olup, davacı İzmir Tabip Odası tarafından iptali istenen bu maddenin iptalini gerektirecek bir durum görülmemiştir.

13. maddeye göre, ölüm ya da tabi olduğu mevzuata göre malulen emekli olma hakkını elde edenlerin sözleşmesinin, herhangi bir işleme gerek olmadan sona ereceği doğaldır.

Sözleşmeyle çalıştırılan aile hekimleri ve aile sağlığı elemanlarının sözleşmeleri, ilgili vali tarafından herhangi bir ihbar veya ikaza gerek duyulmadan sona erdirilmesini gerektiren durumlar Yönetmeliğin 14. maddesinde sayılmış; sözleşmenin ihtaren sona erdirilmesini gerektiren nedenler ise 16. maddede düzenlemiştir. 16. maddede sayılan fiilleri işleyen aile hekimlerine veya aile sağlığı elemanlarına, tespitin mülki idare amirliği ve yerel sağlık idareleri tarafından yapılması halinde mülki idare amirliğince, tespitin Bakanlık tarafından yapılması halinde Bakanlıkça, doğrudan yazılı ihtar yapılmakta, Bakanlıkça yapılan ihtarlar işlem yapılmak üzere ilgili valiliğe süresi içinde bildirilmekte ve yıl içinde aynı bentteki fiillerin iki defa, farklı bentlerdeki fiillerin üç defa işlenmesi halinde sözleşme ilgili vali tarafından sona erdirilmektedir.

Yönetmeliğin 14. ve 16. maddelerinde tek tek sayılan sözleşmenin sona erdirilme nedenlerinin, 5258 sayılı Yasa'nın 8. maddesinin 2. fıkrasına, üst hukuk normlarına ve hizmet gereklerine uygun olduğu ve devlet memurluğunun sona erdirilmesini gerektiren bir eylemi olmayanların sözleşme feshi sonrasında tekrar eski memurluk görevlerine dönüşlerine 5258 sayılı Yasayla olanak tanındığı anlaşıldığından, dava konusu düzenlemenin iptalini gerektirecek bir neden bulunmamaktadır. Anılan maddelere dayanılarak yapılacak sözleşme feshi işlemlerinin, idari yargı denetimine açık olduğu kuşkusuzdur.

İdare, aile hekimliği sözleşmesini re'sen feshedebildiği gibi, sözleşmenin çalışan tarafından sona erdirilmesi de mümkün bulunmaktadır. 15. maddeye göre, sözleşmeyle çalıştırılan aile hekimleri ve aile sağlığı elemanları askerlik, doğum, emeklilik veya diğer sebeplerle iki ay önceden bildirmek kaydıyla sözleşmenin sona erdirilmesini talep edebilirler.

Dava konusu Yönetmeliğin tüm bu hükümleri incelendiğinde, kamuda çalışan sözleşmeli personelin ücretlerinin yasal sınırlar içinde kalmak kaydıyla Bakanlar Kurulu Kararı ile düzenlendiği, aile hekimi ve aile sağlığı elemanlarının ücret ve diğer özlük haklarının da yasanın izin verdiği ölçüde Bakanlar Kurulu Kararı ile çıkarılan Yönetmelikle düzenlenmesinin Anayasa ve 5258 sayılı Yasa'ya uygun olduğu; Bakanlık tarafından düzenlenen kısa bir eğitim programı sonucunda, katılımcı hekimlere "aile hekimi uzmanı" unvanı ya da uzmanlık yetkisi verilmesi gibi bir durumun doğal olarak söz konusu olmadığı; sözleşme süresinin bir yıl olmasının bütçe ile bağlantılı bulunduğu; 5258 sayılı Yasa'nın 2. maddesine göre, sözleşmeli aile hekiminin tam gün çalışması zorunlu olduğundan, 2368 sayılı Yasaya göre kısmi zamanlı çalışma hakkından söz edilemeyeceği; Kanunun Bakanlığa verdiği yetkiye dayanarak ve hizmet gerekleri gözetilerek sözleşmeyi vali ya da görevlendireceği mercinin yapmasının hukuka uygun olduğu; aile hekiminin izinlerde aylık ücretinin en az %50'sini aldığı, aile hekimine izinli olduğu dönemde verilen "temel ücret" in memur statüsündeki hekimlere ödenen ücretten daha fazla olduğu; bu nedenle izinlerin ücretsiz olduğundan söz edilemeyeceği; mesai saatlerinin düzenlenmesinin aile hekimine bırakıldığı, aile hekiminin kendisine kayıtlı kişilerin genel çalışma durumuna göre mesai saatlerini düzenleyebileceği; öncelikle kamuda çalışan hekimlerle sözleşme imzalanacağı, bu suretle eleman temin edilememesi halinde serbest hekimlerle idari hizmet sözleşmesi yapılacağı, sonuçta aile hekimliği hizmetinin her durumda kamu görevlisi statüsünde bulunan personel tarafından yürütüleceği; aile hekiminin bakmakla yükümlü olduğu nüfusa verilen sağlık hizmetlerinde sürekliliğin sağlanması ve hizmetin aksamadan yürütülmesi amacıyla sözleşmeli istihdam biçimine öncelik verildiği ve görevlendirmenin en son başvurulacak yöntem olarak düzenlendiği anlaşılmaktadır.

Dava konusu Yönetmeliğin "Aile hekiminden yapılacak kesintiler" başlıklı 18. Maddesinin (A) Sevk kesintisi bölümüne gelince;

Aile Hekimliği Pilot Uygulaması Kapsamında Sağlık Bakanlığı'nca Çalıştırılan Personele Yapılacak Ödemeler ve Sözleşme Şartları Hakkında Yönetmeliğin "Aile hekiminden yapılacak kesintiler" başlıklı 18. maddesinin (A) fıkrasında "Sevk kesintisi" düzenlenmiş olup, bentler halinde bir önceki ay sevk oranına göre brüt ücretten hangi oranlarda kesinti yapılacağına belirlendiği anlaşılmaktadır.

Bu Yönetmelik hükmünün dayanağını oluşturan 5258 sayılı Aile Hekimliği Pilot Uygulaması Hakkında Kanun'un 3. maddesinin son fıkrasının 2. cümlesinde, "Sağlık Bakanlığı'nca belirlenen standartlara göre, koruyucu hekimlik hizmetlerinin eksik uygulanması veya hasta sevk oranlarının yüksek olması halinde, bu ödeme tutarından brüt ücretin %20'sine kadar indirim yapılır." hükmü öngörülmüş ise de; bu maddedeki "... veya hasta sevk oranlarının yüksek olması" ibaresi, Anayasa Mahkemesi'nin 21.2.2008 günlü, E:2005/10, K:2008/63 sayılı kararıyla, Bakanlığın belirleyeceği bir sevk oranı ile aile hekiminin sözleşme ücreti arasında bağlantı kurulmak suretiyle brüt ücretten kesinti yapılmasının Anayasaya aykırı olduğu gerekçesiyle iptal edilmiş olup; Danıştay 11. Dairesi'nin, 12. Daireyle müşterek heyette verdiği 30.12.2008 günlü, E:2005/4287, K:2008/10605 sayılı kararıyla, dava konusu Yönetmeliğin 18/A. maddesinde düzenlenen sevk kesintisinin yasal dayanaktan yoksun kaldığı gerekçesiyle 18/A. maddesinin iptaline karar verildiğinden bu madde hükmünün iptali istemi hakkında karar verilmesine yer olmadığı açıktır.

Dava konusu Yönetmeliğin "Aile sağlığı elemanından yapılacak kesintiler" başlıklı 20. maddesinde, "Bu Yönetmeliğin 18 inci maddesine göre yapılacak kesintilerdeki esas, usul ve oranlar, sözleşme veya görevlendirmeye çalıştırılan aile sağlığı elemanları için 19 uncu maddenin (A) bendi uyarınca hesaplanan brüt gelir üzerinden hesaplanmak suretiyle aynen uygulanır.

Bu madde uyarınca aile sağlığı elemanından yapılacak kesintilerin toplamı, 19 uncu maddenin (A) bendi uyarınca hesaplanan brüt gelirinin % 20'sinden fazla olamaz." hükmü yer almakta olup; bu maddenin göndermede bulunduğu 18/A. maddesi Danıştay 11. Dairesi'nin kararıyla iptal edildiğinden ve bu karar sonucuna göre, 18. maddenin yargı kararıyla iptal edilen hükümleri dışında kalan bölümleri esas alınmak suretiyle 20. maddenin uygulanması söz konusu olabileceğinden, bu düzenlemede de iptali gerektiren bir durum görülmemiştir.

Sonuç olarak, Yönetmeliğin hemen tüm maddelerinin iptali isteminin temel dayanağını 5258 sayılı Yasa'nın Anayasa'ya aykırı olduğu iddiası oluşturmuştur. Anayasa Mahkemesi tarafından, 5258 sayılı Yasa'nın iptali istenen hükümlerinden yalnızca 3. maddesinin son fıkrasındaki bir ibarenin iptaline karar vermiş olması, davacının diğer maddelere yönelik Anayasa'ya aykırılık iddialarının Dairelerimizce ciddi bulunmaması ve yukarıda açıklanan tüm gerekçeler karşısında, Aile Hekimliği Pilot Uygulaması Kapsamında Sağlık Bakanlığı'nca Çalıştırılan Personele Yapılacak Ödemeler ve Sözleşme Şartları Hakkında Yönetmeliğin- 18/A. maddesi dışındaki - dava konusu maddelerinde 5258 sayılı Yasaya ve hukuka aykırılık görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle, Aile Hekimliği Pilot Uygulaması Kapsamında Sağlık Bakanlığı'nca Çalıştırılan Personele Yapılacak Ödemeler ve Sözleşme Şartları Hakkında Yönetmeliğin 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16. maddeleri, 18. maddesinin (B) fıkrası ve 20. maddesi ile İzmir İlinin pilot il olarak belirlenmesi işleminin iptali isteminin yasal dayanaktan yoksun bulunması nedeniyle reddine; Yönetmeliğin 18/A. maddesinin iptali istemi hakkında karar verilmesine yer olmadığına; aşağıda dökümü gösterilen 143,20.-TL yargılama giderlerinin yarısı olan 71,60.-TL ile karar tarihinde yürürlükte bulunan Avukatlık Asgari Ücret Tarifesine göre 1.250.-TL vekalet ücretinin davalı idarelerden alınarak davacıya verilmesine, yargılama giderlerinden kalan kısmın davacı üzerinde bırakılmasına, noksan olan

17,50.-TL posta pulu ücretinin davacıya tamamlattırılmasına 15.4.2009 tarihinde kısmen oybirliği, kısmen oyçokluğuyla karar verildi.

KARŞI OY

X- Dava konusu Yönetmeliğin 18/A. maddesinin daha önce yargı kararıyla iptal edildiği, hukuka aykırı bulunan bu kuralların bakılan dava sonucunda da iptaline karar verilmesi gerektiği oyu ile, anılan madde hükmü yönünden iptal istemi hakkında karar verilmesine yer olmadığı yolundaki karara karşıyım.

Aynı maddenin (B) fıkrasında da "Diğer kesintiler" adı altında yine aile hekimlerinin sözleşme ücretinden kesinti yapılmasının öngörüldüğü, Bakanlık tarafından saptanacağı anlaşılan ölçütlere göre sözleşme ücretinden önemli oranlarda kesinti yapılmasının söz konusu olduğu ve 18. maddenin (A) fıkrasındaki hukuka aykırılık nedenlerinin bu fıkra için de geçerli bulunduğu anlaşıldığından, Yönetmeliğin 18. maddesinin (B) fıkrasının da tümüyle iptali gerektiği oyu ile karara karşıyım.

KARŞI OY

XX- Yönetmeliğin 20. maddesinin sözleşmeli aile hekimleriyle ilgili olmayıp aile sağlığı elemanlarına ilişkin bulunduğu; ebe, hemşire, sağlık memuru gibi personelle ilgili bu maddenin iptalini istemekte davacı İzmir Tabip Odasının bir menfaati bulunmadığı; bu yüzden 20. maddenin iptali isteminin ehliyet yönünden reddi gerektiği oyu ile kararın bu kısmına gerekçe yönünden katılmıyoruz.

T.C. DANIŞTAY Beşinci Daire

Esas No : 2007/168
Karar No : 2009/2800

Özeti : 3046 sayılı Yasa'nın 38. maddesi ile 181 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 44. ve 46. maddelerinde, asıl yetkili makamların sınırlarını açıkça belirlemek koşuluyla, astlarına yetkilerini devredebileceği hükme bağlandığına göre, valinin hukuki statüsü de gözönüne alındığında, bakanlığın genelge ile valilere yetki devrinde bulunmasında, yasaya aykırılık görülmediği hakkında.

Davacı : İzmir Tabip Odası
Vekili : Av. ...
Davalı : Sağlık Bakanlığı
Davanın Özeti : Davacı, Sağlık Bakanlığı Sağlık Eğitimi Genel Müdürlüğü'nün 4.8.2006 günlü, "Eğitim Personelinin Geçici Görevlendirilmesi" konulu 2006/92 sayılı Genelgesi'nin ve bu işlemin geri alınması için yapılan başvuruya yanıt verilmemek suretiyle reddine ilişkin işlemin iptalini istemektedir.
Savunmanın Özeti : Yasal dayanaktan yoksun bulunan davanın reddi gerektiği yolundadır.
Danıştay Tetkik Hakimi : Keziban Gülcan Kaya
Düşüncesi : Yasal dayanaktan yoksun bulunan davanın reddi gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı : Saadet Ünal

Düşüncesi : Davacı, eğitim personelinin 5442 sayılı Yasa'ya göre

geçici olarak görevlendirilmesine ilişkin 4.8.2006 günlü, 2006/92 sayılı Sağlık Bakanlığı Sağlık Eğitimi Genel Müdürlüğü Genelgesinin iptalini istemektedir.

Yasaların uygulanmasını göstermek için çıkartılan tüzük,yönetmelik ve talimatların dayalı oldukları yasalara aykırı düzenlemeler öngöremeyecekleri İdare Hukukunun ilkelerindendir.

Sağlık Bakanlığı Eğitimi genel Müdürlüğü'nün 4.8.2006 günlü, 5271 sayılı "Eğitim Personelinin Geçici Görevlendirilmesi" konulu 2006/92 sayılı Genelgesi, Bakanlık merkez teşkilatı ile Hastane baştabipleri arasında yapılan yazışmaların uzamasından doğan eğitim boşluğunun biran evvel giderilmesi sağlık hizmeti ve uzmanlık eğitimin gerekleri bakımından zaruret bulunduğundan,bu zaruretin doğal sonucu olarak ve zaman kaybına ve bürokratik sürecin uzamasına mahal vermemek üzere hazırlanmış bulunmaktadır.

Dava konusu Genelge ile, Bakanlık Eğitim ve Araştırma Hastanelerinin daha etkin ve verimli çalışması sunulan sağlık hizmetlerinin kalitesinin artırılması, eğitim hizmetlerinin aksamaması, dengeli dağılımın yaygınlaştırılması ve eğitim personelinin hizmetlerinden en iyi şekilde yararlanılması amacıyla klinik veya laboratuvar şef ve şef yardımcısı ile başasistanların 5442 sayılı İl İdaresi Kanunu, asistan rotasyonlarının ise, Tüzük hükümleri çerçevesinde İl içinde geçici görevlendirilebilmelerinin uygun görüldüğü, Tıpta Uzmanlık Tüzüğü'nün amir hükümleri ile tıpta uzmanlık eğitiminin nitelik ve gerekleri çerçevesinde hizmet birimlerinin durumu ve Bakanlık taşra teşkilatı personelinin statüsü dikkate alınarak merkezden yürütülmüş bazı iş ve işlemlerin ilgili valiler tarafından yapılması istenilmiştir.

3046 sayılı Yasa ile 181 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 44 ve 46 ncı maddelerinde de belirtildiği üzere, asıl yetkili makamların sınırlarını açıkça belirtmek şartıyla astlarına yetkilerini devredebileceği hükme bağlanmıştır.

Öte yandan, 657 sayılı Devlet Memurları Kanununda aynı kurum içinde geçici görevlendirme konusu düzenlenmemiş olmakla birlikte, bir kamu kurumunun mevzuatlara belirlenmiş olan görev alanı içinde yer alan "geçici" nitelikteki bir hizmeti, ya da değişen ve gelişen sosyal, ekonomik ve kültürel koşulların sonucu olarak ortaya çıkan, henüz örgütsel alt yapısı oluşturulmamış ve bir kadro ile görevlendirilmemiş olan "yeni bir kamu hizmetini" yürütmek amacı ile, durumu uygun olan kamu görevlilerinin" kadroları ile hukuki bağlarını sürdürmek ve bir süre ile sınırlı olmak üzere" atamaya yetkili amir tarafından geçici olarak görevlendirilmeleri hususu yargı içtihadı ile olanaklı hale getirilmiştir.

Bu durumda, Sağlık Bakanlığı'nın Eğitim ve Araştırma Hastanesi bulunan illerdeki eğitim personeli ile asistanların geçici olarak görevlendirilmeleri konusunda yukarıda belirtilen ilkeler çerçevesinde sahip olduğu geçici görevlendirme yetkisini Valilere devretmesine ilişkin dava konusu Genelgede kamu yararı ve hizmet gerekleri yönünden hukuka aykırılık bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle davanın reddine karar verilmesinin uygun olacağı düşünülmüştür.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Beşinci Dairesi'nce işin gereği düşünüldü:

Davacı, eğitim personelinin 5442 sayılı Yasa'ya göre geçici olarak görevlendirilmesine ilişkin 4.8.2006 günlü, 2006/92 sayılı Sağlık Bakanlığı Sağlık Eğitimi Genel Müdürlüğü Genelgesi'nin ve bu işlemin geri alınması için yapılan başvuruya yanıt verilmemek suretiyle reddine ilişkin işlemin iptali istemiyle dava açmıştır.

Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 126. maddesinin ikinci fıkrasında, illerin idaresinin yetki genişliği esasına dayandığı hükme bağlanmıştır.

3046 sayılı Yasa'nın "Yetki devri" başlıklı 38. maddesinde, Bakan, müsteşar ve her kademedeki bakanlık ve kuruluş yöneticilerinin, gerektiğinde sınırlarını yazılı olarak açıkça

belirlemek şartıyla yetkilerinden bir kısmını astlarına devredebileceği, ancak yetki devrinin yetki devreden amirin sorumluluğunu kaldırmayacağı hükme bağlanmış; yine 181 sayılı Sağlık Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin "Yetki devri" başlıklı 44. maddesinde, 3046 sayılı Yasa'nın 38. maddesindeki düzenlemeye koşut düzenleme yapılmış, 46. maddesinde de "23.4.1981 gün ve 2451 sayılı Kanun hükümleri dışında kalan memurların atamaları Bakan tarafından yapılır. Ancak Bakan bu yetkisini gerekli gördüğü alt kademelere devredebilir." hükmüne yer verilmiştir.

Yetki genişliği Anayasamıza göre sadece il idaresinde uygulanabilmekte ve merkeze ait olan karar alma yetkisinin illerde Valiler tarafından kullanılması sonucunu yaratmakta, sonuçta merkezi idarenin ortaya çıkardığı sorunların kısmen de olsa giderilmesini amaçlamaktadır.

Yetki devri ise yetki genişliğinde olduğu gibi yetkinin bizzat kullanılması kuralının istisnası olup, yasanın verdiği yetkiye dayanarak asıl yetkili makamın yetkilerinin bir kısmını alt makamlara devretmesi olarak tanımlanabilir.

Ayrıca, yetki genişliği, yasalarla belirli makam veya kuruluşlara sürekli olarak tanınmakla birlikte; yetki devri, asıl yetkili makamların yine bir yasaya dayanarak idari işlemleri ile geçici nitelikte olarak yapılabilir.

Valilerin geçici görevlendirmeye ilişkin, 5442 sayılı Yasadan kaynaklanan bir yetkisi bulunmamakta ise de, konunun ayrıca yetki devri yönünden de değerlendirilmesi gerekmektedir. Bu nedenle Valinin Bakanın astı olarak kabul edilip edilemeyeceğinin dolayısıyla Bakanın Valiye yetki devrinde bulunup bulunamayacağının belirlenmesi gerektiği sonucuna varılmıştır. 5442 sayılı İl İdaresi Kanununun 9. maddesinde, valinin ilde devlet ve hükümetin temsilcisi ve ayrı ayrı her bakanlığın mümessili ve bunların idari ve siyasi yürütme vasıtası olduğu, valinin il genel idaresinde her bakana karşı ayrı ayrı sorumluluk taşıdığı, bakanların bakanlıklarına ait işler için valiliklere resen emir ve direktif verebileceği belirtilmektedir. Ayrıca vali bulunduğu ilde, hükümetin temsilcisi sıfatıyla kamu kudretini kullanma yetkisine sahip bulunmakta ve bakanlıkların taşra teşkilatının da bakana izafeten amiri olmaktadır. Söz konusu işlevleri nedeniyle vali merkezi idare teşkilatının en yüksek ve en geniş yetkili ajanıdır. Bu nedenlerle, İl İdaresi Kanununda belirlenen hukuki durumuna göre valinin dava konusu olayda Bakanın astı olarak kabulü gerekir.

3046 sayılı Yasa ile 181 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin yukarıya metni alınan maddelerinde asıl yetkili makamların sınırlarını açıkça belirlemek şartıyla astlarına yetkilerini devredebileceği hükme bağlandığına göre, valinin hukuki statüsü de gözönüne alındığında, Bakanlığın genelge ile valilere yetki devrinde bulunmasında yasaya aykırılık bulunmamaktadır.

Dava konusu 4.8.2006 günlü, 2006/92 sayılı Sağlık Bakanlığı Sağlık Eğitimi Genel Müdürlüğü Genelgesi'nde "Bakanlık Eğitim ve Araştırma Hastanelerinin etkin ve verimli çalışması, sunulan sağlık hizmetlerinin kalitesinin artırılması, eğitim hizmetlerinin aksamaması, dengeli dağılımın yaygınlaştırılması ve eğitim personelinin hizmetlerinden en iyi şekilde yararlanılması amacıyla klinik veya laboratuvar şef ve şef yardımcısı ile başasistanların 5442 sayılı İl Özel İdaresi Kanunu, asistan rotasyonlarının ise Tüzük hükümleri çerçevesinde il içinde geçici görevlendirilebilmeleri"nin uygun görüldüğü, bu hususta yapılacak işlemlerde kamu menfaati ön planda tutularak gerekli hassasiyetinin gösterilmesinin istendiği belirtilmiştir.

657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nda aynı kurum içinde geçici görevlendirme konusu düzenlenmemiş olmakla birlikte, bir kamu kurumunun mevzuatla belirlenmiş olan görev alanı içinde yer alan "geçici" nitelikteki bir hizmeti ya da değişen ve gelişen sosyal, ekonomik ve kültürel koşulların sonucu olarak ortaya çıkan, henüz örgütsel altyapısı oluşturulmamış ve bir kadro ile ilgilendirilmemiş olan "yeni bir kamu hizmeti"ni yürütmek amacı ile, durumu uygun olan kamu görevlilerinin, "kadrolarıyla hukuki bağlarını sürdürmek

ve belli bir süre ile sınırlı olmak üzere" atamaya yetkili amir tarafından geçici olarak görevlendirilmeleri olanaklıdır.

Bu durumda, Sağlık Bakanlığı'nın, Eğitim ve Araştırma Hastanesi bulunan illerdeki eğitim personeli ile asistanların geçici olarak görevlendirilmeleri konusunda yukarıda belirtilen ilkeler çerçevesinde sahip olduğu geçici görevlendirme yetkisini Valilere devretmesine ilişkin dava konusu genelgede ve bu genelgenin geri alınması için yapılan başvuruya yanıt verilmemek suretiyle reddine ilişkin işlemde kamu yararı ve hizmet gerekleri yönünden hukuka aykırılık görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle, yasal dayanaktan yoksun bulunan davanın reddine, yargılama giderlerinin davacı üzerinde bırakılmasına, 20.5.2009 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

T.C.
DANIŞTAY
Beşinci Daire

Esas No : 2007/1347

Karar No : 2009/3719

Özeti : Teftiş hizmetlerinin, kariyer niteliği itibarıyla diğer idari hizmetlerden farklı olarak düzenlenmesi karşısında, kariyer niteliği olmayan ve gördürülen hizmet bakımından teftiş hizmeti ile herhangi bir benzerlik ve yakınlık göstermeyen iktisat müfettişliği kadrolarının kaldırılması nedeniyle, iktisat müfettişlerinin teftiş kurulu başkanlığı veya müdürlüğü emrinde görevlendirilmelerinde kamu yararı ve hizmet gerekleri yönünden hukuka aykırılık görülmediği hakkında.

Davacı : ...

Davalılar : 1-İçişleri Bakanlığı
2-Başbakanlık Devlet Personel Başkanlığı

Davanın Özeti : Davacılar, 22.2.2007 günlü 26442 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan "Belediye ve Bağlı Kuruluşları ile Mahalli İdare Birlikleri Norm Kadro İlke ve Standartlarına Dair Yönetmelik"ın 26. maddesinin 2. fıkrası hükmünün iptalini istemektedirler.

İçişleri Bakanlığı'nın Savunmasının Özeti : Dava konusu Yönetmeliğin, 5393 sayılı Belediye Kanunu'nun 49. maddesi, 5216 sayılı Büyükşehir Belediyesi Yasası'nın 21. ve 28. maddeleri ile 5355 sayılı Mahalli İdare Birlikleri Yasası'nın 17. ve 22. maddelerine dayanılarak hazırlandığı, Yönetmelikte, dayanak alınan söz konusu mevzuata ve belediyelerle bağlı kuruluşlarında kamu kaynaklarının verimli kullanılması ve kamu hizmetlerinde hizmet kalitesini artıracak nitelikte unvan ve sayıda personel istihdamını sağlayacak alt yapı oluşturulması amacına aykırılık bulunmadığı, davacılar tarafından, daha çok 1580 sayılı Belediye Kanunu'na dayanarak, belediye müfettişleri ile iktisat müfettişlerinin işe girme, görev ve statü bakımlarından farklı olduklarının ileri sürüldüğü, oysa 5393 sayılı Kanun'la belediyelerin teşkilat, çalışma şekli, görev ve sorumlulukları konusunda bir çok yenilik getirildiği, bu yeni düzenlemede belediye iktisat müfettişinin de yer alacağı bir denetim biriminin öngörüldüğü, bu nedenle iktisat müfettişlerinin Teftiş Kurullarında görevlendirilmelerinin benimsendiği, haklı dayanaktan yoksun davanın reddi gerektiği savunulmuştur.

Başbakanlık Devlet Personel Başkanlığı'nın Savunmasının Özeti : Diğer davalı İçişleri Bakanlığı'nın savunması ile aynı içeriktedir.

Danıştay Tetkik Hakimi : Keziban Gülcan Kaya

Düşüncesi : Teftiş hizmetlerinin kariyer yapısı gözetildiğinde, iktisat müfettişlerinin teftiş kurullarında görevlendirilmelerinin kamu yararı amacına uygun olmadığı anlaşıldığından, dava konusu Yönetmelik maddesinin iptali gerektiği düşünülmüştür.

Danıştay Savcısı : İsa Yeğenoğlu

Düşüncesi : Dava, 22.2.2007 tarih ve 26442 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Belediye ve Bağlı Kuruluşları ile Mahalli İdare Birlikleri Norm Kadro İlke Standartlarına Dair Yönetmeliğin 26. maddesinin "Bu Yönetmeliğin eki cetvel ve kütüklerde yer verilmeyen iktisat müfettişliği kadrolarında istihdam edilen personel kadrolarıyla birlikte ilgili mahalli idarenin teftiş kurulu başkanlığı/müdürlüğünde görevlendirilir" şeklindeki (2) numaralı fıkrasının iptali istemiyle açılmıştır.

5393 sayılı Belediye Kanunu'nun 54 .maddesinde denetimin amacına işaret edilmiş ve 55. maddesinde, belediyelerde iç ve dış denetim yapılacağı; denetimin, iş ve işlemlerin hukuka uygunluk, malî ve performans denetimini kapsayacağı; iç ve dış denetimin 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu hükümlerine göre yapılacağı; ayrıca, belediyenin malî işlemler dışında kalan diğer idari işlemlerinin, hukuka uygunluk ve idarenin bütünlüğü açısından İçişleri Bakanlığı tarafından da denetleneceği; belediyelere bağlı kuruluş ve işletmelerin de yukarıdaki esaslara göre denetleneceği öngörülmüştür.

Belediyelerin teftiş kurulu yönetmeliklerine göre, belediyelerdeki denetim, inceleme ve soruşturma görevinin belediye başkanı adına teftiş kuruluna bağlı başmüfettiş ve müfettişlerce yürütülmesi öngörülmüş; belirli koşulları taşıyanlar arasında yapılacak "yarışma" sınavını kazananlardan 3 yıllık yardımcılık döneminde yetistikten sonra "yeterlik sınavı"nı başarmaları halinde mesleğe kabul edilmeleri esası benimsenmek suretiyle müfettişlik görevi, kariyer bir meslek olarak düzenlenmiş; bu göreve ancak, nakil veya istifa nedeniyle ayrılanların dönebilecekleri ya da ihtiyaç halinde aynı esasa göre müfettiş olmaya hak kazanmış başka kurum müfettişlerinin naklen atanabilecekleri kabul edilmiştir.

Nitekim dava konusu Yönetmeliğin 12. maddesinde "Bu Yönetmeliğin ekinde yer alan norm kadro standartları cetvellerinde kendi alt gruplarında müfettiş ve mali hizmet uzmanı öngörülen kapsama dahil kurum ve kuruluşlar bu ünvanlarda personel istihdam edebilirler. Bu şekilde istihdam edilecekler, en az dört yıllık lisans eğitimi veren hukuk, siyasal bilgiler, iktisat, işletme, iktisadi ve idari bilimler fakültelerinden veya bunlara denkliği yetkili makamlarca kabul edilen yurt içi ve yurt dışındaki öğretim kurumlarından mezun olanlar arasından yapılacak özel yarışma sınavı sonunda mesleğe müfettiş yardımcısı ya da mali hizmetler uzman yardımcısı olarak alınırlar. En az üç yıl çalışmak ve olumlu sicil almak şartıyla açılacak yeterlik sınavına girme hakkını elde ederler. Yeterlik sınavında başarılı olanlar ilgisine göre müfettiş ya da mali hizmet uzmanı olarak atanırlar" denilmek suretiyle , belediye müfettişliğinin kariyer meslek niteliği gözetilmiştir.

Buna karşılık, Devlet Personel Başkanlığınca yapılan tanıma göre "iktisat müfettişi" ünvanlı belediye personeli "açma iznine tabi işyerlerini ruhsat , yerleşme, nitelik, fiyat ve ücret bakımından denetlemek, noksanlık ve aykırılıklar hakkında gerekli işlemleri yapmak; ilgili mevzuat uyarınca etiket ve tarife kontrolü yapmak..." gibi belediye iktisat müdürlüğünün görev alanına giren konularla sınırlı olarak görev yaptıklarından yetki ve sorumlulukları bakımından belediye müfettişlerinden tamamen farklı nitelikte bulundukları; öte yandan , bu görev yüksek öğrenimli olmayan kişilerce de yürütüldüğünden atanma koşullarının teftiş kurulunda görevlendirilmeleri yönünden uygun bulunmadığı anlaşılmaktadır.

Bu duruma göre , anılan Yönetmelik ekinde yer alan norm kadro kütükleri incelendiğinde : eski "İktisat ve Kışat Müdürlüğü" bünyesinde görev yapmakta olan iktisat müfettişleri ünvanlı belediye kontrol personelinin, yeni "Ruhsat ve Denetim Müdürlüğü" veya bu birim bulunmuyorsa da "Zabıta Müdürlüğü" emrinde görevlendirilmelerinin, bunların

görev , yetki ve sorumlulukları bakımından niteliklerine uygun olacağının açık bulunması karşısında, Teftiş Kurulu Başkanlığı/Müdürlüğü emrinde görevlendirilecekleri yolundaki dava konusu Yönetmeliğin 12/2. maddesinde , kuruluş ve işleyişi yönünden hizmetin gereklerine ve öte yandan bu hususun, 5393 sayılı Belediye Kanunu'nun 49. maddesinin birinci fıkrasının "Norm kadro ilke ve standartları İçişleri Bakanlığı ve Devlet Personel Başkanlığı tarafından müştereken belirlenir. Belediyenin ve bağlı kuruluşlarının norm kadroları, bu ilke ve standartlar çerçevesinde belediye meclisi kararıyla belirlenir" hükmü ile norm kadroların belirlenmesi konusunda Belediye Meclisine tanınan yetki kapsamında olduğu da gözetildiğinde, anılan Yasa kuralına uyarlık görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle, Belediye ve Bağlı Kuruluşları ile Mahalli İdare Birlikleri Norm Kadro İlke Standartlarına Dair Yönetmeliğin 26. maddesinin (2) numaralı fıkrasının iptaline karar verilmesinin uygun olacağı düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Beşinci Dairesi'nce işin gereği düşünüldü:

Davacılar; 22.2.2007 günlü 26442 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan "Belediye ve Bağlı Kuruluşları ile Mahalli İdare Birlikleri Norm Kadro İlke ve Standartlarına Dair Yönetmelik" in 26. maddesinin 2. fıkrası hükmünün; belediye müfettişleri ile iktisat müfettişinin ayrı prosedürlerle göreve alındığını, görev ve yetkilerinin farklı olduğunu, mali haklarla ilgili düzenlemelerde de ayrı ayrı değerlendirildiklerini, belediye müfettişlerinin merkez denetim elemanı oldukları için sendika üyesi olamadıklarını, iktisat müfettişlerinin ise, sendika üyesi olabildiğini, iktisat müfettişlerinin yaptıkları işe göre Denetim ve Ruhsat Müdürlüğüne bağlanmalarının hizmet gereğine daha uygun düşeceğini, kariyer bir görev olmayan iktisat müfettişlerinin kariyer meslek olan belediye müfettişleri gibi değerlendirilemeyeceğini, ileri sürerek iptalini istemektedir."

Belediye ve Bağlı Kuruluşları ile Mahalli İdare Birlikleri Norm Kadro İlke ve Standartlarına Dair Yönetmeliğin 26. maddesinin 2. fıkrasında; "Bu Yönetmeliğin eki cetvel ve kütüklerde yer verilmeyen iktisat müfettişi kadrolarında istihdam edilen personel, kadrolarıyla birlikte ilgili mahalli idarenin teftiş kurulu başkanlığı/müdürlüğünde görevlendirilir." hükmü getirilmiştir.

5393 sayılı Kanunun 54. maddesinde denetimin amacı; "Belediyelerin denetimi; faaliyet ve işlemlerde hataların önlenmesine yardımcı olmak, çalışanların ve belediye teşkilatının gelişmesine, yönetim ve kontrol sistemlerinin geçerli, güvenilir ve tutarlı duruma gelmesine rehberlik etmek amacıyla; hizmetlerin süreç ve sonuçlarını mevzuata, önceden belirlenmiş amaç ve hedeflere, performans ölçütlerine ve kalite standartlarına göre tarafsız olarak analiz etmek, karşılaştırmak ve ölçmek, kanıtlara dayalı olarak değerlendirmek, elde edilen sonuçları rapor haline getirerek ilgilileri duyurmaktır." şeklinde belirtilmiştir.

Denetimin Kapsamı ve Türleri başlıklı 55 maddesinde ise; "Belediyelerde iç ve dış denetim yapılır. Denetim, iş ve işlemlerin hukuka uygunluk mali ve performans denetimini kapsar.

İç ve dış denetim 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu hükümlerine göre yapılır.

Ayrıca, belediyenin mali işlemler dışında kalan diğer idari işlemleri, hukuka uygunluk ve idarenin bütünlüğü açısından İçişleri Bakanlığı tarafından da denetlenir.

Belediyelere bağlı kuruluş ve işletmeler de yukarıdaki esaslara göre denetlenir.

Denetime ilişkin sonuçlar kamuoyuna açıklanır ve meclisin bilgisine sunulur" hükmü getirilmiştir.

Belediyelerin Teftiş Kurulu Yönetmeliklerinde; belediyenin yönetim ve denetiminde olan tüm kurum, kuruluş, şirket ve tesislerde kanunlar ve Teftiş Kurulu Yönetmeliği hükümleri çerçevesinde her türlü inceleme, araştırma, teftiş, denetim ve soruşturma görevinin belediye başkanı adına teftiş kuruluna bağlı başmüfettiş ve müfettişler tarafından

yapılacağı düzenlenmiş; aynı Yönetmeliklerde belediye müfettişliğine, belirli koşulları taşıyanlar arasında yapılacak "yarışma" sınavını kazananların, 3 yıllık müfettiş yardımcılığı döneminden sonra "yeterlik sınavı"nı başarmak suretiyle atanacakları kurala bağlanarak belediye müfettişliğinin kariyer bir meslek olduğu kabul edilmiştir.

Öte yandan, Belediye ve Bağlı Kuruluşları ile Mahalli İdare Birlikleri Norm Kadro İlke ve Standartlarına Dair Yönetmeliğin 12. maddesinde; "Bu Yönetmeliğin ekinde yer alan norm kadro standartları cetvellerinde kendi alt gruplarında müfettiş ve mali hizmet uzmanı öngörülen kapsama dahil kurum ve kuruluşlar bu unvanlarda personel istihdam edebilirler. Bu şekilde istihdam edilecekler, en az dört yıllık lisans eğitimi veren hukuk, siyasal bilgiler, iktisat, işletme, iktisadi ve idari bilimler fakültelerinden veya bunlara denkliği yetkili makamlarca kabul edilen yurt içi ve yurt dışındaki öğretim kurumlarından mezun olanlar arasından yapılacak özel yarışma sınavı sonunda mesleğe müfettiş yardımcısı ya da mali hizmetler uzman yardımcısı olarak alınırlar. En az üç yıl çalışmak ve olumlu sicil almak şartıyla açılacak yeterlik sınavına girme hakkını elde ederler. Yeterlik sınavında başarılı olanlar ilgisine göre müfettiş ya da mali hizmet uzmanı olarak atanırlar." hükmü getirilmiş olup, bu madde ile de belediye müfettişliğinin kariyer özelliği gözetilmiştir.

İktisat müfettişlerinin ise, eski yapılanmada Belediye İktisat Müdürlüğü'nün görev alanına giren konularla sınırlı olarak hizmet gördükleri, örneğin, açma iznine tabi işyerlerini ruhsat, yerleşme, nitelik, fiyat ve ücret bakımından denetlemek, ilgili mevzuat uyarınca etiket ve tarife kontrolü yapmak, toptancı hallerinde inceleme yapmak gibi görevleri yerine getirdikleri bilinmektedir.

Bu durumda, teftiş hizmetlerinin yukarıda da belirtilen kariyer niteliği itibarıyla diğer idari hizmetlerden farklı olarak düzenlenmesi karşısında, kariyer niteliği olmayan ve gördürülen hizmet bakımından teftiş hizmeti ile herhangi bir benzerlik ve yakınlık göstermeyen iktisat müfettişliği kadrolarının kaldırılması nedeniyle, iktisat müfettişlerinin teftiş kurulu başkanlığı veya müdürlüğü emrinde görevlendirilmelerinde kamu yararı ve hizmet gerekleri yönünden hukuka uyarlık görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle davaya konu Yönetmeliğin 26. maddesinin 2. fıkrasının iptaline, aşağıda dökümü gösterilen 166,30.-TL yargılama giderlerinin davalı idarelerden alınarak davacılara verilmesine, 16.6.2009 tarihinde oyçokluğuyla karar verildi.

KARŞI OY

X- Bir maddesinin bir cümlesinin iptali istenilen Yönetmeliğin 5393 sayılı Kanunun 49, 5216 sayılı Kanunun 21 ve 5355 sayılı Kanunun 17. maddelerine dayanılarak hazırlandığı, belediyelere ihtiyaç duyacakları kadroları sayı ve unvan olarak, belirlenen standardı aşmamak kaydıyla saptama olanağı verildiği, Yönetmeliğe ekli Ek-4 nolu cetveldeki kadro kütüklerinde iktisat müfettişi kadrolarına yer verilmediği, böylelikle bu görevde çalışanların işgal ettikleri kadroların boşaldıkça iptal edilmesinin amaçlandığı, Yönetmeliğin iptali istenilen 26. maddesiyle iktisat müfettişlerinin teftiş kurulu başkanlık veya müdürlüklerine bağlanmasının, bu kadroların kaldırılması sürecinde iktisat müfettişlerinin hiyerarşik olarak teftiş kurulu başkanı veya müdürüne bağlı olarak çalışacaklarını gösterdiği, iddia edilenin aksine, iktisat müfettişlerinin belediye müfettişleri ile unvan, mesleki nitelik ve özlük hakları yönünden eşitlendiği anlamına gelmediği, bu hususta bir hükme de Yönetmelikte yer verilmediği anlaşılmakla, dava konusu edilen ibarede hukuka aykırı bir yön görülmemiştir.

Belirtilen nedenlerle dayanağı bulunmayan davanın reddi gerektiği görüşüyle iptal kararına karşıyız.

YARGILAMA USULÜ

T.C. DANIŞTAY Beşinci Daire

Esas No : 2009/973
Karar No : 2009/1073

Özeti : Mahkemelerin ilk dava dilekçesindeki istemlerle bağlı olması ve ilk dava dilekçesindeki istemlerin sonradan genişletilmesine ve ek istemde bulunulmasına usul yönünden olanak bulunmaması karşısında, yeni bir dava dilekçesi niteliği taşımayan savunmaya cevap dilekçesindeki istem gözönüne alınarak dilekçe ret kararı verilmesinde ve daha sonra yenilenen dilekçede yer alan yeni isteme dayalı olarak davanın görev yönünden reddedilip dosyanın Danıştay'a gönderilmesine ilişkin kararda, hukuki isabet bulunmadığı hakkında.

Davacı : ...
Davalı : Eskişehir Müftülüğü'ne izafeten Diyanet İşleri Başkanlığı
Davanın Özeti : Eskişehir Merkez Yıldıztepe Kuran Kursu öğreticisi olarak görev yapan davacının, Bursa İli'ne atanma istemiyle yaptığı başvurusunun reddine ilişkin 21.5.2008 günlü, 1179 sayılı işlemin iptali istenilmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Beşinci Dairesi'nce 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 14. maddesi uyarınca ilk inceleme ile görevli Tetkik Hakimi Keziban Gülcan Kaya'nın açıklamaları dinlendikten ve dosyadaki belgeler incelendikten sonra işin gereği düşünüldü:

2576 sayılı Bölge İdare Mahkemeleri, İdare Mahkemeleri ve Vergi Mahkemelerinin Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun'un 5. maddesinde, idare mahkemelerinin, vergi mahkemelerinin görevine giren davalar ve ilk derecede Danıştay'da çözümlenecek olanlar dışındaki dava ve işlerle, özel kanunlarla Danıştay'ın görevli olduğu belirtilen ve 2577 sayılı Kanunla idare mahkemelerinin görevli kılınmış bulunduğu davaları çözümleyeceği hükme bağlanmıştır.

2575 sayılı Danıştay Kanunu'nun 5183 sayılı Yasa ile değişik 24. maddesinin 1/b. fıkrasında, Başbakanlık, bakanlıklar ve diğer kamu kurum ve kuruluşlarının müsteşarlarıyla ilgili müşterek kararnamelere karşı açılacak iptal ve tam yargı davalarına Danıştay'ın ilk derece mahkemesi olarak bakacağı öngörülmüştür.

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 43. maddesinin 1. fıkrasında, "İdare ve vergi mahkemeleri, idari yargının görev alanına giren bir davada görevsizlik veya yetkisizlik sebebiyle davanın reddine karar verilirse dosyayı Danıştaya veya görevli ve yetkili idare veya vergi mahkemesine gönderirler" hükmüne yer verilmiş, aynı maddenin (a) bendinde, "görevsizlik sebebiyle gönderilen dosyalarda Danıştay'ın, davayı görevi içinde görmeme halinde dosyanın yetkili ve görevli mahkemeye gönderilmesine karar vereceği belirtilmiştir.

Öte yandan, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 16. maddesinin 4. fıkrasında ise; "Taraflar, sürenin geçmesinden sonra verecekleri savunmalara veya ikinci dilekçelere dayanarak hak iddia edemezler" hükmü getirilmiştir.

Dosyanın incelenmesinden; Eskişehir Merkez Yıldıztepe Kuran Kursu öğreticisi olarak görev yapan davacının, eşinin çalıştığı Bursa İli'ne atanma isteğiyle Eskişehir Valiliği'ne yaptığı 13.5.2008 günlü başvurusunun reddine ilişkin 21.5.2008 tarihli, 1179 sayılı işlemin iptali istemiyle bakılan davayı açtığı, davalı idarenin savunmasına cevaben verdiği 12.9.2008 tarihli ikinci dilekçesinde Eskişehir Müftülüğü'nün 21.5.2008 tarihli işleminin yanında Diyanet İşleri Başkanlığı Atama ve Yer Değiştirme Yönetmeliğinin 15/a-2 maddesinin de iptalini istediği, Eskişehir 2. İdare Mahkemesi'nin 19.11.2008 tarihli "dilekçe ret" kararı ile her iki dilekçede taleplerin farklı olduğundan bahisle hangi işlem ya da işlemlerin iptalinin istendiğinin açıkça ortaya konulmasının istendiği, 15.1.2009 tarihinde kayda giren yenileme dilekçesinde ise; davacının, 21.5.2008 tarihli işlemle birlikte, Diyanet İşleri Başkanlığı Atama ve Yer Değiştirme Yönetmeliği'nin 15/a-2 maddesinin iptalini de istediği, bunun üzerine Mahkemece davanın görev yönünden reddedilerek dosyanın Danıştay Başkanlığına gönderildiği anlaşılmıştır.

Davacının 12.6.2008 tarihli ilk dava dilekçesindeki isteminin açık olduğu ve bu dilekçe ile yalnızca atama talebinin reddine ilişkin 21.5.2008 tarihli işlemin iptalini istediği görülmektedir. Buna karşın Mahkemece, yeni bir dava dilekçesi niteliği taşımayan savunmaya cevap dilekçesindeki Diyanet İşleri Başkanlığı Atama ve Yer Değiştirme Yönetmeliğinin 15/a-2 maddesinin iptali istemi dikkate alınarak dilekçe ret kararı verilmiştir. Bunun üzerine, davacı tarafından yenilenen dava dilekçesinde istem genişletilerek, 21.5.2008 tarihli atanma talebinin reddine ilişkin işlem ile Diyanet İşleri Başkanlığı Atama ve Yer Değiştirme Yönetmeliğinin 15/a-2 maddesinin iptalinin istendiği görülmüştür. Mahkemelerin ilk dava dilekçesinde taleplerle bağlı olması ve ilk dava dilekçesindeki istemlerin sonradan genişletilmesine ve ek talepte bulunmasına usul yönünden olanak bulunmaması karşısında, yeni bir dava dilekçesi niteliği taşımayan savunmaya cevap dilekçesindeki talebin dikkate alınarak dilekçe ret kararı verilmesinde ve daha sonra yenilenen dilekçe üzerine davanın görev yönünden reddedilerek dosyanın Danıştay'a gönderilmesine dair 21.1.2009 günlü, E:2009/3, K:2009/13 sayılı kararda hukuki isabet bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle, 12.6.2008 tarihli ilk dava dilekçesindeki istem doğrultusunda 2577 sayılı Yasa uyarınca gereğinin yapılması için dava dosyasının 2577 sayılı Yasa'nın 43/1-a maddesi hükmü uyarınca, aynı Yasa'nın 33/1. maddesine göre davayı çözümlemeye yetkili ve görevli olan Eskişehir İdare Mahkemesi'ne gönderilmesine, 9.3.2009 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

T.C.
DANIŞTAY
Beşinci Daire

Esas No : 2008/5216

Karar No : 2009/2931

Özeti : İptal davalarının, kişiler hakkında doğrudan sonuç doğuran, kesin ve etkin idari işlemlere karşı açılacağı; bir sınavda ilgililer hakkında kesin sonuç doğuran işlemleri ise, sınavın yapılışı, sınav sonuçları, ilgililerin sınavda aldıkları sonuçlara ilişkin saptamaların oluşturduğu; sınav soruları tek başına ilgililerin hukuki durumunu etkilemediği ve doğrudan

sonuç doğurmadığı için, yalnızca sınav sorularının iptalinin idari davaya konu edilemeyeceği hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan (Davalı) : Kültür ve Turizm Bakanlığı

Karşı Taraf : ... ve Arkadaşları adına Kültür ve Sanat Emekçileri Sendikası

Vekili : Av. ...

İsteğin Özeti : Ankara 13. İdare Mahkemesi'nin 24.6.2008 günlü, E:2007/1765, K:2008/1097 sayılı kararının iptale ilişkin kısmının dilekçede yazılı nedenlerle temyizen incelenerek bozulması isteminden ibarettir.

Cevabın Özeti : Cevap verilmemiştir.

Danıştay Tetkik Hakimi : Işın Aka Delice

Düşüncesi : İdare Mahkemesi kararının bozulması gerektiği düşünülmüştür.

Danıştay Savcısı : İsa Yeğenoğlu

Düşüncesi : İdare ve vergi mahkemelerince verilen kararların temyizen incelenerek bozulabilmesi için, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 49. maddesinin birinci fıkrasında belirtilen nedenlerin bulunması gerekmektedir.

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

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Beşinci Dairesi'nce işin gereği düşünüldü:

Davacı Sendika adlarına dava açtığı üyelerinin, 23.12.2006 tarihinde yapılan Merkez ve Taşra Teşkilatı Personelinin Görevde Yükselme Sınavına ilişkin Şeflik Sınavı'nın 6., 40., 41., 42., 52., 64. ve 74 soruların hatalı ve cevaplarının yanlış olduğu iddiasıyla bu soruların iptali istemiyle dava açmıştır.

Ankara 13. İdare Mahkemesi'nin 24.6.2008 günlü, E:2007/1765, K:2008/1097 sayılı kararıyla, Mahkemelerince yaptırılan bilirkişi incelemesi sonucu düzenlenen rapor değerlendirildiğinde 64. sorunun hatalı olduğu tespit edildiğinden (A) kitapçığının 64. sorusu ile (B) kitapçığında aynı soruya tekabül eden sorunun iptaline 40, 41, 42 ve 52. sorular ise doğru olarak tespit edildiğinden (A) kitapçığının 40, 41, 42 ve 52. sorusu ile (B) kitapçığında aynı sorulara tekabül eden sorular yönünden dava reddedilmiştir.

Davalı idare, iptal edilen soruların doğru olduğunu ileri sürerek Mahkeme kararının iptale ilişkin kısmının bozulmasını istemektedir.

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 4577 sayılı Yasanın 5. maddesi ile değişik 2. maddesinin 1 inci fıkrasının (a) bendinde, idari işlemler hakkında, yetki, şekil, sebep, konu ve maksat yönlerinden biri ile hukuka aykırı olduklarından dolayı iptalleri için menfaatleri ihlal edilenler tarafından iptal davası açılabilirliği belirtilmiş, aynı Yasanın 14. maddesinde dava dilekçeleri üzerinde yapılacak ilk incelemede idari davaya konu olacak kesin ve yürütülmesi gereken bir işlemin dava konusu olup olmadığının inceleneceği, 15. maddesinin (b) bendinde ise, kesin ve yürütülmesi gereken nitelikte olmayan işleme karşı açılan davanın reddedileceği hükme bağlanmıştır.

İptal davaları, kişiler hakkında doğrudan sonuç doğuran, kesin ve etkin idari işlemlere karşı açılabilir. Bir sınavda ilgililer hakkında kesin sonuç doğuran işlemler ise, sınavın yapılışı, sınav sonuçları, ilgililerin sınavda aldıkları sonuçlara ilişkin saptamalardır. Sınav soruları tek başlarına ilgililerin hukuki durumunu etkilemediği ve doğrudan sonuç doğurmadığı için, yalnızca sınav sorularının iptali idari davaya konu edilemez. Bu konuya ilişkin bir iddia, ancak o sınavın iptali, sonuçların iptali ya da davayı açan kişiye sınav sonucunda verilen not ya da başarısızlık değerlendirmesi hususlarının iptali için açılan bir

idari davada incelenebilir. Temyizen incelenen davanın ise kesin sonuç doğurucu nitelikte bir işlemin iptali istenmeksizin yalnızca sınav sorularından hatalı olduğu iddia edilen bazılarının iptali istemiyle açılmıştır.

Bu nedenle, ortada dava konusu olabilecek kesin ve yürütülmesi gereken bir işlem olmadığından, kararın uyumsuzluğun esasının incelenmesi suretiyle sınav sorularının iptal edilmesine ilişkin kısmında hukuki isabet bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle, davalı idarenin temyiz isteminin kabulüyle, Ankara 13. İdare Mahkemesi'nce verilen 24.6.2008 günlü, E:2007/1765, K:2008/1097 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, 25.5.2009 tarihinde oyçokluğuyla karar verildi.

KARŞI OY

X- Dava, görevde yükselme sınavında cevaplandırılması istenilen bazı soruların hatalı ve cevaplarının yanlış olduğu öne sürülerek, bu soruların iptali istemiyle açılmıştır.

Davanın konusu; her ne kadar hatalı soruların iptali istemiyle sınırlandırılmış ise de davacının bilirkişilerce de hatalı ve cevaplarının yanlış olduğu tespit edilmiş bulunan bu soruların idarece doğru değerlendirilmesi sonucunda sınavda başarısız duruma düştüğü ve atamasının da yapılmadığı anlaşılmıştır.

Bu durumda; yanlış soruları cevaplandırmak zorunda kalan davacının, atanmaması nedeniyle ortada menfaatini ihlal eden kesin nitelikte başarısız sayılma işlemi bulunmaktadır.

Davacının, kendisinin başarısız sayılmasına neden olan yanlış soruların bilimsel olarak saptanarak değerlendirme dışında bırakılmasını istemekte hukuki menfaati bulunduğu gibi atanmasına asıl engel teşkil eden bu yanlış soruları adaylara sorma kararı olduğundan ortada iptal davasına konu teşkil eden ve davacının menfaati ihlal eden kendisini yanlış sorulara yanlış cevap vermeye yönlendiren soru ve cevaplarının sınav kurulunca adaylara sınavda sorulmasına ilişkin idari işlem bulunduğundan, uyumsuzluğun esası incelenmesi gerektiği görüşüyle aksine verilen çoğunluk kararına karşıyız.

T.C. DANIŞTAY Beşinci Daire

Esas No : 2008/4258

Karar No : 2009/4489

Özeti : 5302 sayılı İl Özel İdaresi Kanununun 3. ve 4. maddeleri ile, il özel idarelerine tüzel kişilik tanındığı; buna göre, il özel idarelerinin kurdukları işlemlere karşı açılacak davalarda davalı konumunda olması gereken idarenin "il özel idaresi" olduğu; Mahkemece, il özel idaresi bünyesindeki atama işleminin iptali istemiyle açılan davada, il özel idaresi yerine, valiliğin husumetiyle yargılama yapılarak verilen kararda, usul yönünden hukuksal isabet bulunmadığı hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan (Davacı) : ... adına Türkiye Yerel Yönetim Hizmetleri Kolu Kamu Çalışanları Sendikası

Vekilleri : Av. ..., Av. ...
Karşı Taraf : Bursa Valiliği
Vekili : Av. ...
İsteğin Özeti : Bursa 2. İdare Mahkemesi'nce verilen 8.5.2008 günlü, E:2007/351, K:2008/622 sayılı kararın, dilekçede 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 : Saadet Ünal

Düşüncesi : Bursa İl Özel İdaresi Bünyesinde Encümen Müdürü olarak görev yapan davacının, aynı yer Mali İşler Dairesi Başkanlığı bünyesine müdür olarak atanmasına ilişkin 7.2.2007 günlü ve 1588 sayılı işlemin iptali istemiyle açtığı davada, İdare Mahkemesince dosyanın, davacının Mali İşler Dairesi Başkanlığı Bünyesine Müdür olarak atanmasına ilişkin işlemi tesis eden Bursa İl Özel İdaresi husumetiyle oluşturularak karara bağlanması gerekirken Bursa Valiliği husumetiyle dosyanın karara bağlanmasında hukuki isabet görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle, temyize konu İdare mahkemesi kararının bozulması gerektiği düşünülmüştür

TÜRK MİLLETİ ADINA

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

Dava, Bursa İl Özel İdaresi bünyesinde Encümen Müdürü olarak görev yapan davacının, aynı yer Mali İşler Dairesi Başkanlığı bünyesine müdür olarak atanmasına ilişkin 7.2.2007 tarih ve 15/88 sayılı işlemin iptali istemiyle açılmıştır.

Bursa 2. İdare Mahkemesi'nce verilen 8.5.2008 günlü, E:2007/351, K:2008/622 sayılı kararla; idarece takdir yetkisi kullanılarak, davacının unvanında ve kazanılmış haklarında bir değişiklik olmaksızın kurum içinde yeni ihdas edilen Müdürlük kadrosuna atanmasına ilişkin işlemde hukuka aykırılık bulunmadığı gerekçesiyle dava reddedilmiştir.

Davacı, dava konusu işlemin hukuka aykırı olduğunu ileri sürmekte ve İdare Mahkemesi kararının temyizen incelenerek bozulmasını istemektedir.

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 15. maddesinin 3622 sayılı Yasa ile değişik 1. fıkrasının (c) bendinde, bu Kanunun 14. maddesinin 3/f. fıkrasına göre, davanın hasım gösterilmeden veya yanlış hasım gösterilerek açılması halinde dava dilekçesinin tesbit edilecek gerçek hasma tebliğ edileceği hükme bağlanmıştır.

5302 sayılı İl Özel İdaresi Kanunu'nun 3. maddesinde, il özel idaresinin il halkının mahallî müşterek nitelikteki ihtiyaçlarını karşılamak üzere kurulan ve karar organı seçmenler tarafından seçilerek oluşturulan, idarî ve malî özerkliğe sahip kamu tüzel kişisini ifade edeceği, 4. maddesinde, il özel idaresinin, ilin kurulmasına dair kanunla kurulacağı ve ilin kaldırılmasıyla tüzel kişiliğinin sona ereceği belirtilmiştir.

Bu düzenlemelerle, il özel idarelerine tüzel kişilik tanınmıştır. Buna göre, il özel idarelerinin kurdukları işlemlere karşı açılacak davalarda davalı konumunda olması gereken idare il özel idaresi olup, Mahkemece, il özel idaresi bünyesindeki atama işleminin iptali istemiyle açılan davada Bursa İl Özel İdaresinin yerine Bursa Valiliği husumetiyle dosyanın oluşturularak karara bağlanmasında usul yönünden hukuksal isabet görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle, Bursa 2. İdare Mahkemesi'nce verilen 8.5.2008 günlü, E:2007/351, K:2008/622 sayılı kararın 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 49. maddesinin 1/c fıkrası uyarınca bozulmasına, aynı maddenin 3622 sayılı Kanun'la değişik 3. fıkrası gereğince ve yukarıda belirtilen hususlar gözetilerek yeniden bir karar verilmek üzere

dosyanın adı geçen Mahkeme'ye gönderilmesine, 22.90. TL. yürütmenin durdurulması harcının istemi halinde davacıya iadesine 10.7.2009 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

T.C.
DANIŞTAY
Beşinci Daire

Esas No : 2008/300
Karar No : 2009/4604

Özeti : İdare Mahkemesince dosyanın tekemmülü sağlandıktan sonra ve karar tarihinden önceki bir tarihte verilen dilekçe ile davacı avukatının vekaletnamesini İdare Mahkemesine sunduğu anlaşıldığından davacı vekilinin avukatlık ücretinin takdirinde, dava sonunda hüküm verildiği tarihte yürürlükte olan tarife esas alınarak ve bu tarifiede yer alan "hangi aşamada olursa olsun, dava ve icra takibini kabul eden avukatın, Tarife hükümleri ile belirlenen ücretin tamamına hak kazanacağı" yolundaki düzenlemesi uyarınca avukatlık ücretine hak kazanıldığına açık olduğu hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan (Taraflar) : 1- ...

Vekili : Av. ...
2 - Başbakanlık Vakıflar Genel Müdürlüğü

Vekili : Av. ...

İsteğin Özeti : Ankara 9. İdare Mahkemesi'nce verilen 26.10.2007 günlü, E:2005/1076, K:2007/1521 sayılı kararının dilekçede yazılı nedenlerle temyizen incelenerek bozulması isteminden ibarettir.

Cevabın Özeti : Cevap verilmemiştir.

Danıştay Tetkik Hakimi : Ülkü Öner Kayar

Düşüncesi : İdare Mahkemesi kararının kısmen onanması, kısmen bozulması gerektiği düşünülmüştür.

Danıştay Savcısı : Saadet Ünal

Düşüncesi : İdare ve vergi mahkemelerince verilen kararların temyizen incelenerek bozulabilmesi için, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 49. maddesinin birinci fıkrasında belirtilen nedenlerin bulunması gerekmektedir.

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

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Beşinci Dairesi'nce işin gereği düşünüldü:

Dava, Vakıflar Genel Müdürlüğü Mülhak ve Yeni Vakıflar Dairesi Başkanlığında kadro karşılığı sözleşmeli Şube Müdürü olarak görev yapmakta iken, Bağ-Kur Genel Müdürlüğü İdari İşler Dairesi Başkanlığı'na Şube Müdürü olarak atanmasına ilişkin işlemin Ankara 8. İdare Mahkemesi'nin 20.2.2002 günlü, E:2001/418, K:2002/155 sayılı kararıyla iptali üzerine eski görevine iade edilen davacının, görevden alındığı tarih ile göreve iade edildiği tarih arasındaki parasal haklarının sözleşmeli statüde şube müdürü kadrosu esas alınarak

ödenmesi istemiyle yaptığı başvurunun reddine ilişkin 2.6.2005 günlü, 9440 sayılı işlemin iptali ve anılan tarihler arasındaki sözleşmeli şube müdürü ve kadrolu şube müdürü görevleri arasındaki parasal ve özlük hakları farkının yasal faiziyle birlikte tarafına ödenmesi istemiyle açılmıştır.

Ankara 9. İdare Mahkemesi'nce verilen 26.10.2007 günlü, E:2005/1076, K:2007/1521 sayılı kararla; iptal kararlarının, davaya konu idari işlemi yapıldığı tarihe kadar tüm sonuçlarıyla ortadan kaldırdığı, hiç yapılmamış gibi değerlendirilerek ilgilisine söz konusu işlem sonrasında kaybettiği hakların iadesini gerektirdiği, olayda, davacının, görevinden alındığı tarihte işgal ettiği Şube Müdürlüğü görevinde kadro karşılığı sözleşmeli statüde görev yaptığının açık olduğu, dava konusu işlemin kurulduğu tarihteki hukuki statüsü üzerinden maaş artışları da dikkate alınarak parasal ve özlük haklarının davacıya ödenmesi gerekirken kurulan işlemde hukuka uyarlık bulunmadığı gerekçesiyle anılan işlemin iptali ve Şube Müdürlüğü görevinden alındığı 15.2.2001 tarihi ile görevine iade edildiği 23.7.2002 tarihleri arasındaki sözleşmeli statüdeki Şube Müdürü ile kadrolu Şube Müdür arasındaki parasal ve özlük hakları farkının anılan yıllardaki maaş artışları da dikkate alınmak suretiyle hesaplanarak dava tarihi olan 9.6.2005 tarihinden itibaren işletilecek yasal faiziyle birlikte davacıya ödenmesine, dosyaya davacı adına davayı takip etmek için sonradan vekaletname sunan davacı avukatının davaya katkısı olmadığından avukatlık ücretine hükmedilmemesine karar verilmiştir.

Davacı vekili, Mahkeme kararında lehlerine vekalet ücretine hükmedilmediğini ve faizin başlangıç tarihi olarak dava tarihinin esas alınmasının hukuka uygun olmadığını, davalı idare ise, dava konusu işlemin hukuka uygun olduğunu ileri sürerek İdare Mahkemesi kararının bozulmasını istemektedir.

İdare ve Vergi Mahkemeleri tarafından verilen kararların temyiz yolu ile incelenerek bozulabilmeleri 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 49. maddesinde belirtilen nedenlerden birinin bulunması halinde mümkün olup, davalı idare tarafından ileri sürülen hususlarla, davacının faizin başlangıç tarihine yönelik olarak ileri sürdüğü husus bunlardan hiçbirisine uymamaktadır.

Davacının vekalet ücretine yönelik temyiz istemine gelince; 7.4.1969 tarih ve 13168 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren Avukatlık Kanunu'nun "Avukatlık Ücreti" başlıklı 2.5.2002 tarih ve 4667/76 sayılı Kanunla değişik 164 maddesinde; "Avukatlık ücreti, avukatın hukuki yardımının karşılığı olan meblağı veya değeri ifade eder." denilmiş, aynı Kanun'un "Avukatlık Ücret Tarifesi'nin Hazırlanması" başlıklı 02/05/2001 tarih ve 4667/81 sayılı kanunla değişik 168. maddesinde; "Avukatlık ücretinin takdirinde, hukuki yardımın tamamlandığı veya dava sonunda hüküm verildiği tarihte yürürlükte olan tarife esas alınır." hükmüne, söz konusu maddenin yollamada bulunduğu ve olay tarihinde yürürlükte olan 8.12.2006 günlü Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 2007 yılı Avukatlık Ücret Tarifesi'nin "Ücretin Tümü Hakkında" başlıklı 5. maddesinde ise; "Hangi aşamada olursa olsun, dava ve icra takibini kabul eden avukat, Tarife hükümleri ile belirlenen ücretin tamamına hak kazanır" düzenlemesine yer verilmiştir.

Olayda, ... tarafından 2.6.2005 günlü, 9440 sayılı dava konusu işlemin iptali ve parasal ve özlük hakları farkının yasal faiziyle birlikte tarafına ödenmesi istemiyle 9.6.2005 tarihinde görülen davanın açıldığı, İdare Mahkemesi'nce dosyanın tekemmülü sağlandıktan sonra ve karar tarihinden önce 13.4.2007 tarihli dilekçe ile davacı avukatının vekaletnamesini İdare Mahkemesi'ne sunduğu ve vekalet ücreti ile dava masraflarının davalı idareye yükletilmesini istediği anlaşılmaktadır.

Bu durumda, yukarıda sözü edilen düzenlemelere göre, davacı vekilinin avukatlık ücretinin takdirinde, dava sonunda hüküm verildiği tarihte yürürlükte olan tarife esas alınarak ve bu tarifede yer alan; "hangi aşamada olursa olsun, dava ve icra takibini kabul eden avukatın, Tarife hükümleri ile belirlenen ücretin tamamına hak kazanacağı"

düzenlemesi uyarınca, karar tarihinden önce verilen vekaletname ile avukatlık ücretine hak kazandığı açıktır.

Davacı avukat ile temsil edildiğine ve İdare Mahkemesi'nce dava konusu işlem iptal edildiğine göre, isteğe rağmen davacı lehine avukatlık ücretine hükmedilmemesinde 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 31. maddesiyle yollama yapılan 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 417. maddesine uyarlık bulunmadığından, kararın bu kısmında hukuki isabet görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle, davalı idarenin temyiz istemi ve davacının faize yönelik temyiz isteminin reddi ile Ankara 9. İdare Mahkemesi'nce verilen 26.10.2007 günlü, E:2005/1076, K:2007/1521 sayılı kararının dava konusu işlemin iptali ile 15.2.2001 tarihi ile 23.7.2002 tarihleri arasındaki sözleşmeli statüdeki Şube Müdürü ile kadrolu şube müdürü arasındaki parasal ve özlük hakları farkının anılan yıllardaki maaş artışları da dikkate alınmak suretiyle hesaplanarak dava tarihi olan 9.6.2005 tarihinden itibaren işletilecek yasal faiziyle birlikte davacıya ödenmesine ilişkin kısmının onanmasına; davacının vekalet ücretine ilişkin temyiz isteminin kabulüyle, anılan kararın davacı lehine avukatlık ücretine hükmedilmemesine ilişkin kısım yönünden 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 49. maddesinin 1/b fıkrası uyarınca bozulmasına, aynı maddenin 3622 sayılı Yasa ile değişik 3. fıkrası gereğince bozulan kısım hakkında yeniden bir karar verilmek üzere dosyanın adigeçen Mahkeme'ye gönderilmesine, 17.7.2009 tarihinde oybirliği ile karar verildi.

ALTINCI DAİRE KARARLARI

ESKİ ESERLER (KORUNMASI GEREKLİ KÜLTÜR VE TABİAT VARLIKLARI)

T.C.
DANIŞTAY
Altıncı Daire

Esas No : 2008/7782
Karar No : 2009/721

Özeti : Sanat değeri, mimari, tarihi estetik, mahalli, arkeolojik değerler kapsamı içinde strüktürel, dekoratif, yapısal durum, malzeme, yapım teknolojisi, şekil bakımından özellik arz eden, kent ve çevre kimliğine katkıda bulunan yapıların 2. grup olarak belirleneceği, bunun dışında yapının ve bulunduğu alanın inanç merkezi olmasının ve vatandaşların türbeyi ziyarete gelmelerinin tescil için belirleyici olmayacağı hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunanlar : 1-...
Vekili : Av. ...

2-(Davacı Yanında Davaya Katılan)

:Hubyar Köyü Kültür ve Sosyal Yardımlaşma Derneği

Davacı Yanında Davaya Katılan : Hubyar Eğitim Vakfı

Vekili : Av. ...

Karşı Taraf : 1-Kültür ve Turizm Bakanlığı

2-(Davalı Yanında Davaya Katılan) : Hubyar Köyü Tüzel

Kişiliği

Vekili : Av. ...

İstemin Özeti : Tokat İdare Mahkemesinin 6.5.2008 günlü, E:2007/478, K:2008/408 sayılı kararının usul ve yasaya aykırı olduğu ileri sürülerek bozulması istenilmektedir.

Savunmaların Özeti : Temyiz edilen kararda bozma nedenlerinden hiçbirisi bulunmadığından, usul ve kanuna uygun olan kararın onanması gerektiği savunulmaktadır.

Danıştay Tetkik Hakimi Nejdettin Bayram'ın Düşüncesi : Dava, Tokat ili, Almus İlçesi, Hubyar Köyü'nde bulunan Hubyar Türbesi'nin "Anıtsal 2" olarak tesciline ilişkin 17.3.2006 tarihli 24 sayılı Sivas Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Bölge Kurulu Kararının ve bu karardaki "Anıtsal 2" ifadesinin "2. grup yapı" olarak düzeltilmesine ilişkin Sivas Kültür ve Tabiat Varlıklarının Koruma Bölge Kurulu'nun 3.11.2006 tarihli 247 sayılı kararının iptali istemiyle açılmıştır.

İdare Mahkemesince, dava konusu edilen yapının "Anıtsal 2" olarak tesciline ilişkin işlem hakkında karar verilmediğinden temyize konu kararın bu kısmının bozulması 2. grup yapı olarak tescil edilmesine ilişkin işlem açısından Korunması Gerekli Taşınmaz Kültür ve Tabiat Varlıklarının Tespit ve Tescili Hakkında Yönetmeliğin "Tespitlerde Değerlendirme Kistasları" başlıklı 4/f maddesinde yazılı kistaslar dışına çıkılarak Hubyar Türbesinin bulunduğu bölgede bir inanç merkezi oluşturduğu, Tokat'ta ve diğer illerde yaşayan vatandaşların türbeyi ziyarete geldiği, kent ve yöre kimliğine katkıda bulunduğu gerekçesiyle dava konusu işlemin iptaline karar verilmiş ise de, Sivas Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Bölge Kurulu Müdürlüğüne sunulan araştırma, inceleme, değerlendirme raporu ve bilirkişi

raporunda belirtilen hususların incelenmesinden yapının niteliği gereği 2. grup yapılar sınıfında tescilinin uygun olduğu sonucuna ulaşıldığından, İdare mahkemesi kararının yapının 2 grup yapı olarak tesciline ilişkin kısmının sonucu itibarıyla onanması gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı Ülkü Özcan'ın Düşüncesi : Tokat ili, Almus İlçesi, Hubyar Köyü'nde bulunan Hubyar Türbesi'nin "Anıtsal 2" olarak tesciline ilişkin 17.3.2006 tarihli 24 sayılı Sivas Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Bölge Kurulu Kararının ve bu karardaki "Anıtsal 2" ifadesinin "2. grup yapı" olarak düzeltilmesine ilişkin Sivas Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Bölge Kurulu'nun 3.11.2006 tarihli 247 sayılı kararının iptali istemiyle açılan davanın reddi yolundaki İdare mahkemesi kararını davacı ve davacı yanında müdahiller temyiz etmektedir.

İdare Mahkemesince, dava konusu edilen diğer işlem olan uyumsuzluk konusu yapının "Anıtsal 2" olarak tesciline ilişkin işlem hakkında karar verilmemiştir.

İdare Mahkemesince; Korunması Gerekli Taşınmaz Kültür ve Tabiat Varlıklarının Tespit ve Tescili Hakkında Yönetmeliğin "Tespitlerde Değerlendirme Kistasları" başlıklı 4/f maddesinde yazılı kistaslar dışına çıkılarak Hubyar Türbesinin bulunduğu bölgede bir inanç merkezi oluşturduğu, Tokat'ta ve diğer illerde yaşayan vatandaşların türbeyi ziyarete geldiği, kent ve yöre kimliğine katkıda bulunduğu gerekçesiyle dava konusu işlemin iptaline karar verilmişse de, Sivas Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Bölge Kurulu Müdürlüğüne sunulan araştırma, inceleme, değerlendirme raporu ve bilirkişi raporunda belirtilen hususların incelenmesinden yapının niteliği gereği 2. grup yapılar sınıfında tescilinin uygun olduğu sonucuna ulaşıldığından, İdare mahkemesi kararının yapının 2 grup yapı olarak tesciline ilişkin kısmının sonucu itibarıyla onanmasına, yapının "Anıtsal 2." olarak tesciline ilişkin kısmının bozulmasına karar verilmesinin uygun olacağı düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Karar veren Danıştay Altıncı Dairesince Tetkik Hakiminin açıklamaları dinlendikten ve dosyadaki belgeler incelendikten sonra işin gereği görüldü:

Dava, Tokat ili, Almus İlçesi, Hubyar Köyü'nde bulunan Hubyar Türbesi'nin "Anıtsal 2" olarak tesciline ilişkin 17.3.2006 tarihli 24 sayılı Sivas Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Bölge Kurulu Kararının ve bu karardaki "Anıtsal 2" ifadesinin "2. grup yapı" olarak düzeltilmesine ilişkin Sivas Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Bölge Kurulu'nun 3.11.2006 tarihli 247 sayılı kararının iptali istemiyle açılmış, İdare Mahkemesince, yerinde yaptırılan keşif ve bilirkişi incelemesi sonucunda düzenlenen raporun ve dosyanın birlikte değerlendirilmesinden, dava konusu Hubyar Türbesinin, kapı kalındığındaki kitabe kaydından açıkça anlaşıldığı üzere 1917 yılında inşa edilmiş olmasının gerektiği, plan tipi, örtü sistemi, duvar örgüsü, saçak profilasyonu, genel kütle tertibi gibi başlıca mimari vasıfları dikkate alındığında, Anadolu Türk Mimarisi'nin gelişim çizgisi açısından, bilhassa Selçuklu Beylikler devrinde (13-14. Yüzyıl) sıkça karşılaşılan özellikleri yansıtarak, geleneksel bir üslupla yapıldığı, bu itibarla bir bakıma arkaik karakterli bir bina olduğu, aynı nedenle, inşa edildiği dönem çerçevesindeki konumunun da farklı olduğu, yalnız bundan dolayı bile başlı başına bir değer ifade ettiğinin söylenebileceği, günümüze kadar cepheleri ile örtü sistemin dış yüzlerine yapılmış mozaik kaplama tabakası ve kuzey cephesine bitleştirilerek inşa edilmiş koridorla ortaya çıkan olumsuzluklara veya süsleyici elemanları bulunmamasına rağmen yalın haliyle de mimari niteliğinin önem kazandığı, 2. grup yapılar sınıfında tescilinin uygun olduğu ve kamu yararı sağlayacağı, korunması gerekli kültür ve tabiat varlıklarının tespitinde tarihi ve mimari özellikleri yanında yöresel yaşam biçimi ve inanç merkezi oluşu gibi hususların da gözönünde bulundurulacağı, dava konusu Hubyar Türbesi'nin, bulunduğu bölgede bir inanç merkezi oluşturduğu, Tokat'ta ve diğer illerde yaşayan vatandaşların türbeyi ziyarete geldiği, kent ve çevre kimliğine katkıda bulunduğu anlaşıldığından, dava konusu Hubyar türbesinin 2. grup yapı olarak tesciline ilişkin işlemde hukuka aykırılık bulunmadığı gerekçesiyle davanın

reddine karar verilmiş, bu karar davacı ve davacı yanında müdahiller tarafından temyiz edilmiştir.

Dosyanın incelenmesinden, Tokat İli, Almus İlçesi, Hubyar Köyünde bulunan Hubyar Türbesinin 17.3.2006 tarihli, 24 sayılı Sivas Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Bölge bu kararıyla "anıtsal 2 olarak tesciline" karar verildiği bu işlemin iptali istemiyle açılan dava ile 3.11.2006 tarihli, 247 sayılı koruma kurulu kararıyla da "anıtsal 2" ifadesinin "2. grup yapı" olarak düzeltilmesine ilişkin işlemin iptali istemiyle mahkemenin E:2007/590 sayılı dosyasında açılan davanın mahkemece 28.12.2007 günlü, E:2007/590, K:2007/52 sayılı karar ile her iki dava dosyasının birleştirilmesine ve davanın E:2007/478 sayılı dosya üzerinden devamına karar verildiği anlaşılmaktadır.

İdare Mahkemesince; Hubyar Türbesinin 2. grup yapı olarak tesciline ilişkin işlem açısından "korunması gerekli kültür ve tabiat varlıklarının tespitinde tarihi ve mimari özelliklerinin yanında, yöresel yaşam biçimi ve inanç merkezi oluşu gibi hususlarının da gözönünde bulundurulacağına muhakkak olduğu, bu bağlamda Hubyar Türbesinin bulunduğu bölgede bir inanç merkezi oluşturduğu, Tokat'ta ve diğer illerde yaşayan vatandaşların türbeyi ziyarete geldiği, kent ve yöre kimliğine katkıda bulunduğu" gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir.

Korunması Gerekli Taşınmaz Kültür ve Tabiat Varlıklarının Tespit ve Tescili Hakkında Yönetmeliğin "Tespitlerde Değerlendirme Kistasları" başlıklı 4/f maddesinde, "taşınmaz kültür varlıklarından korunması gereklilerinin tespitinde tek yapılar için, taşınmazın sanat değeri, mimari, tarihi, estetik, mahalli, arkeolojik değerler kapsamı içinde; strüktürel, dekoratif, yapısal durum, malzeme, yapım teknolojisi, şekil bakımından özellik arz etmesi" hususlarının göz önünde bulundurulacağı hükmü yer almaktadır.

Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Yüksek Kurulunun 05.11.1999 tarihli 660 sayılı ilke kararıyla, Kent ve Çevre Kimliğine katkıda bulunan Kültür Varlığı niteliğindeki, yörenin yaşam biçimini yansıtan yapıların 2. grup yapı olduğu kabul edilmiştir.

Belirtilen hükümlere göre, sanat değeri, mimari, tarihi estetik, mahalli, arkeolojik değerler kapsamı içinde strüktürel, dekoratif, yapısal durum, malzeme, yapım teknolojisi, şekil bakımından özellik arz eden ve kent ve çevre kimliğine katkıda bulunan yapılar 2. grup olarak belirlenecektir. Bunun dışında yapının ve bulunduğu alanın inanç merkezi olması ve vatandaşların türbeyi ziyarete gelmeleri tescil için belirleyici olmayacaktır.

Buna göre uyumsuzluk incelendiğinde, Sivas Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Bölge Kurulu Müdürlüğüne sunulan araştırma, inceleme, değerlendirme raporunda, "kesme taştan yapılmış olan sekizgen planlı, üst örtüsü piramidal külahlı türbenin mimari üslubuyla 16 Y.Y. anadolu kümbetlerinin karakteristik özelliklerini bünyesinde taşıdığı, dosyada bulunan yazılı begeler ve fermanlarda Hubyar dervişinin 1500-1580'li yıllarda yaşadığı, 1700-1800'lü yıllardaki belgelerde de vergi alınmayacağına dair bilgilerin mevcut olduğu, Sekizgen planlı türbenin orta Anadoludaki tescilli, (Divriği Garip Musa Sultan Türbesi, Kangal Samed Baba türbesi) 16 yüzyıl türbeleri ile aynı özellikleri taşıdığından tescil edilerek koruma altına alınması yönünde görüş belirtildiği görülmektedir.

Bu görüşler ve İdare Mahkemesi kararına dayanak alınan bilirkişi raporundaki dava konusu Hubyar Türbesinin, kapı kalındığındaki kitabe kaydından açıkça anlaşıldığı üzere 1917 yılında inşa edilmiş olmasının gerektiği, plan tipi, örtü sistemi, duvar örgüsü, saçak profilasyonu, genel kütle tertibi gibi başlıca mimari vasıfları dikkate alındığında, Anadolu Türk Mimarisi'nin gelişim çizgisi açısından, bilhassa Selçuklu ve Beylikler devrinde (13-14. Yüzyıl) sıkça karşılaşılan özellikleri yansıtarak, geleneksel bir üslupla yapıldığı, bu itibarla bir bakıma arkaik karakterli bir bina olduğu, aynı nedenle, inşa edildiği dönem çerçevesindeki konumunun da farklı olduğu, yalnız bundan dolayı bile başlı başına bir değer ifade ettiğinin söylenebileceği, günümüze kadar cepheleri ile örtü sistemin dış yüzlerine yapılmış mozaik kaplama tabakası ve kuzey cephesine bitleştirilerek inşa edilmiş koridorla ortaya çıkan olumsuzluklara veya süsleyici elemanları bulunmamasına rağmen yalın haliyle de mimari

niteliğinin önem kazandığı 2. grup yapılar sınıfında tescilinin uygun olduğu yolundaki görüşler bir arada değerlendirildiğinde taşınmazın 2. grup yapı olarak tescil edilmesine ilişkin işlemde hukuka aykırılık bulunmadığı sonucuna ulaşılmıştır.

Bu durumda temyize konu İdare Mahkemesi kararının, Hubyar Türbesinin 2. grup yapı olarak tesciline ilişkin olarak davanın reddine ilişkin kısmında sonucu itibarıyla isabetsizlik görülmemiştir.

Dava, taşınmazın "Anıtsal 2" olarak tesciline ilişkin işlem açısından incelendiğinde; İdare Mahkemesince, taşınmazın 2 grup yapı olarak tesciline ilişkin işlemde hukuka aykırılık bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmesine karşın, yapının "Anıtsal 2" olarak tesciline ilişkin işlem hakkında karar verilmediği görüldüğünden, bu işlem hakkında, daha sonra yeni bir işlemle kaldırıldığı da göz önünde bulundurularak bir karar verilmesi gerekmektedir.

Açıklanan nedenlerle, davanın reddi yolundaki Tokat İdare Mahkemesinin 6.5.2008 günlü, E:2007/478, K:2008/408 sayılı kararının, yapının "Anıtsal 2" olarak tesciline ilişkin kısmının bozulmasına. 2 grup yapı olarak tesciline ilişkin kısmının yukarıda belirtilen gerekçeyle onanmasına, dosyanın adı geçen mahkemeye gönderilmesine 28.01.2009 gününde oybirliğiyle karar verildi.

T.C.
DANIŞTAY
Altıncı Daire

Esas No : 2008/13197

Karar No : 2009/2994

Özeti : Yapı birimleri arasındaki görsel işlem ve ilişkilerin algılandığı, fabrikanın Cumhuriyet Döneminin teknolojisini ve süreçlerini yansıtan bir yapı bütünlüğü olduğu, mimari yönden döneminin tarihi ve estetik değerlerini taşıdığı kesinleşmiş yargı kararıyla belirlenen tescilli eski eserin, eserde olduğu ileri sürülen tehlikenin onarma yoluyla giderilmesinin olanaklı olmadığı yolunda kesin bir saptamanın da bulunmadığı dikkate alındığında tescil kaydının kaldırılmasında hukuka uyarlık bulunmadığı hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan : Mimarlar Odası Ankara Şubesi

Vekili : Av. ...

Karşı Taraf : Kültür ve Turizm Bakanlığı-ANKARA

İstemin Özeti : Ankara 2. İdare Mahkemesinin 17.6.2008 günlü, E:2006/1559, K:2008/1247 sayılı kararının usul ve yasaya aykırı olduğu öne sürülerek bozulması istenilmektedir.

Savunmanın Özeti : Temyiz edilen kararda bozma nedenlerinden hiçbirisi bulunmadığından, usul ve kanuna uygun olan kararın onanması gerektiği savunulmaktadır.

Danıştay Tetkik Hakimi Mehmet Sıtkı Çelik'in Düşüncesi : Temyiz isteminin reddi ile mahkeme kararının onanması gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı M.İclal Kutucu'nun Düşüncesi : Ankara, Çankaya İlçesi, Maltepe Havagazı fabrikası ve ek binalarından soğutma kuleleri, vinç, havagazı deposu, raylar ve pompa istasyonu ile elektrik santrallerinin bacalarının tescil kaydının kaldırılması yolundaki 26.5.2006 günlü, 1545 sayılı Ankara Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Bölge

Kurulu kararının iptali istemiyle açılan davayı reddeden idare mahkemesi kararının bozulması davacı vekili tarafından istenilmektedir.

Dosyanın incelenmesinden, uyumsuzluk konusu eserlerin tescil kaydının kaldırılması istemiyle yapılan başvurunun reddi üzerine açılan bir başka davada Ankara 7. İdare Mahkemesinin E:1996/1356, K:1996/1281 sayılı kararıyla, fabrikanın Cumhuriyet döneminin teknolojisi ve süreçlerini yansıtan bir yapı bütünlüğü olduğu, mimari yönden dönemin tarihi ve estetik değerlerini taşıdığı, taşınarak arsasından elde edilerek rant ile taşıma ve başka bir yerde değerlendirilerek teşhiri için yapılacak harcamalarını ekonomik değerinin de birbirine yakın olduğu sonucuna varıldığından, dava konusu işlemde hukuka aykırılık bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddedildiği, bu kararın Danıştay Altıncı Dairesinin E:1996/102, K:1996/5342 sayılı kararıyla onanarak kesinleştiği anlaşılmaktadır.

Bu durumda tescil kaydının kaldırılmaması yolundaki bilirkişi raporları ve kesinleşmiş yargı kararı bulunmasına karşın koruma kurulunca tescil kaydının kaldırılması hakkında işlem tesis edilmesinde hukuka uyarlık, bu işlemin iptali istemiyle açılan davayı reddeden İdare Mahkemesi kararında isabet bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle temyiz konusu idare mahkemesi kararının bozulmasının uygun olacağı düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Karar veren Danıştay Altıncı Dairesince Tetkik Hakiminin açıklamaları dinlendikten ve dosyadaki belgeler incelendikten sonra işin gereği görüldü:

Dava, Ankara İli, Çankaya İlçesi, Maltepe Havagazı fabrikası ve ek binalarından soğutma kuleleri, vinç, havagazı deposu, raylar ve pompa istasyonu ile elektrik santrallerinin bacalarının tescil kaydının kaldırılmasına ilişkin 26.5.2006 günlü, 1545 sayılı Ankara Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Bölge Kurulu kararının iptali istemiyle açılmış, İdare Mahkemesince, yerinde yaptırılan keşif ve bilirkişi incelemesi sonucu düzenlenen raporla dosyadaki bilgi ve belgelerin birlikte değerlendirilmesinden, terk edilişten oluşan yerel ve genel tahribat sonucu güvenilirliğini yitirmiş ve beklenmeyen herhangi bir tetikleme ile çökebilir konuma geldiği, çevre için akut tehlike oluşturan bu kompleksin çok kapsamlı, çok maliyetli ve çok özel bir tasarım gerektirecek bir önlemler paketi ile resanite edilmeden, mevcut durumu ile bekletilmesinin hesabı verilmeyecek bir felakete davetiye çıkarmak olduğu, artık söz konusu yapıların 2863 sayılı Yasa kapsamına giren özelliklerini kaybettiği, dahası çevre, insan ve mal güvenliği için çok ciddi tehlikeler oluşturduğu anlaşıldığından, tescil kaydının kaldırılması yolunda tesis edilen dava konusu işlemde hukuka aykırılık bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiş, karar davacı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Dosyanın incelenmesinden, daha önce uyumsuzluk konusu eserlerin tescil kaydının kaldırılması istemiyle yapılan başvurunun reddi üzerine açılan davada Ankara 7. İdare Mahkemesinin 12.10.1995 günlü, E:1994/1356, K:1995/1281 sayılı kararıyla, dava konusu karardan sonra fabrikanın bazı bölümlerinin tahrip edilmesine rağmen, yapı birimleri arasındaki görsel işlev ve ilişkilerin algılandığı, fabrikanın cumhuriyet döneminin teknolojisini ve süreçlerini yansıtan bir yapı bütünlüğü olduğu, mimari yönden dönemin tarihi ve estetik değerlerini taşıdığı, taşınarak arsasından elde edilecek rant ile taşıma ve başka bir yerde değerlendirilerek teşhiri için yapılacak harcamaların ekonomik değerinin de birbirine yakın olduğu sonucuna varıldığından, dava konusu işlemde hukuka aykırılık bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verildiği ve bu kararın da Dairemizin 26.11.1996 günlü, E:1996/102, K:1996/5342 sayılı kararıyla onanarak kesinleştiği anlaşılmaktadır.

Böylece tescil kaydının kaldırılmaması yolundaki bilirkişi raporları doğrultusunda kesinleşmiş yargı kararı bulunduğu, buna karşın koruma kurulunca tescil kayıtlarının kaldırılması yolunda işlem tesis ettiği, İdare Mahkemesince de sözü edilen yapıların özelliklerini yitirdiği ve tehlike arz ettiğinden bahisle dava reddedilmiş ise de Cumhuriyet'in

teknolojik yapı niteliğini koruduğunun anlaşıldığı, öte yandan tehlike arz ettiği yolunda tespit ve rapor olması onarma yoluyla bu tehlikenin giderilmesinin olanaklı olmadığı yolunda bir saptamanın da bulunmadığı göz önüne alındığında, yargı kararının uygulanmaması sonucunu doğuran dava konusu işlemde hukuka uyarlık bulunmadığı sonucuna varılmaktadır.

Açıklanan nedenlerle, Ankara 2. İdare Mahkemesinin 17.6.2008 günlü, E:2006/1559, K:2008/1247 sayılı kararının bozulmasına, dosyanın adı geçen mahkemeye gönderilmesine 23.3.2009 gününde oybirliğiyle karar verildi.

GECEKONDU İŞLERİ

T.C.
DANIŞTAY
Altıncı Daire

Esas No : 2007/2268

Karar No : 2009/1880

Özeti : Af başvurusunda bulunulduğu tarihte köy harman yeri olarak kullanılan taşınmaz üzerinde bulunan gecekondunun 2981 sayılı Yasadan yararlanamayacağı hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan : ..

Vekili : Av. ...

Karşı Taraf : 1-Ankara Valiliği
2-Çankaya Belediye Başkanlığı - ANKARA

Vekili : Av. ...

İstemin Özeti : Ankara 10. İdare Mahkemesinin 28.09.2006 günlü, E:2004/3150, K:2006/3045 sayılı kararının usul ve yasaya aykırı olduğu ileri sürülerek bozulması istenilmektedir.

Ankara Valiliği'nin Savunmasının Özeti : Temyiz edilen kararda bozma nedenlerinden hiçbirisi bulunmadığından, usul ve kanuna uygun olan kararın onanması gerektiği savunulmaktadır.

Çankaya Belediye Başkanlığı'nın Savunmasının Özeti : Savunma verilmemiştir.

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

Danıştay Savcısı Şule Tataroğlu'nun Düşüncesi : İdare ve vergi mahkemelerince verilen kararların temyizden incelenerek bozulabilmesi için, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 49 uncu maddesinin birinci fıkrasında belirtilen nedenlerin bulunması gerekmektedir.

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

TÜRK MİLLETİ ADINA

Karar veren Danıştay Altıncı Dairesince Tetkik Hakiminin açıklamaları dinlendikten ve dosyadaki belgeler incelendikten sonra işin gereği görüşüldü:

Dava, Ankara, Çankaya İlçesi, Karakusunlar Mahallesi, ... parsel sayılı taşınmaz üzerinde bulunan gecekondunun nedeniyle arsa tahsisi istemiyle yapılan başvurunun reddine

ilişkin işlemin iptali istemiyle açılmış, İdare Mahkemesince, dosyanın incelenmesinden, uyumsuzluk konusu taşınmazın af başvurusunda bulunulduğu 18.05.1983 tarihinde ... köyiçi mevkiinde kaldığı ve köy harman yeri olarak kullanıldığı anlaşıldığından, köy harman yerinde bulunan gecekondunun 2981 sayılı yasadan yararlanamayacağı bu nedenle, dava konusu işlemde hukuka aykırılık bulunmadığı gerekçesiyle, davanın reddine karar verilmiş, bu karar davacı tarafından temyiz edilmiştir.

Davanın yukarıda özetlenen gerekçeyle reddi yolundaki temyize konu Ankara 10. İdare Mahkemesinin 28.09.2006 günlü, E:2004/3150, K:2006/3045 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 onanmasına, dosyanın adı geçen mahkemeye gönderilmesine 27.02.2009 gününde oybirliğiyle karar verildi.

İMAR İŞLERİ

T.C. DANIŞTAY Altıncı Daire

Esas No : 2007/2233

Karar No : 2009/1420

Özeti : İslah imar planlarının amacı sağlıklı ve düzensiz yapılaşmayı mevcut durum dikkate alınarak ıslah etmek olduğundan başka bir amaçla ıslah imar planı yapılması ve kapsama alınması gereken yapıların bulunduğu bölgelerle bütünleştirilmesi amacına dönük ıslah imar planı sınırlarının genişletilmesi ya da onanlı ıslah imar planında yapılan maddi bir hatanın ortaya çıkması durumunda bu hatanın giderilmesine yönelik değişiklik yapılması dışında mevcut ıslah imar planların ıslah imar planı revizyonu adı altında değişikliğe konu edilmesi mümkün olmadığından, bu planları geliştiren planların yürürlükte bulunan 3194 sayılı İmar Kanunu hükümlerine uygun olarak yapılması gerektiği hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan : Akdeniz Belediye Başkanlığı

Vekili : Av. ...

Karşı Taraf : ...

Vekili : Av. ...

İstemin Özeti : Mersin 1.İdare Mahkemesinin 11/10/2006 günlü, E: 2005/1279, K: 2006/2002 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 Yıldırım Şimşek'in Düşüncesi : Temyiz isteminin reddi ile mahkeme kararının onanması gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı Ekrem Atıcı'nın Düşüncesi : Mersin, Çilek Mahallesi, ... pafta, ... ada, ... parsel sayılı taşınmazı kapsayan alanda yapılan ve 20.7.2004 günlü,183 sayılı belediye encümeni kararı ile onaylanan parselasyon planı ile bu işlemin dayanağı olan ve 5.3.2004 günlü, 30 sayılı belediye meclisi kararı ile kabul edilen 1/1000 ölçekli ıslah imar planının iptali istemiyle açılan dava sonucunda işlemleri iptal eden idare mahkemesi kararının temyizen incelenerek bozulması istenmiştir.

2981 sayılı İmar ve Gecekondu Mevzuatına Aykırı Yapılara Uygulanacak Bazı İşlemler ve 6785 Sayılı İmar Kanununun Bir Maddesinin Değiştirilmesi Hakkında Kanun'un 13.maddesinin (c) bendinde ıslah imar planlarının belediye veya valiliklerce mümkün olduğu kadar fiili durum dikkate alınarak ve yapılanma şartları da belirlenerek yapılacağı öngörülmüş, 3290 sayılı Kanun ile Bazı Maddeleri Değiştirilen ve Bazı Maddeler Eklenen 2981 sayılı Kanunun Uygulanmasına Dair Yönetmeliğin Tanımlar ve Kısaltmalar başlığını taşıyan 4. maddesinin 24. bendinde "ıslah imar planları" düzensiz ve sağlıklı biçimde oluşmuş yapı topluluklarının veya yerleşme alanlarının, sınırları belli edilmek suretiyle, mevcut durumu da dikkate alınarak dengeli, düzenli ve sağlıklı hale getirilmesi amacıyla, halihazır haritalar üzerine yapılan ve yapılanma şartlarını da belirleyen imar planıdır şeklinde tanımlanmış, aynı Yönetmeliğin 20. maddesinde ıslah imar planları yapılacak yerler belirtilmiştir.

Islah imar planlarının amacı sağlıklı ve düzensiz yapılaşmayı mevcut durum dikkate alınarak ıslah etmek olduğundan başka bir amaçla ıslah imar planı yapılması ve kapsama alınması gereken yapılanmaların bulunduğu bölgelerle bütünleştirilmesi amacına dönük ıslah imar planı sınırlarının genişletilmesi ya da onanlı ıslah imar planında yapılan maddi bir hatanın ortaya çıkması durumunda bu hatanın giderilmesine yönelik değişiklik yapılması dışında mevcut ıslah imar planlarının ıslah imar planı tadilatı adı altında değişikliğe konu edilmesi mümkün olmayıp, bu planları geliştiren planların yürürlükte bulunan 3194 sayılı İmar Kanunu hükümlerine uygun olarak yapılması gereklidir. Bu bağlamda ıslah imar planı yapılması ve değişikliği koşulları bulunduğu belirlenmesi halinde ise ıslah imar planı ile öncelikle yörenin ihtiyacı olan teknik ve sosyal donatı alanı ihtiyacının olabildiğince sağlanması, mevcut fiili durumun mümkün olduğu kadar dikkate alınması , ıslah imar planı kapsamında planlama yapılan alan yanında kentin diğer bölgelerini ilgilendiren kullanımların söz konusu olması durumunda planlamada bu durumun da dikkate alınması gereklidir.

Dosyanın incelenmesinden, dava konusu ıslah imar planının belediye meclisinin 14.2.1991 tarih ve 31 sayılı kararı ile kabul edilen ıslah imar planının revizyonu sonucu elde edildiği, davacı tarafından ıslah imar planının nazım imar planına aykırı olduğunun öne sürüldüğü, bilirkişi raporunda dava konusu ıslah imar planının 1991 yılında kabul edilen ıslah imar planının revizyonu olmasına karşın ıslah imar planının değiştirilmesi koşullarının bulunup bulunmadığı, alanın ve 25 metrelik yolların nazım imar planı kapsamında olup olmadığı, yolun kent ulaşım planına göre işlevi, kapasitesi, konut alanı ile yol arasında getirilen yeşil bant ve devamındaki boşluğun şehircilik ve planlama ilkelerine göre durumunun irdelenmediği,mevcut yapılaşma esas alınarak sonuca ulaşıldığı anlaşılmıştır.

Bu durumda dava konusu ıslah imar planı revizyonu hakkında yukarıda belirtilen açıklamalar dikkate alınarak yeniden bilirkişi incelemesi yaptırıldıktan sonra bir karar verilmesi gereklidir.

Dava konusu parselasyon işlemi ile ilgili olarak, ıslah imar planı ile ilgili ulaşılabacak sonuç ta dikkate alınarak bir karar verilmesi zorunludur.

Açıklanan nedenlerle kararın bozulmasının uygun olacağı düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Karar veren Danıştay Altıncı Dairesince Tetkik Hakiminin açıklamaları dinlendikten ve dosyadaki belgeler incelendikten sonra işin gereği görüldü:

Dava, Mersin, Çilek Mahallesi, ... pafta, ... ada, ... parsel sayılı taşınmazın bulunduğu alanda 2981 sayılı Yasanın10/c. maddesi uyarınca imar uygulaması yapılmasına

ilişkin 20.7.2004 günlü, 183 sayılı belediye encümeni kararının ve dayanağı ıslah imar planı revizyonunun kabulüne ilişkin 5.3.2004 günlü, 30 sayılı belediye meclisi kararının iptali istemiyle açılmış; İdare Mahkemesince, yerinde yaptırılan keşif ve bilirkişi incelemesi sonucu düzenlenen raporla dosyada yer alan bilgi ve belgelerin birlikte değerlendirilmesinden, davacıya ait yapının bulunduğu parselin güneyinde yer alan 25 metre enkesitli imar yolunun kuzey sınırında 5 metre genişliğinde yeşil bant öngörülmesi nedeniyle mevcut yapıların korunmadığının, parselin kuzeyinden geçirilen 7 metrelik imar yolunun ise iki adet yapıyı korumak amacıyla davacıya ait yapı ve batısında bulunan taşınmazlar aleyhine planlama ilkelerine aykırı olarak güneye kaydırıldığına tespit edilmiş olması karşısında davalı belediye meclisinin 5.3.2004 günlü 30 sayılı kararı ile yapılan ıslah imar planında hukuka uyarlık bulunmadığı, 20.7.2004 günlü, 183 sayılı davalı belediye encümeni kararına gelince; düzenleme sınırının imar yollarının ekseninden geçirilmesi gerekirken kadastral parsel sınırından geçirildiğinin, davacıya müstakil imar parseli tahsis edilmesi mümkün iken hisseli parsel tahsis edildiğinin ve bunların da bedele dönüştürüldüğünün, kapanan kadastral yollar nedeniyle oluşan alanın kamuya ayrılan alana dahil edilmesi gerekirken, davalı belediye adına imar uygulamasına dahil edilip, oluşturulan parsellerin davalı belediye adına tescil edildiğinin tespit edilmiş olması karşısında dava konusu belediye encümeni kararı ile yapılan ıslah imar uygulamasında da hukuka uyarlık bulunmadığı gerekçesiyle dava konusu işlemlerin iptaline karar verilmiş, bu karar davalı idare vekili 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.maddesinin (c) bendin de, ıslah 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 takdir 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.maddesinin 24.bendinde" ıslah imar planları, düzensiz ve sağlıklı biçimde oluşmuş yapı topluluklarının veya yerleşme alanlarının, sınırları belli edilmek suretiyle, mevcut durumu da dikkate alınarak dengeli, düzenli ve sağlıklı hale getirilmesi amacıyla, halihazır haritalar üzerine yapılan ve yapılanma şartlarını da belirleyen imar planıdır" şeklinde tanımlanmış, yine aynı Yönetmeliğin ıslah imar planları yapılacak yerler başlıklı 20.maddesinde,İslah 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) İslah imar planı olabilecek nitelikleri taşımadığı belediye ya da valilikçe belirlenen,özel parselasyon planı bulunan alanlarda yapılacağı hükmü getirilmiş, anılan Yönetmeliğin 24.maddesinde de, 2981 sayılı Yasanın 13.maddesine paralel bir düzenleme yapılarak ıslah imar planlarının yürürlük biçimi kurala bağlanmış bulunmaktadır.

İslah imar planlarının amacı sağlıklı ve düzensiz yapılaşmayı mevcut durum dikkate alınarak ıslah etmek olduğundan başka bir amaçla ıslah imar planı yapılması ve kapsama alınması gereken yapılanmaların bulunduğu bölgelerle bütünleştirilmesi amacına dönük ıslah imar planı sınırlarının genişletilmesi ya da onanlı ıslah imar planında yapılan maddi bir hatanın ortaya çıkması durumunda bu hatanın giderilmesine yönelik değişiklik

yapılması dışında mevcut ıslah imar planlarının ıslah imar planı tadilatı adı altında değişikliğe konu edilmesi mümkün olmayıp, bu planları geliştiren planların yürürlükte bulunan 3194 sayılı İmar Kanununu hükümlerine uygun olarak yapılması gerekir.

Dosyanın incelenmesinden, uyumsuzluk konusu taşınmazı kapsayan alanda 14.2.1991 günlü, 31 sayılı belediye meclisi kararıyla ıslah İmar Planı yapıldığı ancak, aradan geçen süre içinde mevcut planlarla halihazırdaki yapılaşmaların çakışmadığının görülmesi sonucunda, yeni halihazır paftalar üzerine mevcut kullanımlar dikkate alınarak ıslah imar planı revizyon çalışmaları yapıldığı ve bu doğrultuda hazırlanan ıslah imar planı revizyonunun 5.3.2004 günlü, 30 sayılı belediye meclisi kararıyla uygun bulunduğu anlaşılmaktadır.

Bu durumda yukarıda belirtilen mevzuat hükümleri dikkate alındığında,

ıslah imar planlarının amacı sağlıklı ve düzensiz yapılaşmayı mevcut durum dikkate alınarak ıslah etmek olduğundan başka bir amaçla ıslah imar planı yapılması ve kapsama alınması gereken yapıların bulunduğu bölgelerle bütünleştirilmesi amacına dönük ıslah imar planı sınırlarının genişletilmesi ya da onanlı ıslah imar planında yapılan maddi bir hatanın ortaya çıkması durumunda bu hatanın giderilmesine yönelik değişiklik yapılması dışında mevcut ıslah imar planlarının ıslah imar planı revizyonu adı altında değişikliğe konu edilmesi mümkün olmadığından, bu planları geliştiren planların yürürlükte bulunan 3194 sayılı İmar Kanununu hükümlerine uygun olarak yapılması gerekir. Bu nedenle dava konusu ıslah İmar Planı Revizyonunda hukuka uyarlık bulunmadığından iptali yolundaki idare mahkemesi kararında sonucu itibarıyla isabetsizlik görülmemiştir.

Uyumsuzluğun, 20.7.2004 günlü, 183 sayılı belediye encümeni kararıyla yapılan imar uygulamasına ilişkin kısmına gelince; iptali istenilen imar uygulamasının dayanağı ıslah imar planı revizyonu hukuka uygun bulunmayarak iptal edildiğinden, dayanağı kalmayan anılan imar uygulamasında bu yönden de hukuka uyarlık bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle, Mersin 1.İdare Mahkemesinin 11.10.2006 günlü, E:2005/1279, K:2006/2002 sayılı kararının 5.3.2004 günlü, 30 sayılı belediye meclisi kararına ilişkin kısmının yukarıda belirtilen gerekçeyle onanmasına, 20.7.2004 günlü, 183 sayılı belediye encümeni kararına ilişkin kısmının ise yukarıda belirtilen gerekçenin eklenmesi suretiyle onanmasına, dosyanın adı geçen mahkemeye gönderilmesine, 17.2.2009 gününde oybirliğiyle karar verildi.

T.C.
DANIŞTAY
Altıncı Daire

Esas No : 2007/3143
Karar No : 2009/1977

Özeti : İnşaat ruhsatının fen memurunca imzalanarak onaylanması üzerine, aynı yapıya verilen yapı kullanma izin belgesinin yine fen memurunca imzalanarak onaylanmasında usulde paralellik ilkesi gereği hukuka aykırılık bulunmadığından, anılan yapı kullanma izin belgesinin belediye başkanınca onanmadığından iade edilmesi gerektiğine ilişkin işlemde hukuka uyarlık bulunmadığı hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan : Tuzluca Belediye Başkanlığı
Karşı Taraf : ...

İstemın Özetı : Erzurum 1. İdare Mahkemesının 8.11.2006 günlü, E:2006/117, K:2006/2080 sayılı kararının usul ve yasaya aykırı olduğu ileri sürülerek bozulması istenilmektedir.

Savunmanın Özetı : Savunma verilmemiştir.

Danıştay Tetkık Hakımı Sedef Türkdoğan'ın Düşüncesi : Temyiz isteminin reddi ile mahkeme kararının onanması gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı Gl Filiz Ercan Aslantaş'ın Düşüncesi : Dava, davacıya verilen yapı kullanma izin belgesinin Belediye fen memuru tarafından imzalandığından bahisle iade edilerek belediye Başkanı tarafından onaylı izin belgesi alınması gerektiğine ilişkin işlemin iptali istemiyle açılmıştır.

3194 sayılı İmar Kanunu'nun 30. maddesi yapı kullanma izin belgesi verilmesi koşullarını düzenlemekte olup, anılan madde hükmü uyarınca yapının ruhsat ve eklerine uygun olduğunun ve fen bakımından kullanılmasında sakınca bulunmadığının tespit edilmesi halinde yapı kullanma izin belgesi verilmesi zorunludur.

Dosyanın incelenmesinden davacıya ait taşınmaz üzerinde yapılan inşaat nedeniyle verilen yapı kullanma izninin, söz konusu inşaatın ruhsat ve eklerine aykırı yapıldığı veya fen bakımından kullanımında sakınca bulunduğu yönünde herhangi bir tespit yapılmaksızın sadece imzaya ilişkin usul eksiklik bulunduğundan bahisle iptal edildiği anlaşıldığından davalı idareden kaynaklanan eksiklik nedeniyle davacıya bir kusur yneltilemeyeceğinin de açık olması karşısında dava konusu işlemden hukuka uyarlık görülmemiştir.

Bu itibarla, temyize konu İdare Mahkemesinde sonucu itibarıyla hukuka aykırılık görülmediğinden İdare Mahkemesi kararının belirtilen gerekçeyle onanması gerektiği düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Karar veren Danıştay Altıncı Dairesince Tetkık Hakiminin açıklamaları dinlendikten ve dosyadaki belgeler incelendikten sonra işin gereği görüşüldü:

Dava, İğdir, Tuzluca İlçesi, ... pafta, ... ada, ... sayılı parsel üzerindeki yapının zemin katındaki dükkanlar için verilen yapı kullanma izin belgesinin belediye başkanınca onanması gerekirken, fen memurunca onandığından belediyeye iade edilerek belediye başkanı tarafından onaylı yapı kullanma izin belgesinin alınması gerektiğine ilişkin 8.11.2005 günlü, 05/291 sayılı belediye başkanlığı işlemin iptali istemiyle açılmış, İdare Mahkemesince, yapı kullanma izin belgesinin yetkisiz kişi tarafından onaylanması davacıya bir kusur yneltilemeyeceği, aynı nitelikteki belgelerden sadece davacıya ait belgenin geri alınması yönünde tesis edilen dava konusu işlemden hukuka uyarlık bulunmadığı gerekçesiyle iptaline karar verilmiş, karar davalı idarece temyiz edilmiştir.

3194 sayılı İmar Kanunun 30.maddesinin 1. fıkrasında "Yapı tamamen bittiği takdirde tamamının, kısmen kullanılması mümkün kısımları tamamlandığı takdirde bu kısımlarının kullanılabilmesi için inşaat ruhsatını veren belediye, valilik 27. maddeye göre ruhsata tabi olmayan yapıların tamamen veya kısmen kullanılabilmesi için ise ilgili belediye ve valilikten izin alınması mecburidir. ruhsat ve eklerine uygun olduğu ve kullanılmasında fen bakımından mahzur görülmediğinin tespiti gerekir.

3030 sayılı Kanun Kapsamı Dışında Kalan Belediye Tıp İmar Yönetmeliği'nin 64.maddesinin birinci fıkrasında, yapı tamamlandığında tamamının veya kısmen kullanılması mümkün kısımları tamamlandığında bu kısımlarının kullanılabilmesi için, inşaat ruhsatını veren belediye veya valilikten izin alınmasının zorunlu olduğu düzenleme altına alınmıştır,

Dosyanın incelenmesinden, İğdir, Tuzluca, ... pafta, ... ada, ... sayılı parsel üzerindeki binaya 3.9.2004 günlü, 9 sayılı inşaat ruhsatının verildiği, bu ruhsatın fen memuru tarafından onaylandığı, anılan bina için 28.10.2005 günlü, 15 sayılı yapı kullanma izin belgesi verildiği, bu belgenin de fen memuru tarafından onaylandığı, 8.11.2005 günlü, 05/291 sayılı işler ile anılan yapı kullanma izin belgesinin belediye başkanı tarafından onaylanması

gerekirken, fen memuru tarafından onaylandığı, yapı kullanma izin belgesinin belediye başkanlığına iade edilerek belediye başkanı tarafından onaylanmış iskan ruhsatı alınması gerektiğinin belirtildiği, bu işlemin iptali istemiyle bakılan davanın açıldığı anlaşılmaktadır.

Yukarıda anılan Yönetmelik maddesi dikkate alındığında, uyumsuzluk konusu yapıya verilen inşaat ruhsatının fen memurunca imzalanarak onaylanması üzerine, aynı yapıya verilen yapı kullanma izin belgesinin yine fen memurunca imzalanarak onaylanmasında usulde paralellik ilkesi gereği hukuka aykırılık bulunmadığından, anılan yapı kullanma izin belgesinin belediye başkanınca onanmadığından iade edilmesi gerektiğine ilişkin dava konusu işlemin iptali yolundaki idare mahkemesi kararında sonucu itibarıyla isabetsizlik görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle, Erzurum 1. İdare Mahkemesinin 8.11.2006 günlü, E:2006/117, K:2006/2080 sayılı kararının yukarıda belirtilen gerekçe ile onanmasına, dosyanın adı geçen mahkemeye gönderilmesine 3.3.2009 gününde oybirliğiyle karar verildi.

T.C.
DANIŞTAY
Altıncı Daire

Esas No : 2007/4925

Karar No : 2009/6114

Özeti : Elektrik teknisyenlerine, mühendis olmamaları nedeniyle Elektrik ile İlgili Fen Adamlarının Yetki, Görev ve Sorumlulukları Hakkındaki Yönetmelikte belirlenen bağlantı gücüne kadar fenni mesuliyet yetkisi verilemeyeceği hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan : Ödemiş Belediye Başkanlığı

Vekili : Av. ...

Karşı Taraf : İzmir Elektrik Teknisyenleri Odası

Vekili : Av. ...

İstemin Özeti : İzmir 4. İdare Mahkemesinin 01.02.2007 günlü, E:2005/69, K:2007/79 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 Sedat Larlar'ın Düşüncesi : İdare ve vergi mahkemelerince verilen kararların temyizen incelenerek bozulabilmesi için, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 49 uncu maddesinin birinci fıkrasında belirtilen nedenlerin bulunması gerekmektedir.

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

TÜRK MİLLETİ ADINA

Karar veren Danıştay Altıncı Dairesince Tetkik Hakiminin açıklamaları dinlendikten ve dosyadaki belgeler incelendikten sonra işin gereği görüldü:

Dava, davacı Odanın Elektrik Teknisyenlerine, Elektrik ile İlgili Fen Adamlarının Yetki, Görev ve Sorumlulukları Hakkındaki Yönetmelikte belirlenen bağlantı gücüne kadar

fenni mesuliyet yetkisi verilmesi istemiyle yaptığı başvurunun reddine ilişkin 29.11.2004 günlü, 410-H/2490 sayılı işlemin iptali istemiyle açılmış, İdare Mahkemesince, 3194 sayılı Kanunun 3542 sayılı Yasa ile değişik 38 ve 44. maddeleri uyarınca Milli Eğitim Bakanlığı ile Bayındırlık ve İskan Bakanlığı tarafından müştereken düzenlenen Elektrik ile İlgili Fen Adamlarının Yetki, Görev ve Sorumlulukları Hakkında Yönetmelikte fen adamları öğrenim durumlarına göre 3 gruba ayrılmış ve her bir grubun yapılar da elektrikle ilgili olarak çizebileceği, uygulayabileceği ve sorumluluk üstlenebilecekleri planlar bağlantı gücüne göre ayrı ayrı belirlendiği, bu bağlamda; yapıların elektrik tesisatıyla ilgili plan ve projelerini çizme, uygulama ve sorumluluk alma konusunda elektrik mühendisleri her bağlantı gücünde yetkili iken, elektrikle ilgili fen adamları yönetmelikte belirlenen bağlantı gücüne kadar olan yapılar da yer aldığı, gruba göre plan ve proje çizme, uygulama ve sorumluluk alma konusunda yetkili hale geldiği, davacının anılan Yönetmelikte belirtilen grubu içinde kalmak şartıyla fenni mesuliyet üstlenmesi mümkün olduğundan davalı idarece fenni mesuliyet üstlenemeyeceği yolunda tesis edilen işlemde hukuka uyarlık bulunmadığı gerekçesiyle iptaline karar verilmiş, karar davalı idare vekilince temyiz edilmiştir.

3194 sayılı Yasa'nın 38. maddesinin 2.fıkrasında "Yapıların, mimari, statik ve hertürlü plan, proje, resim ve hesaplarının hazırlanmasını ve bunların uygulanmasıyla ilgili fenni mesuliyetleri, uzmanlık konularına ve ilgili kanunlarına göre mühendisler, mimarlar ile görev, yetki ve sorumlulukları yönetmelikle düzenlenecek olan fen adamları deruhte ederler." hükmüne, 44. maddesinin 2. fıkrasında "38 inci maddede sayılan mühendisler, mimarlar ve şehir plancıları dışında kalan fen adamlarının görev, yetki ve sorumlulukları, ilgili Bakanlıklar ile Türk Mühendis Mimar Odaları Birliği (T.M.M.O.B.) ve Yüksek Öğrenim Kurumunun görüşleri alınarak Bakanlık ve Milli Eğitim Bakanlığınca birlikte çıkarılacak yönetmelik ile tespit edilir." hükmü, 3194 sayılı Yasanın 5. maddesinde "Fen adamları; yapı, elektrik tesisatı, sıhhi tesisat ve ısıtma, makine, harita-kadastro ve benzeri alanlarda mesleki ve teknik öğrenim veren en az lise dengi okullardan mezun olmuş veya lise mezunu olup, bir öğretim yılı süreyle bakanlıkların açmış olduğu kursları başarıyla tamamlamış olanlar ile 3308 sayılı Çıraklık ve Meslek Eğitimi Kanununa göre ustalık belgesine sahip olan elemanlardır." şeklinde tanımlanmıştır.

Mühendisler, Mimarlar ve Şehir Plancıları Dışında Kalan Fen Adamlarının Yetki, Görev ve Sorumlulukları Hakkında Yönetmeliğin 6. maddesinde, "Bu Yönetmeliğin 5 inci maddesi kapsamına giren Fen adamlarının, kendi uzmanlık dallarında iştigal etmek şartıyla; 2863 sayılı Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu kapsamına giren inşaatlar hariç olmak üzere, inşaat işlerindeki görev ve yetkileri aşağıda gösterilmiştir" hükmüne yer verilmiştir.

Yukarıda anılan Yasa ve Yönetmelik maddelerinin birlikte değerlendirilmesinden, mimari proje hazırlanması ve uygulanmasındaki fenni sorumluluğun mimarlık eğitimi görmüş fen adamlarınca, statik ve tesisat planı, proje, resim ve hesaplarının hazırlanması ve uygulanmasındaki sorumluluğun ise mühendislik eğitimi görmüş fen adamlarınca yerine getirileceği, bu nedenle mühendis olmayan elektrik teknisyenlerinin fenni sorumlu olamayacağı sonucuna varılmaktadır.

Bu durumda, davacı Oda'nın, Elektrik Teknisyenlerine, Elektrik ile İlgili Fen Adamlarının Yetki, Görev ve Sorumlulukları Hakkındaki Yönetmelikte belirlenen bağlantı gücüne kadar fenni mesuliyet yetkisi verilmesi isteminin reddine ilişkin işlemde hukuka aykırılık bulunmadığından, dava konusu işlemin iptali yolundaki mahkeme kararında isabet görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle, İzmir 4. İdare Mahkemesinin 01.02.2007 günlü, E:2005/69, K:2007/79 sayılı kararının bozulmasına, dosyanın adı geçen mahkemeye gönderilmesine 26.05.2009 gününde oybirliğiyle karar verildi.

T.C.
DANIŞTAY
Altıncı Daire
Esas No : 2007/6847
Karar No : 2009/6134

Özeti : Dava konusu 1/1000 ölçekli revizyon imar planının yapıldığı tarihte dayanağı 1/5000 ölçekli nazım imar planının bulunmaması ve 1/5000 ölçekli nazım imar planından sonra ancak bu plana göre usulüne uygun plan çalışması yapılarak 1/1000 ölçekli imar planının hazırlanması gerektiğinden dava konusu işleminde hukuka uyarlık bulunmadığı hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan : Geyve Belediye Başkanlığı
Karşı Taraf : ... Petrol Ürünleri Sanayi ve Ticaret A.Ş.
Vekili : Av. ...
İstem Özet i : Sakarya 2. İdare Mahkemesinin 9.5.2007 günlü, E: 2006/245, K:2007/317 sayılı kararının usul ve yasaya aykırı olduğu ileri sürülerek bozulması istenilmektedir.

Savunmanın Özeti : Savunma verilmemiştir.

Danıştay Tetkik Hakimi Yıldırım Şimşek'in Düşüncesi : Temyiz isteminin reddi ile mahkeme kararının onanması 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

Karar veren Danıştay Altıncı Dairesince Tetkik Hakiminin açıklamaları dinlendikten ve dosyadaki belgeler incelendikten sonra işin gereği görüldü:

Dava, Sakarya, Geyve, Alifuatpaşa Köyü, Tepecikler Mevkii, ... pafta, ... parsel sayılı taşınmazı kapsayan alanda revizyon uygulama imar planı yapılmasına ilişkin 3.4.2006 günlü, 2006/24 sayılı belediye meclisi kararının iptali istemiyle açılmış; İdare Mahkemesince, imar mevzuatına göre alt ölçekli uygulama imar planlarının üst ölçekli 1/5000 ölçekli nazım imar planına uygun olarak hazırlanması gerektiği ve davalı idarece üst ölçekli nazım imar planı bulunmadan doğrudan alt ölçekli uygulama imar planı değişikliği yoluyla taşınmazın kullanım amacı değiştirildiği anlaşıldığından dava konusu işleminde hukuka uyarlık bulunmadığı gerekçesiyle iptaline karar verilmiş, bu karar davalı idare tarafından temyiz edilmiştir.

İmar planı insan, toplum, çevre ilişkilerinde kişi ve aile mutluluğu ile toplum hayatını yakından etkileyen fiziksel çevreyi sağlıklı bir yapıya kavuşturmak, yatırımların yer seçimlerini ve gelişme eğilimlerini yönlendirmek ve toprağın koruma kullanma dengesini en rasyonel biçimde belirlemek amacıyla hazırlanır.

3194 sayılı Yasanın 6. maddesinde planlar kapsadıkları alan ve amaçları açısından bölge planları ve imar planları olarak iki ana kategoriye ayrılmış, imar planları da uygulamaya esas olan uygulama imar planları ve bu planın hazırlanmasındaki temel hedefleri, ilkeleri ve arazi kullanım kararlarını belirleyen nazım imar planları olarak sınıflandırılmıştır.

Anılan Yasanın 8. maddesinde ise planların tanımlanmasına yer verilerek planlar bölge planı, çevre düzeni planı, nazım imar planı ve uygulama imar planı olarak kademelendirilmiş ve alt ölçekli planların üst ölçekli planlarda belirlenen planlama ana ilkelerine, stratejilerine ve kararlarına uyumlu olması zorunluluğu getirilmiştir.

Yukarıda belirtilen mevzuat hükümlerine göre uygulama imar planlarının üst ölçekli planlara aykırı olamayacağı, arazi kullanım kararlarının alt ölçekli imar uygulama planlarıyla değiştirilemeyeceği kuşkusuzdur.

Öte yandan, İmar mevzuatına göre, 1/1000 ölçekli uygulama imar planı ve değişikliklerinin 1/5000 ölçekli plan kararlarına göre yapılıp çizilmesi gerektiğinden, 1/5000 ölçekli nazım imar planı yapılmamış bir alanda idarece 1/1000 ölçekli planda değişiklik yapılamayacağı tabidir.

Dosyanın incelenmesinden, İdare Mahkemesince, uyumsuzluk konusu alana ilişkin 1/5000 ölçekli nazım imar planı bulunmadan 1/1000 ölçekli revizyon uygulama imar planı yapılmasında hukuka uyarlık bulunmadığı gerekçesiyle dava konusu belediye meclis kararının iptaline karar verildiği, temyiz aşamasında ise davalı idare tarafından davanın incelenmesi aşamasında bölgenin 1/5000 ölçekli nazım imar planının hazırlanarak onaylandığının belirtildiği anlaşılmaktadır.

Bu durumda, temyiz aşamasında her ne kadar 1/5000 ölçekli nazım imar planının yapıldığı belirtilse de, dava konusu 1/1000 ölçekli revizyon imar planının yapıldığı tarihte dayanağı 1/5000 ölçekli nazım imar planının bulunmaması ve 1/5000 ölçekli nazım imar planından sonra ancak bu plana göre usulüne uygun plan çalışması yapılarak 1/1000 ölçekli planın hazırlanması gerektiğinden dava konusu işlemde hukuka uyarlık görülmemektedir. Bu nedenle dava konusu işlemin iptali yolundaki İdare Mahkemesi kararında sonucu itibarıyla isabetsizlik bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle, Sakarya 2. İdare Mahkemesinin 9.5.2007 günlü, E: 2006/245, K:2007/317 sayılı kararının yukarıda belirtilen gerekçeyle onanmasına, dosyanın adı geçen mahkemeye gönderilmesine 26.5.2009 gününde oybirliğiyle karar verildi.

TAM YARGI DAVALARI

T.C. DANIŞTAY Altıncı Daire

Esas No : 2008/8715
Karar No : 2009/2077

Özeti : Davacının maliki olduğu taşınmazda bulunan ruhsatsız yapının imar planında kamu kullanımına ait yeşil alanda kaldığından bahisle, 775 sayılı Gecekondu Kanununun 18. maddesi uyarınca yıkılmasında idarenin hizmet kusuru bulunduğu, davacının işgalci olarak kabul edilemeyeceği; olayda, 3194 sayılı İmar Kanununun 32. maddesinin işletilebileceği, bu anlamda davacının zararının tazmininin gerekeceği, ancak tazminata hükmedilirken yapının ruhsatsız oluşunun da dikkate alınması gerektiği hakkında.

**Temyiz İsteminde Bulunan : ... A.Ş.
Vekili : Av. ...**

Karşı Taraf : Küçükçekmece Belediye Başkanlığı

Vekili : Av. ...

İstemin Özeti : İstanbul 4. İdare Mahkemesinin 24.12.2007 günlü, E:2006/1522, K:2007/2780 sayılı kararının usul ve yasaya aykırı olduğu ileri sürülerek bozulması istenilmektedir.

Savunmanın Özeti : Savunma verilmemiştir.

Danıştay Tetkik Hakimi Samed Demirbaş'ın Düşüncesi : Temyiz isteminin kabulü ile mahkeme kararının bozulması gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı Ülkü Özcan'ın Düşüncesi : İstanbul İli, Küçükçekmece İlçesi, İkitelli, Çınar Mevkii, ... ada, ... parsel sayılı taşınmazda yer alan yapıların imar planında kamuya ait yeşil alanda kaldığından bahisle 775 sayılı kanun uyarınca yıkılması sonucunda oluşan zararın tazmini istemiyle açılan davanın reddi yolundaki İdare mahkemesi kararını davacı temyiz etmektedir.

Dosyanın incelenmesinden, İdare Mahkemesince; uyumsuzluk konusu taşınmaz ile kadastral yol arasında bulunan kamuya ait yeşil alana tecavüz edilerek işgal edildiği, yapıların ruhsat ve yapı kullanma izinlerinin bulunmadığı, idarece söz konusu işgalin sona erdirilmesi amacıyla 775 sayılı Kanunun 18. maddesi uyarınca işlem tesis edildiği, oluşan zararın meydana gelmesinde hizmet kusuru bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmişse de, yıkılan yapıların davacının maliki olduğu taşınmaz üzerinde yer aldığı, imar planında yeşil alan olarak ayrılmış olsa da taşınmazın kamulaştırıldığına ilişkin herhangi bir işlemin bulunmadığı, ayrıca taşınmazın bulunduğu bölgede yapılan parselasyon işleminin İstanbul 6. idare mahkemesinin 10.10.2003 günlü, E:2002/611, K:2003/1189 sayılı kararıyla iptal edildiği, imar planında söz konusu yapıların tamamının yeşil alan sınırları içerisinde bulunmadığı anlaşılmakta olup, bu haliyle davacının maliki olduğu taşınmaz üzerinde bulunan yapılar nedeniyle işgalci olarak kabul edilemeyeceğinden 775 sayılı Kanunun uygulama şartlarının oluşmaması karşısında 775 sayılı Kanunun uyarınca yıkılması sonucu oluşan zararda idarenin hizmet kusurunun bulunduğu sonucuna varılmıştır.

Açıklanan nedenlerle, davanın reddi yolundaki İdare Mahkemesi, kararının bozulmasına karar verilmesinin uygun olacağı düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Karar veren Danıştay Altıncı Dairesince Tetkik Hakiminin açıklamaları dinlendikten ve dosyadaki belgeler incelendikten sonra işin gereği görüldü:

Dava, İstanbul İli, Küçükçekmece İlçesi, İkitelli, Çınar Mevkii, ... ada, ... parsel sayılı taşınmazda yer alan binaların herhangi bir bildirimde bulunulmaksızın hukuka aykırı şekilde yıkıldığından bahisle maddi ve manevi tazminat istemiyle açılmış, İdare Mahkemesince; dosyanın incelenmesinden, uyumsuzluk konusu taşınmaz ile kadastral yol arasında bulunan kamuya ait yeşil alana tecavüz edilerek işgal edildiğinin belirlendiği, yapıların ruhsat ve yapı kullanma izinlerinin bulunmadığı, idarece söz konusu işgalin sona erdirilmesi amacıyla 775 sayılı Kanunun 18. maddesi uyarınca işlem tesis edildiği, oluşan zararın meydana gelmesinde hizmet kusuru bulunmadığı, dolayısıyla idarenin tazmin sorumluluğundan bahsedilemeyeceği gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiş, bu karar davacı tarafından temyiz edilmiştir.

775 sayılı Gecekondu Kanunu'nun 18. maddesinde "Bu kanunun yürürlüğe girdiği tarihten sonra, belediye sınırları içinde veya dışında, belediyelere, Hazineye, özel idarelere, katma bütçeli dairelere ait arazi ve arsalarda veya Devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunan yerlerde yapılacak, daimi veya geçici bütün izinsiz yapılar, inşa sırasında olsun veya iskan edilmiş bulunsun, hiçbir karar alınmasına lüzum kalmaksızın, belediye veya Devlet zabıtası tarafından derhal yıktırılır.

Yıkım sırasında lüzum hasıl olduğunda, belediyeler ilgili mülkiye amirlerine başvurarak yardım isteyebilirler. Mülkiye amirleri, Devlet zabıtası ve imkanlarından faydalanmak suretiyle, izinsiz yapıların yıkım konusunda yükümlüdürler.

Özel kişilere veya bu maddenin 1 inci fıkrasında sözü geçenler dışındaki tüzel kişilere ait arazi ve arsalar üzerinde yapılacak izinsiz yapılar hakkında, arsa sahiplerinin yazılı müracaatları üzerine ve mülkiyet durumlarını tevsik etmeleri şartıyla bu madde hükümleri, aksi halde genel hükümler ve 3194 sayılı İmar Kanunu* hükümleri uygulanır." hükmü yer almaktadır.

3194 sayılı İmar Kanunu'nun 32. maddesinde ise "Bu Kanun hükümlerine göre ruhsat alınmadan yapılabilecek yapılar hariç; ruhsat alınmadan yapıya başlandığı veya ruhsat ve eklerine aykırı yapı yapıldığı ilgili idarece tespiti, fenni mesulce (...) tespiti ve ihbarı veya herhangi bir şekilde bu duruma muttali olunması üzerine, belediye veya valiliklerce o andaki inşaat durumu tespit edilir. Yapı mühürlenerek inşaat derhal durdurulur.

Durdurma, yapı tatil zaptının yapı yerine asılmasıyla yapı sahibine tebliğ edilmiş sayılır. Bu tebligatın bir nüshası da muhtara bırakılır.

Bu tarihten itibaren en çok bir ay içinde yapı sahibi, yapısını ruhsata uygun hale getirerek veya ruhsat alarak, belediyeden veya valilikten mühürün kaldırılmasını ister.

Ruhsata aykırılık olan yapıda, bu aykırılığın giderilmiş olduğu veya ruhsat alındığı ve yapının bu ruhsata uygunluğu, inceleme sonunda anlaşılırsa, mühür, belediye veya valilikçe kaldırılır ve inşaatın devamına izin verilir.

Aksi takdirde, ruhsat iptal edilir, ruhsata aykırı veya ruhsatsız yapılan bina, belediye encümeni veya il idare kurulu kararını müteakip, belediye veya valilikçe yıktırılır ve masrafı yapı sahibinden tahsil edilir. " hükmüne yer verilmiştir.

Dosyanın incelenmesinden, davacıya ait yapıların imar planında kamuya ait yeşil alanda kaldığından bahisle 775 sayılı kanun uyarınca yıkılması sonucunda oluşan zararın tazmini istemiyle bakılmakta olan davanın açıldığı, ancak söz konusu yapıların davacının maliki olduğu taşınmaz üzerinde yer aldığı, imar planında yeşil alan olarak ayrılmış olsa da taşınmazın imar planındaki amacı doğrultusunda kamulaştırıldığına ilişkin herhangi bir işlemin bulunmadığı, diğer taraftan taşınmazın bulunduğu bölgede yapılan parselasyon işleminin İstanbul 6. idare mahkemesinin 10.10.2003 günlü, E:2002/611, K:2003/1189 sayılı kararıyla kapanan kadastral yollardan belediye adına hisse oluşturulduğu, düzenleme ortaklık payı oranının belirlenmesinde kamuya ayrılan yerler miktarından düşülmediği gerekçesiyle iptaline karar verildiği, anılan kararın Dairemizin 04.4.2006 günlü, E:2004/2086, K:2006/1568 sayılı kararıyla onandığı, söz konusu parselasyonun iptal edilmesi sonucunda davacıya kadastral parseline karşılık olarak farklı bir alandan tahsis yapılmasının da mümkün olmadığı, bu anlamda anılan yapıların davacının maliki olduğu taşınmaz üzerinde bulunduğu anlaşılmaktadır.

Olayda, uyumsuzluk konusu yapıların davacıya ait taşınmaz üzerinde yer alması karşısında davacının işgalci olarak kabul edilemeyeceği, imar planında yeşil alan kullanımına ayrılmış olmasına rağmen taşınmazın öncelikle yapılacak kamulaştırma veya parselasyon uygulamalarıyla kamuya kazandırılması gerektiği, kaldı ki yıkıldığı ifade edilen yapıların dosyadaki plan örneği uyarınca tamamının yeşil alan sınırları içerisinde bulunmadığı, bu itibarla mevcut durumu itibarıyla davacıya ait yapılara yönelik olarak 775 sayılı Kanunun uygulama şartlarının oluşmadığı, söz konusu ruhsatsız yapılar nedeniyle 3194 sayılı İmar Kanunu hükümlerinin uygulanabileceği, bu husus gözetilmeden tesis edilen işlem sonucu oluşan zararda idarenin hizmet kusurunun bulunduğu açıktır.

Bu durumda, idare mahkemesince, davacıya ait yıkıldığı belirtilen yapıların bulunduğu alanın imar planında hangi fonksiyona ayrıldığıнын belirlenmesi, davalı idarece, davacıya ait taşınmazda yer alan ruhsatsız yapılar nedeniyle 775 sayılı Kanunun uygulanması sonucu oluşan zararda idarenin hizmet kusurunun bulunduğu, ayrıca yapıların ruhsatsız olduğu hususu da gözönünde bulundurulmak suretiyle gerekirse bilirkişi incelemesi yaptırılarak tazminine karar verilmesi gerekirken, aksi yönde verilen kararda hukuki isabet görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle, İstanbul 4. İdare Mahkemesinin 24.12.2007 günlü, E:2006/1522, K:2007/2780 sayılı kararının bozulmasına, dosyanın adı geçen mahkemeye gönderilmesine 04.3.2009 gününde oybirliğiyle karar verildi.

T.C.
DANIŞTAY
Altıncı Daire

Esas No : 2007/987
Karar No : 2009/3604

Özeti : İmar planı uyarınca pazar yeri olarak kullanılmak üzere kamulaştırılmasına karar verilen taşınmazda, söz konusu imar planı ve kamulaştırma istemi iptal edilmesine rağmen fiili olarak pazar yeri kullanımına devam edilmesinde, yargı kararını yerine getirmeyen davalı idarenin hizmet kusurunun bulunduğu, ancak taşınmazın bulunduğu alanın plansız alan konumuna düşmüş olması nedeniyle davacının da taşınmazda inşai faaliyette veya herhangi bir tasarrufta bulunma olanağının kalmadığı, bu nedenle davacının doğmuş zararından bahsedilmeyeceği, doğması muhtemel zararın da tazmininin mümkün olmadığı hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan : ...

Karşı Taraf : Senirkent Belediye Başkanlığı

Vekili : Av. ...

İstemin Özeti : Antalya 2.İdare Mahkemesinin 13.07.2006 günlü, E:2005/844, K:2006/1326 sayılı kararının usul ve yasaya aykırı olduğu ileri sürülerek bozulması istenilmektedir.

Savunmanın Özeti : Savunma verilmemiştir.

Danıştay Tetkik Hakimi Samed Demirbaş'ın Düşüncesi : Temyiz isteminin reddi ile mahkeme kararının onanması gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı Ekrem Atıcı'nın Düşüncesi : Isparta İli, Senirkent İlçesi, Kıbrıs Mahallesi, ... ada, ... parsel sayılı davacının hissedarı olduğu taşınmazın kamulaştırılmasına ilişkin işlemin yargı kararı ile iptal edilmesi üzerine davacının taşınmazın tarafına iadesi isteminin cevap verilmemek suretiyle reddi sonucu, davalı idarenin, kesinleşen yargı kararını uygulamamasından dolayı 2577 sayılı Yasanın 28. maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca 30.000.000.000-lira maddi zararın tazminine karar verilmesi istemiyle açılan davada göreve ilişkin bozma kararına uyulduktan sonra tazminat isteminin varsayıma dayalı olduğundan dolayı tazmininin mümkün bulunmadığı gerekçesiyle reddeden İdare Mahkemesi kararının temyizen incelenerek bozulması davacı tarafından istenmiştir.

Olayda kamulaştırma işleminin iptaline yönelik idare mahkemesi kararı gereğinin idarece istenmesine rağmen yerine getirilmemesi sonucunda davacının taşınmazını kullanamaması nedeniyle zarara uğradığı açık olup idarenin ağır hizmet kusuru oluşturan bu işlem ve eyleminden dolayı davacının uğradığı zararın gerekirse yerinde keşif ve bilirkişi incelemesi yaptırılmak suretiyle saptandıktan sonra istemini geçmemek üzere tazminine karar verilmesi gerekirken zararın varsayıma dayandığı gerekçesiyle davanın reddedilmesi yolundaki temyize konu kararda isabet görülmemiştir.

Açıklanan nedenle mahkeme kararının bozulması gerektiği düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Karar veren Danıştay Altıncı Dairesince Tetkik Hakiminin açıklamaları dinlendikten ve dosyadaki belgeler incelendikten sonra işin gereği görüldü:

Dava, Isparta İli, Senirkent İlçesi, Kıbrıs Mahallesi, ... ada, ... parsel sayılı davacının hissedarı olduğu taşınmazın kamulaştırılmasına ilişkin işlemin yargı kararı ile iptal edilmesi üzerine davacının taşınmazın tarafına iadesi istemiyle yapılan başvurunun zımnen reddi üzerine, davalı idarenin, kesinleşen yargı kararını uygulamamasından dolayı 2577 sayılı Yasanın 28. maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca 30.000.000.000-lira maddi zararın tazminine karar verilmesi istemiyle açılmış; İdare Mahkemesince, Danıştay Altıncı Dairesinin 26.01.2005 günlü, E:2004/5611, K:2005/346 sayılı bozma kararına uyularak, dosyanın incelenmesinden, uyuşmazlık konusu taşınmazın 30.06.1994 günlü belediye encümeni kararıyla sebze pazarı yeri olmak üzere kamulaştırıldığı, bu kamulaştırma kararının Antalya 1. İdare Mahkemesinin 23.10.1997 günlü, E:1995/824, K:1997/1130 sayılı kararıyla iptal edildiği, davacı tarafından kamulaştırma işleminin idare mahkemesince iptal edilmesine rağmen taşınmazın halen pazar yeri olarak kullanıldığından bahisle davalı idarenin kesinleşen bu yargı kararını uygulamaması nedeniyle 2577 sayılı Yasanın 28. maddesi uyarınca tazminata hükmedilmesi istemiyle bakılmakta olan davanın açıldığı, idarenin tazmin yükümlülüğünün doğabilmesi için gerçekleşmiş bir zarar ile idarenin tutum ve davranışı arasında illiyet bağı bulunması gerektiği, bakılan davada davacı tarafından taşınmazdaki hissesinin rayiç değeri üzerinden taşınmaz üzerine yapılacak inşaatın elde edeceği gelirin tazmininin istenildiği, varsayıma dayalı olarak tazminata hükmedilemeyeceği anlaşıldığından, tazminat isteminin reddine karar verilmiş, bu karar davacı tarafından temyiz edilmiştir.

2709 sayılı T.C. Anayasa'sının 2. maddesinde, Türkiye Cumhuriyetinin hukuk devleti olduğu, 125. maddesinde, idarenin kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlü olduğu, 138. maddesinin son fıkrasında da yasama, yürütme organları ile idarenin mahkeme kararlarına uymak zorunda oldukları öngörülmüştür.

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 28. maddesinin birinci ve üçüncü fıkralarında ise, idarenin Danıştay, bölge idare mahkemeleri ve vergi mahkemelerinin esasa ve yürütmenin durdurulmasına ilişkin kararlarının icaplarına göre gecikmeksizin işlem tesis etmeye ya da eylemde bulunmaya mecbur oldukları, işlem tesis edilmeyen ya da eylemde bulunulmayan hallerde idare aleyhine Danıştay ve ilgili idari mahkemede maddi ve manevi tazminat davası açılabileceği, hükme bağlanmıştır.

Dosyanın incelenmesinden, davalı idare tarafından, davacının hissedarı olduğu taşınmazın sebze pazarı yeri olarak kamulaştırılmasına karar verildiği, bu işlemin iptali istemiyle açılan davada, Antalya 1.İdare Mahkemesinin 23.10.1997 günlü, E:1995/824, K:1997/1130 sayılı kararı ile kamulaştırma işleminin dayanağı olan plan değişikliğinin yargı kararıyla iptal edilmiş olması nedeniyle işlemin iptaline karar verildiği, kararın temyiz edilmeyerek kesinleştiği, kamulaştırma işlemi iptal edilmiş olmasına rağmen taşınmazın pazar yeri olarak kullanımına devam edildiği, üzerinin çelik konstrüksiyon çatı ile kapatıldığı, ayrıca taşınmazın üzerinde dükkanlar inşa edildiği iddiasıyla davalı idarenin kesinleşen yargı kararını uygulamaması nedeniyle 2577 sayılı Yasa'nın 28. maddesi uyarınca tazminata hükmedilmesi istemiyle bakılmakta olan davanın açıldığı anlaşılmaktadır.

Davacının hissedarı olduğu taşınmazın kamulaştırılmasına ilişkin işlemin yargı kararı iptali edilmesi sonucu davalı idarece yargı kararı gereğinin yerine getirilmemesi nedeniyle idarenin hizmet kusurunun bulunduğu tartışmasızdır. Ancak tazminata hükmedilebilmesi için hizmet kusurunun varlığı ile birlikte ortada oluşmuş net bir zararın bulunması gerekmektedir.

Olayda, kamulaştırma işleminin dayanağı imar planı değişikliğinin iptali sonucu taşınmazın bulunduğu yer plansız alan konumuna düştüğünden, bu aşamada davacının alanda inşai faaliyette veya herhangi bir tasarrufta bulunma olanağının kalmadığı görülmektedir.

Bu durumda, idarenin hizmet kusuru nedeniyle doğmuş bir zarardan söz edilemeyeceği gibi ileride doğması muhtemel zararların tazmininin de mümkün olmaması karşısında tazminat isteminin reddi yolundaki İdare Mahkemesi kararında sonucu itibarıyla isabetsizlik bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle, temyize konu Antalya 2.İdare Mahkemesinin 13.07.2006 günlü, E:2005/844, K:2006/1326 sayılı kararının yukarıda belirtilen gerekçeyle onanmasına, dosyanın adı geçen mahkemeye gönderilmesine 08.04.2009 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YIKMA İŞLERİ

T.C. DANIŞTAY Altıncı Daire

Esas No : 2007/2488

Karar No : 2009/5130

Özeti : 5.11.2009 günlü, 665 sayılı ilke kararı ayrıca koruma amaçlı imar planı notunda getirilen hüküm nedeniyle sit alanında kalan taşınmazda çatı gabarisini aşacak şekilde baz istasyonu kurulamayacağı, dolayısıyla 5189 sayılı Yasanın Ek-35. maddesi uyarınca bir değerlendirme de yapılamayacağı hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan : ... A.Ş.

Vekili : Av. ...

Karşı Taraf : Bartın Belediye Başkanlığı

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

İstem Özet i : Zonguldak İdare Mahkemesinin 6.2.2007 günlü, E:2006/1178, K:2007/140 sayılı kararının usul ve yasaya aykırı olduğu ileri sürülerek bozulması istenilmektedir

Savunmanın Özet i : Temyiz edilen kararda bozma nedenlerinden hiçbir i bulunmadığından, usul ve kanuna uygun olan kararın onanması gerektiği savunulmaktadır.

Danıştay Tetkik Hakimi Özlem Şimşek'in Düşüncesi : 2863 sayılı Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanununun 16.maddesinde, korunması gerekli Taşınmaz Kültür ve Tabiat Varlıkları ile bunların koruma alanlarında ruhsatsız olarak inşaat yapmanın yasak olduğu, buralarda ruhsatsız olarak yapılacak inşaatlar ile, koruma amaçlı imar planlarında, plana; sitlerde, sit şartlarına aykırı olarak inşa edilen yapılar hakkında imar mevzuatına göre işlem yapılacağı öngörülmüştür.

3194 sayılı Yasanın 32.maddesinde de, bu kanun hükümlerine göre ruhsat alınmadan yapılabilecek yapılar hariç; ruhsat alınmadan yapıya başlandığı veya ruhsat ve eklerine aykırı yapı yapıldığının tespiti halinde inşaat durumunun tespit edilerek mühürleneceği, mühürleme tarihinden itibaren en çok bir ay içinde yapı sahibinin yapısını ruhsata uygun hale getirerek veya ruhsat alarak mühürün kaldırılmasını isteyebileceği, ruhsata aykırılığın giderilmediği veya ruhsat alınmadığı durumlarda ruhsata aykırı veya ruhsatsız yapılan binanın belediye encümeni veya il idare kurulu kararını müteakip belediye veya valilikçe yıktırılacağı düzenlenmiştir.

Dava konusu olayda ,koruma amaçlı imar planı kapsamında bulunan taşınmaz üzerinde plan notu gereği 2863 sayılı Yasa uyarınca koruma kurulundan da izin

alınamayacağından, anılan yerde baz istasyonu kurulmasının mümkün olmaması karşısında 5189 sayılı Yasanın Ek 35.maddesi uyarınca bir değerlendirme yapılmasına da gerek bulunmamaktadır.

Bu itibarla,dava konusu işlemde bu yönden de hukuka aykırılık olmadığından,davanın reddi yolundaki İdare Mahkemesi kararının anılan gerekçenin de ilavesi suretiyle onanması gerektiği düşünülmektedir.

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

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

TÜRK MİLLETİ ADINA

Karar veren Danıştay Altıncı Dairesince Tetkik Hakiminin açıklamaları dinlendikten ve dosyadaki belgeler incelendikten sonra işin gereği görüşüldü:

Dava, Bartın İli, Merkez İlçesi, Kırtepe Mahallesi, ... pafta, ... ada, ... parsel sayılı taşınmaz üzerindeki baz istasyonunun koruma amaçlı imar planı notu ve 5.11.1999 günlü, 665 sayılı ilke kararı doğrultusunda 3194 sayılı İmar Kanununun 32.maddesi uyarınca yıktırılmasına ilişkin 5.7.2006 günlü, 240 sayılı belediye encümeni kararının iptali istemiyle açılmış; İdare Mahkemesince, 5.11.2009 günlü, 665 sayılı ilke kararında, korunması gerekli taşınmaz kültür ve tabiat varlıkları ile koruma alanları ve her türlü sit alanlarında görüntü kirlenmesine yol açan müdahalelerin ortadan kaldırılmasının öngörüldüğü, koruma amaçlı imar planı notunda da, çatı örtüsü üzerinde ışıklık ve bacadan başka çıkıntı yapılamayacağını, anten ve benzeri elemanların bahçe içinde ortak sistemle çözüleceğinin düzenlendiği, olayda koruma amaçlı imar planı kapsamında kalan taşınmazda çatı gabarisini aşacak şekilde izin alınmaksızın baz istasyonu sistemi kurulduğu, bu durumda ilke kararı ile korunma amaçlı imar planı notu karşısında tesis edilen dava konusu işlemde hukuka aykırılık bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiş; bu karar davacı tarafından temyiz edilmiştir.

2863 sayılı Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanununun 16.maddesinde, korunması gerekli Taşınmaz Kültür ve Tabiat Varlıkları ile bunların koruma alanlarında ruhsatsız olarak inşaat yapmanın yasak olduğu, buralarda ruhsatsız olarak yapılacak inşaatlar ile, koruma amaçlı imar planlarında, plana; sitlerde, sit şartlarına aykırı olarak inşa edilen yapılar hakkında imar mevzuatına göre işlem yapılacağı öngörülmüştür.

3194 sayılı Yasanın 32.maddesinde de, bu kanun hükümlerine göre ruhsat alınmadan yapılabilecek yapılar hariç; ruhsat alınmadan yapıya başlandığı veya ruhsat ve eklerine aykırı yapı yapıldığının tespiti halinde inşaat durumunun tespit edilerek mühürleneceği, mühürleme tarihinden itibaren en çok bir ay içinde yapı sahibinin yapısını ruhsata uygun hale getirerek veya ruhsat alarak mühürün kaldırılmasını isteyebileceği, ruhsata aykırılığın giderilmediği veya ruhsat alınmadığı durumlarda ruhsata aykırı veya ruhsatsız yapılan binanın belediye encümeni veya il idare kurulu kararını müteakip belediye veya valilikçe yıktırılacağı düzenlenmiştir..

Dava konusu olayda ,koruma amaçlı imar planı kapsamında bulunan taşınmaz üzerinde plan notu gereği 2863 sayılı Yasa uyarınca koruma kurulundan da izin alınamayacağından, anılan yerde baz istasyonu kurulmasının mümkün olmaması karşısında 5189 sayılı Yasanın Ek 35.maddesi uyarınca bir değerlendirme yapılmasına da gerek bulunmamaktadır.

Davanın yukarıda özetlenen gerekçeyle reddi yolundaki temyize konu Zonguldak İdare Mahkemesinin 6.2.2007 günlü, E:2006/1178, K:2007/140 sayılı kararının yukarıda

belirtilen gerekçenin ilavesi suretiyle onanmasına, dosyanın adı geçen mahkemeye gönderilmesine 8.5.2009 gününde oybirliğiyle karar verildi.

T.C.
DANIŞTAY
Altıncı Daire

Esas No : 2008/11432

Karar No : 2009/7237

Özeti : Anayasa Mahkemesi kararı ile yapı ruhsatının dayanağını oluşturan 3194 sayılı İmar Kanununun 47/g maddesinin iptali üzerine yapı ruhsatlarının geçerli olmadığı ve bu ruhsatlara dayanılarak yapılan yapıların korunamayacağı hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan : ...

Vekili : Av. ...

Karşı Taraf : İstanbul Büyükşehir Belediye Başkanlığı

Vekili : Av. ...

İstemın Özeti : İstanbul 8. İdare Mahkemesinin 28.05.2008

günlü, E:2007/590, K:2008/999 sayılı kararının usul ve yasaya aykırı olduğu ileri sürülerek bozulması istenilmektedir.

Savunmanın Özeti : Savunma verilmemiştir.

Danıştay Tetkik Hakimi İsmet Can'ın Düşüncesi : Temyiz isteminin reddi ile mahkeme kararının onanması gerektiği düşünülmektedir.

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

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

TÜRK MİLLETİ ADINA

Karar veren Danıştay Altıncı Dairesince Tetkik Hakiminin açıklamaları dinlendikten ve dosyadaki belgeler incelendikten sonra işin gereği görüşüldü:

Dava, İstanbul İli, Beşiktaş İlçesi, Arnavutköy Mahallesi, ... pafta, ... ada, ... sayılı parsel üzerindeki ruhsata bağlanamayan yapının 2960 sayılı Boğaziçi Kanunu'nun 13. maddesi uyarınca tamamen yıktırılmasına ilişkin büyükşehir belediye encümeninin 06.02.2007 günlü, 453-438 sayılı kararının iptali istemiyle açılmış; İdare Mahkemesince, dosyanın incelenmesinden, uyumsuzluk konusu parsel üzerinde 10 ayrı bloktan oluşan yapı yapılabilmesi için 3194 sayılı Yasanın 47/g maddesi uyarınca 13.02.1987 günü yapı ruhsatı verildiği, bu ruhsata göre inşaatlara başlanılmış ise de ruhsata dayanak oluşturan maddenin Anayasa Mahkemesinin 11.12.1986 günlü kararıyla iptalinden uzun bir süre geçtikten sonra anılan yapıların ruhsat sürelerinin dolduğu ve bu haliyle ruhsata bağlanmalarının da mümkün olmaması nedeniyle dava konusu işlemin tesis edildiği, uyumsuzlukta Anayasa Mahkemesi kararı ile yapı ruhsatlarının dayanağını oluşturan 3194 sayılı Yasanın 47/g maddesinin iptali üzerine yapı ruhsatlarının geçerli olduğu ve bu ruhsatlara dayanılarak yapılan yapıların korunması gerektiğinden söz edilemeyeceği, esasen yıkıma konu olan yapılar için yapı ruhsatı verildikten iki ay sonra Anayasa Mahkemesince anılan Kanun hükmünün iptaline

ilişkin kararın yayımlandığı dikkate alındığında, inşaat durdurulması gerekirken iptal kararından sonra inşai faaliyete devam edildiği için söz konusu yapıların kazanılmış hak kapsamında değerlendirilerek korunması olanağının bulunmadığı, kaldı ki yapıların yer aldığı sahanın ruhsatın verildiği tarih itibarıyla Eğim ve Boğaziçi Peyzajı Nedeniyle Yeşil Olması Gerekli alanda kaldığı, esasen bu tarihte verilen ruhsatların arazinin plandaki kullanım amacına da uygun olmadığı, Anayasa Mahkemesince verilen iptal kararından sonra yapılmaya devam edildiği, yapıların korunması halinde anılan iptal kararının anlamını yitireceği, mevzuatın aykırı olarak yapılan yapılar için bu yönüyle de kazanılmış haktan söz edilemeyeceğinin anlaşıldığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiş; bu karar davacılar vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Davanın yukarıda özetlenen gerekçeyle reddi yolundaki temyize konu İstanbul 8. İdare Mahkemesinin 28.05.2008 günlü, E:2007/590, K:2008/999 sayılı kararında, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 49. maddesinin 1. fıkrasında sayılan bozma nedenlerinden hiçbirisi bulunmadığından, bozma istemi yerinde görülmemekle anılan mahkeme kararının onanmasına, dosyanın adı geçen mahkemeye gönderilmesine 15.06.2009 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YEDİNCİ DAİRE KARARLARI

GÜMRÜK VERGİLERİ

T.C.
DANIŞTAY
Yedinci Daire

Esas No : 2007/6465
Karar No : 2009/1777

Özeti : Gümrük vergilerine ilişkin zaman aşımı sürelerinin hesabında, sürenin sonu olarak, 3'üncü yılda, beyannamenin tescil edildiği güne denk gelen günün mesai saati bitiminin kabulü gerektiği hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan : Başbakanlık Gümrük Müsteşarlığı adına
Esenboğa Gümrük Müdürlüğü
Karşı Taraf : ... Anonim Şirketi
Vekili : Av. ...-Av. ...
İstemin Özeti : Davacı adına tescilli 5.8.2002 gün ve 22042

sayılı serbest dolaşıma giriş beyannamesi muhteviyatı eşya nedeniyle yapılan katma değer vergisi tahakkukuna vaki itirazın reddine ilişkin işlemi iptal eden Ankara Üçüncü Vergi Mahkemesinin 21.3.2006 gün ve E:2005/1421; K:2006/386 sayılı kararını, beyanname kapsamı eşya nedeniyle yapılan tahakkuka ilişkin tebliğ tarihinin, dava dilekçesine verilen cevaplarda ve temyiz dilekçesinde 1.8.2005 olarak; davacı Şirket tarafından Gümrük Müdürlüğüne verilen düzeltme talebine ilişkin dilekçede ise 9.8.2005 olarak gösterildiği ve bu ithalatla ilgili olarak açılmış bir ceza davası ve verilmiş bir mahkumiyet kararının bulunduğu dair bir iddia da ileri sürülmediğinden, tahakkukun tebliğine ilişkin alındı getirtilerek, tahakkukun zaman aşımı süresi içinde tebliğ edilip edilmediğinin ortaya konulmasından sonra uyuşmazlık hakkında bir karar verilmesinin icap ettiği gerekçesiyle bozan Danıştay Yedinci Dairesinin 12.3.2007 gün ve E:2006/1850; K:2007/1054 sayılı kararına uyulmak suretiyle yapılan araştırma sonucuna göre; olayda, 5.8.2002 tarihinde tescil edilen beyanname kapsamı eşya nedeniyle yapılan tahakkukun, üç yıllık zaman aşımı süresi içinde, 5.8.2005 tarihinde tebliğ edildiği anlaşıldığından, işin esasına geçildiği; 4458 sayılı Gümrük Kanununun 167'nci maddesinin son fıkrasıyla verilen yetki uyarınca çıkarılan ve 5.2.2000 gün ve 23955 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 2000/53 sayılı Bakanlar Kurulu Kararının 50'nci maddesine dayanılarak katma değer vergisinden müstesna olarak beyan edilen eşyaya ilişkin gümrük giriş beyannamesinin, 4458 sayılı Kanunun 167'nci maddesinin 3'üncü fıkrasının (a) bendinde unvanı yazılı kuruluşlar adına tescilli olmaması nedeniyle, 3065 sayılı Katma Değer Vergisi Kanununun 16'nci maddesinin 1'inci fıkrasının (b) bendinde öngörülen istisnadan yararlanılamayacağından bahisle işlem tesis edilmiş ise de; eşyanın, Milli Savunma Bakanlığının siparişi üzerine; başka bir deyişle, davacı Şirkete verilen yetki çerçevesinde ithal edildiğinin anlaşıldığı; Bakanlar Kurulu Kararının sözü edilen 50'nci maddesinin düzenlemesi karşısında, ithalatın, 4458 sayılı Kanunun 167'nci maddesinin 3'üncü fıkrasının anılan bendi kapsamında yapıldığı sonucuna ulaşıldığından, dava konusu işlemde hukuka uyarlık bulunmadığı gerekçesiyle iptal eden Ankara Üçüncü Vergi Mahkemesinin 26.10.2007 gün ve E:2007/1333; K:2007/1557 sayılı kararının; gümrük giriş beyannamesi adına tescil edilen davacının, 4458 sayılı Kanunun 167'nci maddesinin 3'üncü fıkrasının (a) bendinde unvanı yazılı kuruluşlar arasında yer almaması karşısında, anılan

maddenin 7'nci fıkrası uyarınca ithal edildiği anlaşılan eşya nedeniyle, 3065 sayılı Kanunun 16'nci maddesinin 1'inci fıkrasının (b) bendinde öngörülen istisnadan yararlanılmasının olanaklı olmadığı ileri sürülerek bozulması istenilmektedir.

Savunmanın Özeti: İstemin reddi gerektiği savunulmuştur.

Tetkik Hakimi Dursun ÖZDEMİR'in Düşüncesi: Davacı şirket adına tescilli 5.8.2002 gün ve 22042 sayılı serbest dolaşıma giriş beyannamesi muhteviyatı eşya nedeniyle yapılan katma değer vergisi tahakkukuna ilişkin tebligatın, üç yıllık zaman aşımı süresi içerisinde, en geç 4.8.2005 tarihine kadar yapılması gerekirken, bu süre geçirildikten sonra, 5.8.2005 tarihinde yapılmış olması nedeniyle, uyuşmazlık konusu vergi alacağının zaman aşımına uğradığı anlaşıldığından, temyiz dilekçesinde ileri sürülen iddiaların, sonucu itibarıyla yerinde olan kararın bozulmasını gerektirmediği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı Mukaddes ARAS'ın Düşüncesi: İdare ve vergi mahkemelerince verilen kararların temyizen incelenerek bozulabilmesi için, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 49'uncu maddesinin 1'inci fıkrasında belirtilen nedenlerin bulunması gerekmektedir.

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

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Yedinci Dairesince işin gereği görüldü:

Dosyanın incelenmesinden; 4458 sayılı Gümrük Kanununun 167'nci maddesine ve anılan maddenin son fıkrasıyla verilen yetki uyarınca yayımlanan 2000/53 sayılı Bakanlar Kurulu Kararının 50'nci maddesine dayanılarak katma değer vergisinden müstesna olarak ithal edilen eşyaya ilişkin gümrük giriş beyannamesi adına tescilli olan davacı Şirketin, unvanının, 4458 sayılı Kanunun 167'nci maddesinin 3'üncü fıkrasının (a) bendinde yazılı kuruluşlar arasında yer almaması nedeniyle, 3065 sayılı Katma Değer Vergisi Kanununun 16'nci maddesinin 1'inci fıkrasının (b) bendinde öngörülen istisnadan yararlanamayacağından bahisle yapılan katma değer vergisi tahakkukuna vaki itirazın reddine ilişkin işlemin, Mahkemece, istemin özeti bölümünde yazılı gerekçeyle iptal edildiği anlaşılmıştır.

3065 sayılı Kanunun 16'nci maddesinin 1'inci fıkrasının, 4503 sayılı Kanunun 1'inci maddesiyle değiştirilen ve 5.2.2000 tarihinden itibaren yürürlüğe giren (b) bendinde, 4458 sayılı Kanunun 167'nci maddesi [(5) numaralı fıkrasının (a) bendi ile (7) numaralı fıkrası hariç] kapsamında gümrük vergisinden muaf veya müstesna olan eşyanın ithalinin katma değer vergisinden müstesna olduğu belirtilmiş; 4458 sayılı Kanunun anılan bentte göndermede bulunulan 167'nci maddesinin 1'inci paragrafında da, on iki fıkra halinde, gümrük vergilerinden muaf ve müstesna olan eşya sayılmıştır.

Olayda; davacı Şirket tarafından ithal edilen eşya, mahkeme kararında da kabul edildiği gibi, Gümrük Kanununun 167'nci maddesinin 3'üncü fıkrasının (a) bendinde sayılan eşya ile örtüşmektedir. Başka anlatımla; maddenin yalnızca bu bendi uyuşmazlığı ilgilendirmektedir. Her ne kadar, tahakkuka vaki düzeltme isteminin reddine dair Gümrük Müdürlüğü kararında, eşyanın ithal işlemlerinin, Gümrük Kanununun 167'nci maddesinin 7'nci fıkrası ile paralel düzenleme içeren 2000/53 sayılı Bakanlar Kurulu Kararının 50'nci maddesine istinaden gerçekleştirildiği belirtilmekteyse de; ... Anonim Şirketi, fıkrada adı geçen kuruluşlardan olmadığı gibi, ithal edilen eşya da amaçsal olarak anılan fıkra kapsamında değerlendirilemeyeceğinden; Gümrük İdaresinin kararında yer alan bu ifade, eşyanın 167'nci maddenin 3'üncü fıkrasının (a) bendi kapsamında yer aldığı gerçeğini değiştirmez.

Söz konusu bent, Milli Savunma Bakanlığı, Jandarma Genel Komutanlığı ve Sahil Güvenlik Komutanlığı ihtiyaçları için, gümrük beyannamesi bu kuruluşlar adına düzenlenmiş olmak kaydıyla, Yurt dışından tedarik olunan her türlü harp silah, araç, gereç, teçhizat,

makine, cihaz ve sistemleri ile bunların yapım, bakım ve onarımlarında kullanılacak yedek parçalar, akaryakıt ve yağlar, hammadde, malzeme ve harp ganimetlerinin ithalinin gümrük vergisinden muaf olduğu düzenlemesini içermektedir. Çok açık ve duraksamaya meydan bırakmayacak biçimde görüleceği üzere; Gümrük Birliği ile uyum programı çerçevesinde düzenlenen bu bentte, Yurt dışından getirilecek araç, gereç, malzeme ve diğerlerinin gümrük vergilerinden muaf ve müstesna olabilmesi, gümrük beyannamesinin Milli Savunma Bakanlığı veya Jandarma Genel Komutanlığı veya Sahil Güvenlik Komutanlığı adına düzenlenmiş olması ön koşuluna bağlı kılınmaktadır. Olayda; davacı Şirket tarafından ithal edilen malzemelerle ilgili gümrük giriş beyannamelerinin bu kuruluşlardan herhangi biri adına değil, davacı Şirket adına düzenlenmiş olduğu sabittir. Esasen, bu konuda taraflar arasında ihtilaf da yoktur. Durum böyle iken; söz konusu malzemenin gümrük vergilerinden muaf ve müstesna olduğu, dolayısıyla katma değer vergisi istisnasından yararlanabileceği söylenemez.

Her ne kadar, Mahkemece, 4458 sayılı Kanunun 167'nci maddesinin son fıkrasıyla verilen yetki uyarınca yayımlanan 2000/53 sayılı Bakanlar Kurulu Kararının 50'inci maddesi dayanak alınarak hüküm kurulmuş ise de; aşağıda açıklanan anayasal durum nedeniyle buna olanak bulunmamaktadır.

2709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasına göre, Türkiye Cumhuriyeti bir hukuk devletidir. "Hukuk Devleti" olmanın olmazsa olmaz koşulu, devletin tüm kurumlarının (Yasama, Yürütme ve Yargı) ve kuruluşlarının hukuka ve Anayasa ile konulmuş kurallara saygılı olmasıdır. T.C. Anayasasının "Vergi ödevi" başlıklı 73'üncü maddesinin üçüncü fıkrasında da; vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlülüklerin kanunla konulacağı, değiştirileceği ve kaldırılacağı öngörülmüştür. Fıkra da vurgulanan "vergilemede kanunilik ilkesi", insanlığın en önemli kazanımıdır. Demokrasinin ve hukuk devletinin temel taşıdır.

Verginin mükellefinin vergi kapsamı dışına çıkarılması anlamına gelen muafiyet ile konusunun vergileme dışında bırakılması anlamına gelen istisnanın, önceden Kanunla konulan verginin kısmen veya tamamen kaldırılması sonucunu yaratması sebebiyle, "kanunilik ilkesi" kapsamında bulunduğu, gerek öğretide, gerekse Anayasa Mahkemesi kararlarında kabul edilmektedir. Dolayısıyla; idari işlemlerle veya yargı kararlarıyla kişi ya da kuruma muafiyet; eşyaya istisna tanınabilmesi olanaklı değildir.

Her ne kadar, T.C. Anayasasının 73'üncü maddesinin son fıkrasında; vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlülüklerin muaflık, istisnalar ve indirimleriyle oranlarına ilişkin hükümlerinde, kanunun belirttiği yukarı ve aşağı sınırlar içinde değişiklik yapmak yetkisinin Bakanlar Kuruluna verilebileceği öngörülmüş ise de; bu anayasal düzenlemede, Bakanlar Kuruluna verilmiş bir asli yetki söz konusu değildir. Bakanlar Kuruluna, sınırlı konularda yetki verilmek üzere, Yasama Organı yetkilendirilmiştir. Yasama Organının Bakanlar Kuruluna verebileceği yetkiler arasında ise, kanunla tanınmayan muafiyet ve istisnanın tanınması yoktur.

Nitekim; 4458 sayılı Kanunun yukarıda sözü edilen 167'nci maddesinin son fıkrasında da, Bakanlar Kuruluna, maddenin 4 ila 12'nci fıkralarında yer alan eşya ile ilgili kimi yetkiler verilmiştir. Yani; 167'nci maddenin vergilendirme işleminin hukuksal dayanağı olan 3 numaralı fıkrası ve bu fıkranın bentleri, Bakanlar Kuruluna verilen yetkinin dışında bırakılmıştır.

Anayasal ve yasal durum böyle iken; Bakanlar Kurulunun 2000/53 sayılı Kararının; Gümrük Kanununun 167'nci maddesinin 3'üncü fıkrasının (a) bendinin idari tasarruflarla değiştirilmesi sonucunu yaratarak, maddede yazılı kuruluşlar dışında kalan ve gümrük giriş beyannamelerini kendi adlarına dolduran kuruluşlara da gümrük vergilerinden muafiyet tanıyan düzenlemesi, Anayasal düzeni korumakla görevli "İdari Yargı"nın, hukuka aykırı işlemler için öngördüğü en ağır sakatlık hali olan ve idari işlemin keenlemeyekün-yok sayılmasını gerektiren, "fonksiyon gaspı" ile malüldür ve, dolayısıyla, bir hukuk kaynağı olarak, idarece, vergilendirme işlemlerine esas alınamaz; bir yargı kararının gerekçesi olamaz.

Bu bakımdan; ithal olunan eşyanın, Milli Savunma Bakanlığının ihtiyaçları için ve onun yetkilendirmesiyle getirilmiş; davalı İdarece de, bu duruma herhangi bir itirazda bulunulmamış olması; gümrük giriş beyannameleri adı geçen Bakanlık adına düzenlenmedikçe, açıklanan anayasal ve yasal durumu değiştirici etkiyi doğurmayacağından, dava konusu işlemin, anılan Bakanlar Kurulu Kararına dayanılarak iptali yolundaki mahkeme kararında isabet görülmemiştir.

Açıklanan nedenle, temyiz isteminin kabulüne; temyize konu mahkeme kararının bozulmasına, bozma kararı üzerine, Mahkemece, yeniden verilecek kararla birlikte yargılama giderleri de hüküm altına alınacağından, bu hususta ayrıca hüküm tesisine gerek bulunmadığına, 2.4.2009 gününde oyçokluğu ile karar verildi.

KARŞI OY

X- 4458 sayılı Gümrük Kanununun 181'inci maddesinin 1'inci fıkrasında; gümrük yükümlülüğünün ithalat vergisine tabi eşyanın serbest dolaşıma girmesiyle doğacağı; 2'nci fıkrasında da, gümrük yükümlülüğünün, söz konusu gümrük beyannamesinin tescil tarihinde başlayacağı belirtilmiş; aynı Kanunun 197'nci maddesinin 2'nci fıkrasında da, yapılan denetimler sonucunda hiç alınmadığı veya noksan alındığı belirlenen veya 1'inci fıkrafta belirtilen şekilde tebliğ edilmeyen gümrük vergilerine ilişkin tebligatın, gümrük yükümlülüğünün doğduğu tarihten itibaren üç yıl içinde yapılacağı; şu kadar ki, gümrük yükümlülüğünün doğduğu olayla ilgili olarak dava açılmasının zaman aşımını durduracağı; 4'üncü fıkrasında, gümrük vergileri alacaklarının, ceza uygulamasını gerektiren bir fiile ilişkin olması ve suçun zaman aşımının daha uzun bulunması halinde, bu alacakların Türk Ceza Kanunundaki dava ve ceza zaman aşımı süreleri içinde kovuşturulup tahsil edileceği hükmüne bağlanmıştır. Bu hükümlere göre; yapılan denetimler sonucunda hiç alınmadığı ya da noksan alındığı tespit edilen vergilere ilişkin tebligatın gümrük yükümlülüğünün doğduğu tarihten itibaren üç yıl içerisinde yapılması gerekiyorsa da; gümrük yükümlülüğünü doğuran olayla ilgili olarak, sözü edilen süre içerisinde dava açılması halinde, zaman aşımının durduğu sürece veya davanın sonuçlanmasından sonra kalan süre içerisinde tahakkuk işlemi yapılarak mükellefine tebliğ edilebileceği gibi, gümrük vergileri alacaklarının ceza uygulanmasını gerektiren bir fiile ilişkin olması durumunda da, tahakkukun suçun tabi olduğu zaman aşımı süresi içerisinde yapılması olanaklı bulunmaktadır.

Öte yandan, 213 sayılı Vergi Usul Kanununun 2'nci maddesinde; gümrük ve tekelle idareleri tarafından alınan vergi ve resimlerin bu kanuna tabi olmadığı belirtilmiş ve 18'inci maddesinde de, sürelerin hesaplanmasına ilişkin kurallara yer verilmiştir. Gümrük Kanununda ise, zaman aşımı süresinin tescilli takip eden günden itibaren başlayacağı veya tescil gününün zaman aşımı süresinin hesabına katılmayacağı yönünde bir hüküm mevcut değildir. 213 sayılı Vergi Usul Kanununun 18'inci maddesi hükmünün, anılan Kanun kapsamındaki vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlülükle ilgili yazılı bildirimler ile vergi beyannamelerine ilişkin olması ve 2'inci maddede gümrük vergilerinin bu kanuna tabi olmadığına açıkça belirtilmesi sebebiyle, Gümrük Kanunundaki sürelerin hesaplanmasında, Anayasanın 73'üncü maddesinde ifade edilen verginin yasallığı ilkesi uyarınca, kıyasen uygulanmasına olanak yoktur.

Olayda; davacı şirket adına tescilli 5.8.2002 gün ve 22042 sayılı serbest dolaşıma giriş beyannamesi muhteviyatı eşya nedeniyle yapılan katma değer vergisi tahakkukuna ilişkin tebligatın, gümrük yükümlülüğünün doğduğu 5.8.2002 tarihinden başlayan üç yıllık zaman aşımı süresi içerisinde, en geç 4.8.2005 günü yapılması gerekirken, bu süre geçirildikten sonra, 5.8.2005 tarihinde yapılmış olması ve davalı idarece de, beyanname nedeniyle, tahakkuk zaman aşımı süresi içerisinde zaman aşımını durduracak idari dava veya ceza davası açıldığı ya da gümrük yükümlülüğünü doğuran olayın ceza uygulanmasını gerektirmesi nedeniyle ilgililer hakkında açılmış bir ceza davasının varlığı konusunda herhangi bir bilgi ve belgenin sunulmamış bulunması karşısında; uyumsuzluk konusu vergi

alacağının zaman aşımına uğradığı anlaşıldığından, temyiz dilekçesinde ileri sürülen iddiaların, sonucu itibarıyla yerinde olan kararın bozulmasını gerektirmediği oyu ile karara karşıyım.

T.C.
DANIŞTAY
Yedinci Daire

Esas No : 2007/2448

Karar No : 2009/1929

Özeti : Eşyanın kıymetine uygulanacak vergi oranının Gümrük İdaresince belirlenmesinin yasal zorunluluk olduğu; yasada, vergi oranının yükümlülerce beyanını zorunlu kılan herhangi bir düzenleme bulunmadığından; bu nedenle para cezası kararı alınmasında isabet bulunmadığı hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan : Başbakanlık Gümrük Müsteşarlığı adına
Ambarlı Gümrük Müdürlüğü

Karşı Taraf : ... Anonim Şirketi

Vekili : Av. ...

İstem Özet : Davacı adına tescilli 10.3.2006 gün ve 21455 sayılı serbest dolaşıma giriş beyannamesi muhteviyatı kivi nedeniyle 500.- avro/ton üzerinden tahakkuk ettirilen gümrük ve katma değer vergilerinin, %65 vergi oranına göre tahakkuk ettirilmesi gereken tutardan fazlasına vaki itiraz üzerine tesis edilen, beyan edilen vergilere itiraz edilemeyeceğinden, teminat olarak alınan vergilerin kati olarak tahsil edilmesi gerektiği yolundaki işlemi; 4458 sayılı Gümrük Kanunu hükümlerine göre, düzeltme ya da itiraz yollarına başvurulabilmesi için, İdarece kendiliğinden yapılmış bir ek tahakkuk işleminin veya ihtirazi kayıtlarla verilen gümrük giriş beyannamesine dayalı tahakkukun bulunması gerektiği; olayda, 10.3.2006 tarihinde Gümrük Müdürlüğü kayıtlarına intikal ettirilen ihtirazi kayıt dilekçesi, beyanın, davacının serbest iradesinin ürünü olmadığını gösterdiğinden, davalı İdarece ek tahakkukun hukukiliğinin incelenmesi suretiyle işlem tesis edilmesi gerekirken, beyan edilen vergilere itiraz edilmeyeceğinden bahisle tesis edilen işlemde hukuka uyarlık bulunmadığı gerekçesiyle iptal eden İstanbul Beşinci Vergi Mahkemesinin 25.12.2006 gün ve E:2006/1606; K:2006/3163 sayılı kararının; davacıya tebliğ edilen herhangi bir ek tahakkukun bulunmadığı, 4458 sayılı Kanunun 245'inci maddesinin 1'inci fıkrası hükmüne göre, davacının, kendisi tarafından hesaplanan vergilere itiraz edemeyeceği; Gümrük Yönetmeliğinin 747'nci maddesinde de, vergilerin bilgisayar sistemi tarafından hesaplanması durumunda, beyannamenin tescil edilmesinin gümrük vergilerinin beyan sahibi tarafından hesaplanması anlamına geleceği düzenlemesine yer verildiği ileri sürülerek bozulması istenilmektedir.

Savunmanın Özeti : Savunma verilmemiştir.

Tetkik Hakimi Abidin İLDEŞ'in Düşüncesi : Temyiz dilekçesinde ileri sürülen iddialar, 2577 sayılı Kanunun 49'uncu maddesinin 1'inci fıkrasında sayılan bozma nedenlerine uymadığından, temyiz istemi reddedilerek kararın onanması gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı Nazlı YANIKDEMİR'in Düşüncesi: 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 reddinin uygun olacağı düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Yedinci Dairesince işin gereği görüldü:

Dosyanın incelenmesinden; davacı adına tescilli 10.3.2006 tarih ve 21455 sayılı serbest dolaşıma giriş beyannamesi muhteviyatı eşya nedeniyle aynı tarihte Gümrük Müdürlüğü kayıtlarına intikal ettirilen dilekçede, gümrük vergilerinin, %65 vergi oranına göre tahakkuk ettirilmesi gerekirken, 500.- avro/ton üzerinden tahakkuk ettirildiğinin, vergilerin tahakkuk ettirilmesi gereken tutardan fazlasına itiraz edildiğinin belirtildiği; bu başvurunun Gümrük Müdürlüğünce reddi yolundaki karara karşı yapılan itiraz üzerine Gümrük Başmüdürlüğünün talebi doğrultusunda Gümrük Müdürlüğünce tesis edilen, beyan edilen vergilere itiraz edilemeyeceğinden, teminat olarak alınan vergilerin kati olarak tahsil edildiği yolundaki işlemin tebliğ edilmesinden sonra açılan davada, Mahkemece, davacının 10.3.2006 tarihli başvurusu, beyannamenin tescili sırasında konulan ihtirazi kayıt iradesi olarak nitelendirilmek suretiyle hüküm kurulduğu anlaşılmıştır.

4458 sayılı Gümrük Kanununun 60'inci maddesi hükmüne göre, beyannamenin, eşyanın beyan edildiği gümrük rejimini düzenleyen hükümlerin uygulanması için gerekli bütün bilgileri ihtiva etmesi ve gerekli bütün belgelerin beyannameye eklenmesi gereklidir. Bu bilgi ve belgelerin beyannameye eklenmesinde yasal zorunluluk olması, gümrük mevzuatını uygulamakla görevli Gümrük İdaresince kendiliğinden bilinmeleri ya da bulunmaları mümkün olmayan; ancak ithalatı yapan veya temsilcisi tarafından sahip olunan ya da temini olanaklı bilgi ve belge niteliği taşımalarından kaynaklanmaktadır.

Anılan Kanunun 195'inci maddesinin 1'inci fıkrası hükmünde, gümrük vergilerinin, Gümrük İdaresi tarafından gerekli bilgiler kullanılarak tahakkuk ettirileceği söylenmiş; aynı Kanunun 15'inci maddesinin 1'inci fıkrasında ise, anılan vergilerin, gümrük yükümlülüğünün doğduğu tarihte yürürlükte olan gümrük tarifesine göre hesaplanacağı öngörüldükten sonra, 7'nci fıkrasında da, aynı maddenin 3'üncü fıkrasının (c) bendinde, gümrük vergisi oranlarını da kapsadığı söylenen Gümrük Tarife Cetveli, idari uygulamalarda esas tutulması zorunlu metinler arasında sayılmıştır.

4458 sayılı Kanunun 3'üncü ve devamı maddeleriyle de, gümrük mevzuatını uygulayarak gümrük işlemlerini yapma yetki ve görevi Gümrük İdarelerine verilmiştir. Dolayısıyla, Gümrük Tarife Cetvelini uygulama görevi, gümrük mevzuatını uygulamakla görevli bu İdarelere aittir. O halde, ithal edilen eşyanın kıymetine uygulanacak gümrük vergisi oranının da, her beyanname ile ilgili olarak, bu İdarelerce belirlenmesi yasal zorunluluktur. Yasada, vergi oranlarının yükümlülerce beyanını gerekli ve zorunlu kılan bir düzenleme de mevcut değildir. Gümrük İdaresine ve onun görevlilerine ait olan bu belirlemenin gümrük mükelleflerine yaptırılması ise, Anayasada yasaklanan angarya niteliği taşıyacağından, olanaklı bulunmamaktadır.

Bu hukuki durum karşısında; olayda, eşyanın beyan edilen ağırlığına uygulanan vergi tutarı olan 500.- avro/ton davacı tarafından beyan edilmeyip, Gümrük İdaresince belirlendiğinden, davacının beyan etmek zorunda olmadığı hususta ihtirazi kayıt iradesi göstermesine gerek bulunmamaktadır. Bu bakımdan; kendisi tarafından beyan edilmeyen vergi tutarının, İdarece eşyanın ağırlığına uygulanması sonucunda tahakkuk ettirilen vergilerin, %65 vergi oranına göre tahakkuk ettirilmesi gerekenden fazlasının kaldırılması istemini içeren ve bu nedenle 4458 sayılı Kanunun 242'nci maddesinin 1'inci fıkrası hükmü uyarınca yapılan düzeltme başvurusu niteliği taşıyan başvurunun, Mahkemece, ihtirazi kayıt olarak nitelendirilmesi isabetli değildir. Aynı şekilde, anılan başvurunun reddine dair Gümrük Müdürlüğü kararına karşı süresi içerisinde yapılan itiraz üzerine, Başmüdürlükçe işin esasının değerlendirilmesi suretiyle karar verilmesi yerine; işlem tesis edilmek üzere Gümrük Müdürlüğüne talimat verilmesinde ve Gümrük Müdürlüğünce de, beyan edilen vergilere itiraz

edilmesi mümkün olmadığından, teminat olarak alınan vergilerin kati olarak tahsil edildiği yolunda işlem tesis edilmesinde hukuka uyarlık görülmemiştir.

Her ne kadar, davalı İdarece, 4458 sayılı Kanuna dayanılarak yayımlanan Gümrük Yönetmeliğinin 747'nci maddesinde yer alan, gümrük vergilerinin bilgisayar sistemi tarafından hesaplanması durumunda, beyannamenin tescil edilmesinin gümrük vergilerinin beyan sahibi tarafından hesaplanması anlamına geleceği yolundaki düzenleme karşısında, vergilerin davacı tarafından hesaplanması nedeniyle tesis edilen işlemlerde hukuka aykırılık bulunmadığı öne sürülmekte ise de; 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 7'nci maddesinin 4'üncü fıkrası hükmü karşısında, anılan düzenlemenin iptal edilmemiş olmasının, 4458 sayılı Kanuna aykırı bulunan bu düzenlemeye dayanılarak tesis edilen işlemin iptaline engel oluşturması olanaklı değildir.

Bu nedenle, temyiz dilekçesinde ileri sürülen iddialar, sonucu itibarıyla yerinde olan mahkeme kararının bozulmasını gerektirecek nitelikte görülmediğinden, temyiz isteminin reddine, 14.4.2009 gününde oyçokluğu ile karar verildi.

KARŞI OY

X- Temyiz dilekçesinde ileri sürülen iddialar, dayandığı gerekçeler karşısında, temyize konu vergi mahkemesi kararının bozulmasını sağlayacak durumda bulunmadığından, temyiz isteminin reddi ile sözü geçen kararın onanması gerektiği oyu ile karara katılmıyoruz.

KATMA DEĞER VERGİSİ

T.C.

DANIŞTAY

Yedinci Daire

Esas No : 2008/2252

Karar No : 2009/1803

Özeti : İdari kararlar, Gümrük Mevzuatı uygulanarak tesis edilen işlemler olduğundan; davacı adına 213 sayılı Kanuna göre tesis edilen dava konusu işlemin idari karar olarak nitelendirilemeyeceği; bu bakımdan, doğrudan dava konusu edilebilecek nitelikte olan bu işlemin unsurları yönünden hukuka uygun olup olmadığının incelenmesi suretiyle karar verilmesi gerekirken; işlemin, idari itiraza tabi olduğundan bahisle dava dilekçesi ve eklerinin merciine tevdi yolunda verilen kararda isabet görülmediği hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan : ...Tekstil Sanayi ve Ticaret Anonim Şirketi

Vekili : Av. ...

Karşı Taraf : Başbakanlık Gümrük Müsteşarlığı adına
Halkalı Gümrük Müdürlüğü

İstemin Özeti : Davacı adına tescilli 20.12.2002 gün ve

165533 sayılı serbest dolaşıma giriş beyannamesi kapsamında yapılan ithalatta 3065 sayılı Katma Değer Vergisi Kanununun 13'üncü maddesinin birinci fıkrasının (d) bendinde öngörülen istisnadan yararlanılması suretiyle vergi zıyana neden olduğundan bahisle hesaplanan vergi zıyayı cezasının emanet hesabına alınmak üzere ödenmesi gerektiği yolunda

tesis edilen işlemin iptali istemiyle açılan davada; 4458 sayılı Gümrük Kanununun 242'nci maddesinin 3'üncü fıkrasında, idari kararlara karşı yedi gün içinde karar alan gümrük idaresinin bağlı bulunduğu gümrük başmüdürlüğü nezdinde itiraz edileceğinin belirtildiği; olayda, idari karar niteliğindeki dava konusu işleme karşı yapılacak itiraz üzerine gümrük başmüdürlüğünce tesis edilecek olumsuz işlemin iptali istemiyle dava açılması gerekirken, bu yola başvurulmadığından, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 15'inci maddesinin 1'inci fıkrasının (e) bendi uyarınca, dava dilekçesinin, İstanbul Gümrükleri Başmüdürlüğüne tevdiine dair İstanbul Altıncı Vergi Mahkemesinin 27.12.2007 gün ve E:2007/3738; K.2007/3209 sayılı kararının; idari itiraz yolları tüketildikten sonra dava açıldığı ileri sürülerek bozulması istenilmektedir.

Savunmanın Özeti : İstem reddi gerektiği savunulmuştur.

Tetkik Hakimi Abidin İLDEŞ'in Düşüncesi: Dosyanın incelenmesinden; davacı adına tescilli serbest dolaşıma giriş beyannamesi muhteviyatı eşya nedeniyle, 213 sayılı Vergi Usul Kanunu hükümleri uyarınca hesaplanan vergi ziyayı cezasına ilişkin Gümrük Müdürlüğü işleminin iptali istemiyle açılan davada, Mahkemece, anılan işlemin idari karar olduğu belirtildikten sonra, merciine tevdi yolunda karar verildiği anlaşılmıştır.

Oysa; idari kararın, 4458 sayılı Gümrük Kanununun 3'üncü maddesinin 1'inci fıkrasının 5'inci bendinde yer verilen tanımı karşısında, gümrük mevzuatı dışında kalan düzenlemelere dayanılarak tesis edilen işlemlerin idari karar olarak nitelendirilmesine olanak yoktur. Bu itibarla, gümrük mevzuatı sayılmayan 213 sayılı Kanun uyarınca kesilen cezaya ilişkin işlemin idari karar olarak kabulü mümkün bulunmadığından, Mahkemece, işlemin unsurları yönünden hukuki denetiminin yapılması suretiyle karar tesis edilmesi gerekirken, açıklanan gerekçeyle verilen kararda isabet görülmemiştir.

Bu nedenle, temyiz isteminin kabulü ile mahkeme kararının bozulması gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı H. Hüseyin TOK'un Düşüncesi: Davacı temyiz dilekçesinde; idari karar niteliğindeki gümrük müdürlüğü işlemine karşı idari başvuru yolları tüketildikten sonra dava açıldığını iddia ettiğinden, sözkonusu iddialar inceleme ve araştırma konusu yapılarak yeniden bir karar verilmesi için idari merci tecavüzü nedeniyle dava dilekçesi ve eklerinin gümrük başmüdürlüğüne tevdiine dair mahkeme kararının bozulması gerektiği düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Yedinci Dairesince işin gereği görüşüldü:

Dosyanın incelenmesinden; davacı adına tescilli 20.12.2002 gün ve 165533 sayılı serbest dolaşıma giriş beyannamesi kapsamında yapılan ithalatta 3065 sayılı Katma Değer Vergisi Kanununun 13'üncü maddesinin birinci fıkrasının (d) bendinde öngörülen istisnadan yararlanılması suretiyle vergi ziyasına neden olduğundan bahisle hesaplanan vergi ziyayı cezasının emanet hesabına alınmak üzere ödenmesi gerektiği yolunda tesis edilen işlemin iptali istemiyle açılan davada; Mahkemece, anılan işlemin idari karar olarak nitelendirilmesi suretiyle dava dilekçesinin merciine tevdiine dair karar verildiği anlaşılmıştır.

4458 sayılı Gümrük Kanununun 3'üncü maddesinin 1'inci fıkrasının 5'inci bendinde, idari karar, bağlayıcı tarife ve menşe bilgileri de dahil olmak üzere, gümrük idaresinin, gümrük mevzuatı ile ilgili olarak belirli bir konuda bir veya daha fazla kişi üzerinde hukuki sonuç doğuracak tasarrufları olarak tanımlanmıştır.

Bu tanım karşısında, Gümrük İdarelerince tesis edilen işlemlerin idari karar olarak nitelendirilebilmesi için, işlemlerin konusunun gümrük mevzuatı kapsamında bulunan hususlara ilişkin olması gerekmektedir. Dolayısıyla, gümrük mevzuatı sayılmayan düzenlemelere dayanılarak tesis edilen işlemlerin idari karar olarak kabul edilmesi mümkün değildir.

Olayda, davacı adına tesis edilen işleme konu vergi zıyaı cezasının dayanağının, gümrük mevzuatı kapsamında yer almayan 213 sayılı Vergi Usul Kanunu olması karşısında, davada iptali istenilen işlemin idari karar olarak nitelendirilmesi, sözü edilen hukuki duruma uygun bulunmadığından, işlemin idari itiraz yoluna tabi tutulması zorunluluğu yoktur. Bu bakımdan; doğrudan dava konusu edilebilecek olan söz konusu işlemin unsurları yönünden hukuka uygun olup olmadığının incelenmesi suretiyle karar verilmesi gerekirken, merciine tevdi yolunda 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, 6.4.2009 gününde oybirliği ile karar verildi.

ÖZEL TÜKETİM VERGİSİ

T.C.
DANIŞTAY
Yedinci Daire

Esas No : 2006/5140

Karar No : 2009/1141

Özeti : İndirimli vergi uygulaması için tüm şartları taşıyan davacının, yakıt alım defterini vergi dairesine geç onaylatmış olmasından dolayı indirimli yakıt alımından yararlandırılmamasında isabet bulunmadığı hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan : Boztepe Vergi Dairesi Müdürlüğü

Karşı Taraf : ...

İstemin Özeti : Balıkçı teknesi işleten davacının, yakıt alım defterini vergi dairesine geç onaylattığından bahisle, adına özel tüketim vergisi salınması ve vergi zıyaı cezası kesilmesi işlemlerini; olayda, indirimli yakıt alımı hakkından yararlanabilmek için mevzuatta öngörülen ve esasa ilişkin olan tüm şartların yerine getirilmiş olduğu; davalı İdarece aksi yönde herhangi bir iddia veya tespitte bulunulmadığı göz önüne alındığında, sadece usulü bir işlem olan, yakıt alım defterinin vergi dairesine geç onaylatılmış olması nedeniyle indirimli yakıt alımından yararlandırılmamasının kabul edilemeyeceği; kaldı ki 6 seri nolu Özel Tüketim Vergisi Genel Tebliğine göre, yakıt alım defterinin vergi dairesinin onayından önce liman başkanlığına onaylatılacağı, liman başkanlığının eksiklikleri giderme ve yanlışlıkları düzeltme yetkisinin bulunduğu, liman başkanlığınca yapılan düzeltmeler sonucu oluşturulan bilgilerin esas alınacağı, bu düzenlemeler dikkate alındığında, onay silsilesi içinde asıl yetkinin liman başkanlıklarında bulunduğu, vergi dairesince yapılan onay işleminin salt usuli bir işlem olduğu sonucuna ulaşıldığı gerekçesiyle iptal eden Ordu Vergi Mahkemesinin 2.10.2006 gün ve E:2006/135; K:2006/339 sayılı kararının; liman başkanlığına onaylatılan yakıt alım defterinin, vergi dairesine de tasdik ettirilmesi gerektiği, bu nedenle, kendilerince tasdik edilmeye kadar geçen süre zarfında indirimli yakıt kullanılamayacağı ileri sürülerek bozulması istenilmektedir.

Savunmanın Özeti : İstemin reddi gerektiği savunulmuştur.

Tetkik Hakimi Çağlar IŞIK'ın Düşüncesi : Temyiz dilekçesinde ileri sürülen iddialar, 2577 sayılı Kanunun 49'uncu maddesinin 1'inci fıkrasında sayılan bozma

nedenlerine uymadığından, temyiz istemi reddedilerek kararın onanması gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı Nazlı YANIKDEMİR'in Düşüncesi: İdare ve vergi mahkemelerince verilen kararların temyizen incelenerek bozulabilmesi için, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 49'uncu maddesinin 1'inci fıkrasında belirtilen nedenlerin bulunması gerekmektedir.

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

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Yedinci Dairesince için 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, 24.2.2009 gününde oybirliği ile karar verildi.

T.C.

DANIŞTAY

Yedinci Daire

Esas No : 2008/5094

Karar No : 2009/2259

Özeti : İhraç kaydıyla teslimlerde vergi istisnasından (özel tüketim vergisi) yararlanılabilmesi için, teslimin yurt dışındaki bir müşteriye yapılması ve eşyanın Türkiye Cumhuriyeti Gümrük Bölgesinden çıkmış olması koşullarının bir arada bulunması gerektiği; bu bakımdan, Türkiye'de ikamet etmeyen yabancı uyruklu kişilere özel fatura düzenlenmesi suretiyle yurt içinde yapılan eşya tesliminin, Kanunda öngörülen "Yurt dışındaki müşteriye teslim" tanımına uymaması nedeniyle, ihracat istisnasından yararlanamayacağı hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan : İstanbul Vergi Dairesi Başkanlığı

Karşı Taraf : ... Anonim Şirketi

Vekili : Av. ...

İstem Özet : Davacı tarafından, ihraç edilmek şartıyla

ihracatçı firmalara teslim edilen mallara ilişkin olarak tarh ve tahakkuk ettirilerek tecil edilen özel tüketim vergisinin, söz konusu eşyanın anılan firmalarca Türkiye'de ikamet etmeyen yolculara özel fatura düzenlenmesi suretiyle teslim edilmesi üzerine terkin edilmesinin ardından, eşyanın ihraç edilmeden önce Yurt dışındaki alıcı adına hareket edenlere ya da bizzat alıcıya özel fatura ile Yurt içinde tesliminin ihracat istisnası kapsamında bulunmadığından bahisle, 2004/Eylül dönemi için özel tüketim vergisi salınmasına ve vergi zıyaı cezası kesilmesine dair işlemi; 4760 sayılı Özel Tüketim Vergisi Kanununun 5'inci maddesini açıklayarak, olayda, Türkiye'de ikamet etmeyen yabancı uyruklu kişilere yolcu beraberliği veya bavul ticareti kapsamında teslim edilen eşyanın, bu kişilerce Yurt dışı edildiğinin gümrük idaresince onaylı belgelerden anlaşılması ve Kanunda öngörülen "Yurt

dışındaki müşteriye teslim" şartının oluşması karşısında; tesis edilen işlemde isabet bulunmadığı gerekçesiyle iptal eden İstanbul Dokuzuncu Vergi Mahkemesinin 30.4.2008 gün ve E:2007/1391; K:2008/1379 sayılı kararının; yolcu beraberli veya bavul ticareti kapsamında yabancı uyruklu kişilere Yurt içinde yapılan eşya teslimlerinin, "Yurt dışındaki müşteriye teslim" tanımına uymadığı, bu teslimlerin ihracat istisnasından yararlanamayacağı ileri sürülerek bozulması istenilmektedir.

Savunmanın Özeti : Savunma verilmemiştir.

Tetkik Hakimi Yusuf ÖRNEK'in Düşüncesi : Dosyanın incelenmesinden; davacı Şirketçe, ihraç edilmek kaydıyla ihracatçı firmalara, bu firmalar tarafından ise, Türkiye'de ikamet etmeyen yabancı uyruklu kişilere özel fatura düzenlenmesi suretiyle teslim edilen eşyaya ait özel tüketim vergisinin tecil ve terkin edilmesinden ardından, bu malların özel faturalarla Yurt dışı edilmesi nedeniyle ihracat istisnasından yararlanılamayacağından bahisle tesis edilen tarh ve ceza kesme işleminin iptali istemiyle açılan davada; Mahkemece, istemin özeti bölümünde yazılı gerekçeyle işlemin iptaline karar verildiği anlaşılmıştır.

4760 sayılı Özel Tüketim Vergisi Kanununun 8'inci maddesinin 2'nci fıkrasında, tecil edilen özel tüketim vergisinin terkin edilmesi, eşyanın ihraç edilmesi koşuluna bağlanmıştır. Davalı İdarece de eşyanın Yurt dışı edildiği kabul edilmekle birlikte, bunun özel fatura ile yapılması nedeniyle işlem tesis edilmiştir. 3065 sayılı Katma Değer Vergisi Kanununda öngörülen ihracat istisnasının uygulanabilmesi için getirilen özel fatura, gümrük çıkış beyannamesi mahiyetinde düzenlendiğinden, ihracata ilişkin yeterli bilgileri taşımaktadır. Bu itibarla, özel fatura ile yapılan teslimler nedeniyle daha önce terkin edilen verginin yeniden tarh edilmesinde hukuka uyarlık bulunmadığından, işlemin iptali yolunda verilen mahkeme kararında isabetsizlik görülmemiştir.

Bu nedenle, temyiz istemi reddedilerek kararın onanması gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı H. Hüseyin TOK'un Düşüncesi : Davacı Şirketin Türkiye'de ikamet etmeyen yolculara yaptığı madeni yağ ve yedek parça satışlarının ihracat istisnasına girmedığı gerekçesiyle önceden iade edilen özel tüketim vergisinin vergi ziyayı cezalı olarak geri istenilmesi yolunda tarh ve tebliğ olunan işleme karşı açılan davada; davanın kabulüne dair vergi mahkemesi kararı temyiz edilmektedir.

4760 sayılı Özel Tüketim Vergisi Kanununun 5'inci maddesinde; bu Kanuna ekli listelerdeki malların ihracat teslimlerinin aşağıdaki şartlarla vergiden müstesna olduğu; (a) fıkrasında teslimin yurt dışındaki bir müşteriye yapılması gerektiği, yurt dışındaki müşteri tabirinin ikametgahı, iş yeri, kanuni ve iş merkezleri yurt dışında olan alıcılar ile yurt içinde bulunan bir işletmenin yurt dışında faaliyet gösteren şubelerini ifade edeceği, (b) fıkrasında, teslim konusu malın Türkiye Cumhuriyeti gümrük bölgesinden çıkmış olması gerektiği, malın ihraç edilmeden önce yurt dışındaki alıcı adına hareket edenlere veya bizzat alıcıya işlenmek ya da herhangi bir şekilde değerlendirilmek üzere yurt içinde tesliminin ihracat sayılmayacağı hükme bağlanmıştır.

Yukarıda yazılı yasa hükümlerine göre bir teslimin ihracaat sayılabilmesi için; teslimin yurt dışındaki müşteriye yapılması, teslim konusu malın Türkiye Cumhuriyeti gümrük bölgesinden çıkması gerekmektedir. Ayrıca satış konusu malın önce yurt dışındaki alıcı adına hareket edenlere veya bizzat alıcıya işlenmek veya herhangi bir şekilde değerlendirilmek üzere yurt içinde teslimi ihracat sayılmamaktadır.

Bu durumda davacının yurt içinde yabancı uyruklu yolculara özel fatura ile yaptığı mal teslimlerinin Türkiye gümrük bölgesi içinde gerçekleşmiş olması nedeniyle 4760 sayılı Kanunun 5'inci maddesinde yer alan "yurt dışındaki müşteriye yapılan teslim" tanımlamasına girmedığı anlaşıldığından, iadesi yapılmış olan özel tüketim vergisinin geri istenilmesi yönündeki tarh ve tebliğ işlemlerinin kaldırılmasına dair mahkeme kararında yasal isabet görülmemiştir.

Dava konusu vergi ziyayı cezasına gelince;

Davalı vergi dairesi satış konusu malın ihracat istisnasına girdiğinden bahisle bu teslim ile ilişkin özel tüketim vergisini iade ettikten sonra dava konusu işlemle aynı vergiyi geri istemekle VUK'nun 369'uncu maddesine göre davacıyı yanılttığı anlaşıldığından aynı yasa hükmü gereğince vergi ziyayı cezası kesilmesi mümkün değildir.

Açıklanan nedenlerle davanın kısmen kabulü, kısmen de reddine, mahkeme kararının vergiye ilişkin kısmının bozulmasına, cezaya ilişkin kısmının ise onanmasına karar verilmesi gerektiği düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Yedinci Dairesince işin gereği görüldü:

Dosyanın incelenmesinden; davacı Şirketçe, ihraç edilmek kaydıyla ihracatçı firmalara, bu firmalar tarafından ise, Türkiye'de ikamet etmeyen yabancı uyruklu kişilere yolcu beraberli veya bavul ticareti kapsamında özel fatura düzenlenmesi suretiyle teslim edilen eşyaya ait özel tüketim vergisinin tecil ve terkin edilmesinden sonra, bu eşyanın, ihraç edilmeden önce Yurt dışındaki alıcı adına hareket edenlere ya da bizzat alıcıya özel fatura ile Yurt içinde tesliminin ihracat istisnası kapsamında bulunmadığından bahisle tesis edilen tarh ve ceza kesme işleminin iptali istemiyle açılan davada; Mahkemece, istemin özeti bölümünde yazılı gerekçeyle işlemin iptaline karar verildiği anlaşılmıştır.

4760 sayılı Özel Tüketim Vergisi Kanununun 5'inci maddesinin 1'inci fıkrasında, bu Kanuna ekli listelerdeki eşyanın ihracat teslimlerinin maddedeki şartlarla vergiden istisna tutulacağı belirtildikten sonra; aynı fıkranın (a) bendinde, teslimin Yurt dışındaki bir müşteriye yapılması gerektiği; Yurt dışındaki müşteri tabirinin, ikametgahı, işyeri, kanuni ve iş merkezleri Yurt dışında olan alıcılar ile Yurt içinde bulunan bir işletmenin Yurt dışında faaliyet gösteren şubelerini ifade edeceği; (b) bendinde ise, teslim konusu eşyanın Türkiye Cumhuriyeti Gümrük Bölgesinden çıkmış olması ile ihraç edilmeden önce Yurt dışındaki alıcı adına hareket edenlere veya bizzat alıcıya, işlenmek ya da herhangi bir şekilde değerlendirilmek üzere Yurt içinde teslim edilmemesi koşulları sayılmış; anılan Kanunun 8'inci maddesinin 2'nci fıkrasında da, ihraç edilmek şartıyla ihracatçılara teslim edilen mallara ait özel tüketim vergisinin, mükellefin talebi üzerine tarh ve tahakkuk ettirilerek tecil edileceği; söz konusu eşyanın ihraç edilmesi üzerine ise, daha önce tecil edilen verginin terkin yoluna gidileceği; ihracatın belirlenen koşullara uygun olarak yapılmaması halinde de, tecil olunan verginin tahsil edileceği hüküm altına alınmıştır.

Bu düzenlemelerden anlaşılacağı üzere; ihraç kaydıyla teslimlerde, vergi istisnasından yararlanılabilmesi için, teslimin Yurt dışındaki bir müşteriye yapılması ve eşyanın Türkiye Cumhuriyeti Gümrük Bölgesinden çıkmış olması koşullarının bir arada bulunması gerekmekte olup; ikametgahı, işyeri, kanuni ve iş merkezleri Yurt dışında olan kişilere ya da Yurt içinde bulunan bir işletmenin Yurt dışında faaliyet gösteren şubelerine yapılmayan teslimlere konu eşyanın, Yurt dışı edilmiş olsa dahi, yukarıda bahsi geçen yasa hükümleri kapsamında değerlendirilmesi mümkün değildir.

Olayda, Türkiye'de ikamet etmeyen yabancı uyruklu kişilere özel fatura düzenlenmesi suretiyle Yurt içinde yapılan eşya teslimi, ihraç kaydıyla yapılan teslim olmadığı gibi, bu eşyanın Yurt dışındaki bir müşteriye teslim edilmediği de sabittir. Dolayısıyla; söz konusu eşyanın yolcu beraberinde Yurt dışına çıkarılmış olması, 4760 sayılı Özel Tüketim Vergisi Kanunu kapsamında ihracat sayılamayacağından, tesis edilen işlemde isabetsizlik 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, 29.4.2009 gününde oybirliği ile karar verildi.

T.C.
DANIŞTAY
Yedinci Daire
Esas No : 2008/5507
Karar No : 2009/3054

Özeti : Vergiyi doğuran olayın mahiyetinin ispatında delil serbestisi esası getirilmiş olduğundan; iktisadi, ticari ve teknik icaplara uymayan ve olayın özelliğine göre normal ve mutata olmayan bir durumun iddia edilmesi halinde, ispat külfetinin bunu iddia edene ait olduğu; alışları kayıt dışı tutularak gizlenmeye çalışılan LPG'nin daha kârlı olan otogaz olarak satıldığına kabulü, ekonomik, ticari icaplara ve hayatın olağan akışına daha uygun olacağından ve davacı tarafından, normal ve mutata duruma uygun olmayan, alışlara konu dökme LPG'nin aynı şekilde satışının yapıldığını kanıtlayacak herhangi bir belge de sunulmadığından, dökme gaz olarak alınan emtianın otogaz olarak satıldığına kabulüyle, otogaz ile dökme gaz arasındaki vergi oranı farkından hareketle müteselsil sorumlu sıfatıyla davacı adına özel tüketim vergisi tarh edilmesinde mevzuata aykırılık bulunmadığı hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan Karşı Taraf İstem Özet : Çorum Vergi Dairesi Müdürlüğü
: ... Ticaret ve Sanayi Anonim Şirketi
: Dökme gaz olarak satın alınan likit petrol

gazının (LPG) bir kısmının otogaz LPG olarak satılması suretiyle vergi zıyana neden olduğundan bahisle, vergi inceleme raporuna dayanılarak hesaplanan matrah farkı üzerinden davacı adına, 2002 yılı Eylül, Ekim, Kasım ve Aralık dönemleri için re'sen salınan özel tüketim vergileri ile kesilen vergi zıya cezalarının; 4760 sayılı Özel Tüketim Vergisi Kanununun 13'üncü maddesinin 2'nci fıkrası ile 213 sayılı Vergi Usul Kanununun 30'uncu maddesi açıklanarak; olayda; satın alınıp kaydedilmeyen 1.319.700 kg dökme LPG'nin bir kısmının otogaz olarak satıldığına dair somut bir tespit bulunmadığı; bu itibarla, aksi kanıtlanmadığı sürece, normal ve mutata ve ticari icaplara uygun olarak, toptan alım satıma konu malın alındığı şekliyle satıldığına, başka bir ifadeyle, dökme LPG olarak alınan eşyanın, aynı şekilde dökme LPG olarak satıldığına kabulü gerektiği; kayıt dışı olarak alımı yapılan LPG'nin bir kısmının daha yüksek oranda özel tüketim vergisine tabi otogaz olarak satıldığına ve bu şekilde vergi zıyana sebebiyet verildiğinin somut olarak saptanamamış olması karşısında, re'sen yapılan cezalı tarhiyatta hukuka uyarlık bulunmadığı gerekçesiyle iptaline ilişkin kırkkale Vergi Mahkemesinin 7.5.2008 tarih ve E:2008/8; K:2008/163 sayılı kararının; davacının Habaş Anonim Şirketinden aldığı dökme LPG'ye ilişkin alış faturalarını yasal defter ve kayıtlarına intikal ettirmediğinin tespit edildiği; davacının söz konusu LPG'yi dökme LPG olarak sattığını ispat edemediği; re'sen özel tüketim vergisi tarh edilmesine ilişkin işlemin hukuka uygun olduğu ileri sürülerek bozulması istenilmektedir.

Savunmanın Özeti : Savunma verilmemiştir.

Tetkik Hakimi Dursun ÖZDEMİR'in Düşüncesi: Olayda, davacı tarafından ... Petrol Ürünleri Sanayi ve Ticaret Anonim Şirketinden alınan 1.319.700 kg gazın, davacı şirketin kayıtlarına intikal ettirmediği sabit olduğundan, kayıt dışı tutularak gizlenmeye

çalışılan alışları daha karlı olan otogaz olarak sattığının kabulü, ekonomik, ticari ve hayatın olağan akışına uygun olacağından ve davacı tarafından, akside kanıtlanamadığından, otogaz ile dökme gaz arasındaki vergi oranından hareketle davacı adına özel tüketim vergisi tarh edilmesine ilişkin işlemde mevzuata aykırılık bulunmadığından, işlemin iptaline yönelik temyize konu 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 görüldü:

Temyiz başvurusu; davacı Şirket tarafından düşük vergiye tabi olan dökme likit petrol gazı (LPG) olarak satın alınan gazın yüksek vergiye tabi olan otogaz olarak satıldığı ve böylelikle vergi zıyana sebebiyet verildiğinden bahisle, 4760 sayılı Özel Tüketim Vergisi Kanununun 13'üncü maddesinin 2'nci fıkrası uyarınca, müteselsil sorumlu sıfatıyla davacı adına vergi salınması ve vergi zıyayı cezası kesilmesine ilişkin işlemi iptal eden mahkeme kararının bozulması istemine ilişkindir.

Dosyanın ve vergi inceleme raporunun incelenmesinden; likit petrol gazı(LPG) alım-satımı ve tüp dolumu faaliyetinde bulunan davacı Şirketin, ... Petrol Ürünleri Anonim Şirketinden satın aldığı 1.319.700 kilogram dökme LPG'ye ilişkin alış faturalarını kayıtlarına intikal ettirmedeğinin karşıt inceleme sonucu tespit edildiği; söz konusu LPG'nin satışından elde edilen hasılatların da kayıt ve beyan dışı bırakıldığı; ayrıca, dönem dönem düşük vergiye tabi olan (sanayide, ısınmada ve mutfakta kullanılan) dökme likit petrol gazı satın alarak, bunları yine dökme olarak; bazen de yüksek vergiye tabi olan otogaz olarak sattığının kendisi hakkında düzenlenen inceleme raporlarıyla da sabit olduğu; alımları kayıtlara intikal ettirilmeyen LPG'nin, ne kadarının otogaz olarak satıldığına bulunulabilmesi için, yasal defterlere alışları kayıtlı olan dökme LPG'nin, hangi oranda otogaz olarak satıldığına tespiti suretiyle oranlama yapıldığında, alımı kayıt dışı tutulan 1.319.770 kilogram LPG'den 13.197 kilogram fire düşüldükten sonra kalan 1.306.503 kilogram LPG'nin, 1.170.366 kilogramının dökme LPG olarak; 136.137 kilogramının ise otogaz LPG olarak satıldığı sonucuna ulaşıldığı; bunun üzerine dökme LPG için öngörülen düşük oran üzerinden vergi ödenerek satın alınan gazın, otogaz olarak satılması suretiyle vergi zıyana sebebiyet verildiğinden bahisle davacı adına özel tüketim vergisi salınıp, bir kat vergi zıyayı cezası kesildiği anlaşılmıştır.

4760 sayılı Özel Tüketim Vergisi Kanununun 1'inci maddesinin 1'inci fıkrasının (a)bendinde, I sayılı listedeki malların ithalatçıları veya rafineriler dahil imal edenler tarafından tesliminin bir defaya mahsus olmak üzere özel tüketim vergisine tabi olduğu; 4'üncü maddesinin 1'inci fıkrasının (a) bendinde, Kanuna ekli (I), (III) ve (IV) sayılı listelerde yer alan mallar ile (II) sayılı listedeki mallardan kayıt ve tescile tabi olmayanları imal, inşa veya ithal edenler ile bu malların müzayede yoluyla satışını gerçekleştirenlerin, özel tüketim vergisinin mükellefi oldukları;13'üncü maddesinin 2'nci fıkrasında da, (I) sayılı listedeki malları teslim alanların, bu malları daha yüksek tutarda vergiye tabi bir mal olarak kullanmak veya üçüncü kişilere satmak suretiyle vergi zıyana sebebiyet vermeleri halinde, zıyaa uğratılan verginin bunlar adına tarh olunacağı ve tarhiyata 213 sayılı Vergi Usul Kanununun 344'üncü maddesine göre vergi zıyayı cezası uygulanacağı hükme bağlanmış; 213 sayılı Vergi Usul Kanununun 30'uncu maddesinin 2'nci fıkrasının 6'ncı bendinde, tutulması zorunlu olan defterlerin veya verilen beyannamelerin gerçek durumu yansıtmadığına dair delil bulunması durumunda, vergi matrahının tamamen veya kısmen defter kayıt ve belgelere veya kanuni

ölçülere dayanılarak tespitin mümkün olmadığının kabulü gerektiği belirtilmiş; 3'üncü maddesinin (B) fıkrasında, vergilendirmede, vergiyi doğuran olay ve bu olaya ilişkin muamelelerin gerçek mahiyetinin esas olduğu; gerçek mahiyetin, yemin hariç her türlü delille ispatlanabileceği; vergiyi doğuran olayla ilgisi tabii ve açık bulunmayan tanık ifadesinin, ispatlama vasıtası olarak kullanılamayacağı; iktisadi, ticari ve teknik icaplara uymayan veya olayın özelliğine göre normal ve mutad olmayan bir durumun iddia olunması halinde, ispat külfetinin bunu iddia edene ait olduğu düzenlemesi yer almıştır.

Bu düzenlemelere göre; belgelerin ve defter kayıtlarının vergi kanunlarında ve bu kanunların vermiş olduğu yetkiye dayanılarak yürürlüğe konulan idari düzenlemelerde öngörülen biçimsel kurallara uygun bulunması ve belgelerin temsil ettiği vergiyi doğuran olayla ilgili diğer biçimsel işlemlerin noksatsız yerine getirilmiş olması, düzenlenen belgelerin ve bu belgelere dayanılarak gerçekleştirilen defter kayıtlarının vergilendirme muamelelerine esas alınması için yeterli değildir. Ayrıca; söz konusu biçimsel işlemlerin, vergiyi doğuran olayın gerçek mahiyeti ile uyumlu olması da gereklidir. Eğer, bir olayın görünüşteki biçimi ile gerçek mahiyeti arasında bir uyumsuzluk mevcut ise, vergilendirmede, biçimsel görünüşün gerisindeki gerçek mahiyetin öne çıkarılması ve buna göre işlem yapılması, anılan yasal düzenlemenin gereğidir. Vergiyi doğuran olayın mahiyetinin ispatında, delil serbestisi esası getirilmiş olduğundan, iktisadi, ticari ve teknik icaplara uymayan ve olayın özelliğine göre normal ve mutad olmayan bir durumun iddia edilmesi halinde, ispat külfeti bunu iddia edene aittir.

Olayda; davacı tarafından dökme likit petrol gazı için öngörülen oran üzerinden vergisi ödenerek ... Petrol Ürünleri Sanayi ve Ticaret Anonim Şirketine 1.319.700 kilogram gaz satın alındığının ve davacı Şirketin kayıtlarına intikal ettirilmediğinin karşıt inceleme ile sabit olması; denetim elemanınca, kayıt dışı bırakılan tüm alışların değil, mükellef lehine hareket edilmek suretiyle, dökme ve otogaz olarak yapılan kayıtlı satışların oranları dikkate alınarak yapılan hesaplama sonucu, kayıt dışı bırakılan LPG'nin otogaz olarak satılan miktarı tespit edilerek, bu miktar üzerinden re'sen tarhiyat yapılması karşısında, davacının alışlarını kayıt dışında tutarak gizlemeye çalıştığı LPG'yi dökme gaz olarak sattığının kabulü, ekonomik, ticari icaplara ve hayatın olağan akışına aykırı olacağından, başka bir ifadeyle; alışları kayıt dışı tutularak gizlenmeye çalışılan LPG'nin daha kârlı olan otogaz olarak satıldığının kabulü, ekonomik, ticari icaplara ve hayatın olağan akışına daha uygun olacağından ve davacı tarafından, normal ve mutad duruma uygun olmayan alışlara konu dökme LPG'nin aynı şekilde satışının yapıldığını kanıtlayacak herhangi bir belge de sunulmadığından, 4760 sayılı Özel Tüketim Vergisi Kanununun yukarıda açıklanan 13'üncü maddesinin 2'nci fıkrası uyarınca, otogaz ile dökme gaz arasındaki vergi oranı farkından hareketle müteselsil sorumlu sıfatıyla davacı adına özel tüketim vergisi tarh edilmesi işleminde mevzuata aykırılık görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle; temyiz isteminin kabulüne ve mahkeme kararının bozulmasına; bozma kararı üzerine Mahkemece yeniden verilecek kararla birlikte yargılama giderleri de hüküm altına alınacağından, bu hususta ayrıca hüküm tesisine gerek bulunmadığına, 17.6.2009 gününde oybirliği ile karar verildi.

VERGİ USULÜ

T.C. DANIŞTAY Yedinci Daire

Esas No : 2007/1187
Karar No : 2009/1795

Özeti : Telfi edici vergide zaman aşımı süresinin ihracat beyannamesinin tescil edildiğı tarihte başlayacağı, bu tarihten itibaren üç yıllık süre geçirildikten sonra tebliğ edilen verginin zaman aşımına uğradığı; zaman aşımına uğrayan verginin ve üzerinden hesaplanan gecikme faizinin tahsili amacıyla düzenlenen ödeme emrinde hukuka uyarlık bulunmadığı hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan: Başbakanlık Gümrük Müsteşarlığı adına
Bursa Gümrük Müdürlüğü

Karşı Taraf : ... Tekstil Sanayi ve Ticaret Anonim Şirketi
Vekili : Av. ...

İstemin Özeti : Davacı adına tescilli 3.3.1998 gün ve IM013843 sayılı beyanname ile dahilde işleme rejimi uyarınca ithal edilen eşyanın 11.8.1998 gün ve EX007810 sayılı ihracat beyannamesi ile Avrupa Birliği üyesi Fransa'ya ihracatında telfi edici vergi ödenmediğinden bahisle anılan verginin ve üzerinden hesaplanan gecikme faizinin tahsili amacıyla düzenlenip tebliğ edilen ödeme emrini; olayda, ödeme emrinin konusu olan verginin tahakkukuna karşı, davacının, tayin ettiği avukat aracılığıyla yaptığı itiraz başvurusunun, vekaletnamenin, Gümrük İdareleri nezdinde düzeltme ve itiraz başvurularında bulunulabileceğine dair özel yetki içermediğinden bahisle reddedilmesi üzerine düzenlendiğinin anlaşıldığı; oysa; 4458 sayılı Gümrük Kanunu hükümleri ile 1136 sayılı Avukatlık Kanunu hükümleri birlikte değerlendirildiğinde, avukatların, resmi daireler nezdinde bütün işlemleri takip edebilecekleri sonucuna ulaşıldığı; bu bakımdan, yapılan itiraz başvurusu üzerine işin esasının incelenmesi suretiyle işlem tesis edilmesi gerekirken, başvurunun değerlendirmeye alınmamasının hukuka aykırı olduğu gerekçesiyle iptal eden Bursa Vergi Mahkemesinin 31.10.2006 gün ve E:2006/1059; K.2006/1966 sayılı kararının; 4458 sayılı Kanunun 184'üncü maddesinin 1'inci fıkrasının (b) bendi ile 2'nci fıkrasının (a) bendi hükümlerine göre, ilgili gümrük rejimi koşullarına uyulmaması nedeniyle gümrük yükümlülüğünün doğduğu; üç yıllık süre içerisinde tebliğ edilen vergiye vaki düzeltme başvurusunun reddi yolundaki işleme karşı süresi içerisinde itiraz edilmediğinden, kesinleşen alacağın tahsili amacıyla düzenlenen ödeme emrinin yerinde olduğu ileri sürülerek bozulması istenilmektedir.

Savunmanın Özeti: Savunma verilmemiştir.

Tetkik Hakimi Abidin İLDEŞ'in Düşüncesi: Dosyanın incelenmesinden; ödeme emrine konu vergiye ilişkin tebligatın üç yıllık zaman aşımı süresinin geçilmesinden sonra yapıldığı anlaşıldığından, zaman aşımına uğraması nedeniyle alınması olanaklı olmayan alacağın tahsili amacıyla düzenlenen ödeme emrinde hukuka uyarlık görülmemiştir.

Bu nedenle, sonucu itibarıyla yerinde bulunan mahkeme kararına yönelik temyiz isteminin reddi gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı H. Hüseyin TOK'un Düşüncesi: İdare ve vergi mahkemelerince verilen kararların temyizden incelenerek bozulabilmesi için, 2577 sayılı İdari

Yargılama Usulü Kanununun 49'uncu maddesinin 1'inci fıkrasında belirtilen nedenlerin bulunması gerekmektedir.

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

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Yedinci Dairesince işin gereği görüşüldü:

Dosyanın incelenmesinden; davacı adına tescilli 3.3.1998 gün ve IM013843 sayılı beyanname ile dahilde işleme rejimi uyarınca ithal edilen eşyanın 11.8.1998 gün ve EX007810 sayılı ihracat beyannamesi ile Avrupa Birliği üyesi Fransa'ya ihracatında telafi edici vergi ödenmediğinden bahisle verginin 9.3.2005 günlü yazıyla tebliğ edildiği; ödeme yapılmaması üzerine ise anılan verginin ve üzerinden hesaplanan gecikme faizinin tahsili amacıyla düzenlenen ödeme emrinin, Mahkemece, istemin özeti bölümünde yazılı olan gerekçeyle iptal edildiği anlaşılmıştır.

Düzenlemelere göre telafi edici vergi, ihracatçı ülkede serbest dolaşıma girmemiş üçüncü ülke menşeli ürünlerin Avrupa Birliği üyesi ülkelere ihracatında doğan bir vergidir.

Olay tarihinde yürürlükte bulunan mülga 1615 sayılı Gümrük Kanununun 1'inci maddesinin 2'nci fıkrasında, bu Kanunda geçen gümrük vergileri tabirinin gümrüklerce alınan bütün vergi ve resimleri ifade edeceği belirtildikten sonra; 86'ncı maddesinde, gümrük vergilerinin tahakkuku için üç yıllık zaman aşımı süresi öngörülmüş; aynı Kanunun 89'uncu maddesinde de, gümrük vergileri alacaklarının ceza uygulamasını gerektiren bir fiile ilişkin olması ve suçun zaman aşımının daha uzun bulunması halinde, bu alacakların da, Türk Ceza Kanununun dava ve ceza zaman aşimleri hakkındaki süreler içerisinde kovuşturulup, tahsil edileceği hükme bağlanmıştır.

Olayda; davacı adına düzenlenerek tebliğ edilen ödeme emrinin konusunu oluşturan telafi edici vergiye ilişkin tebligatın, çıkış beyannamesinin tescil edildiği tarihten itibaren işlemeye başlayan üç yıllık sürenin geçirilmesinden sonra yapılmış olması ve olayla ilgili olarak açılmış bir ceza davası ve verilmiş bir mahkûmiyet kararının bulunduğu da iddia edilmemiş olması karşısında; verginin zaman aşımına uğradığı açıktır.

Her ne kadar; davalı İdare tarafından, 4458 sayılı Kanunun 184'üncü maddesinin 1'inci fıkrasının (b) bendi ile 2'nci fıkrasının (a) bendi hükümleri karşısında, vergi ödenmeden ihracat yapıldığının tespit edildiği tarihin yükümlülüğün başlama tarihi olması nedeniyle verginin zaman aşımına uğramasının söz konusu olmadığı ileri sürülmüş ise de; söz konusu düzenlemelerde öngörülen hususların dahilde işleme rejimi ile ilgisinin olmaması sebebiyle zaman aşımına bir etkisi yoktur.

Bu bakımdan; zaman aşımına uğraması nedeniyle alınması olanaklı olmayan verginin ve üzerinden hesaplanan gecikme faizinin tahsili amacıyla ödeme emri düzenlenmesinde hukuka uygunluk bulunmadığından, ödeme emrini iptal eden mahkeme kararında sonucu itibarıyla isabetsizlik görülmemiştir.

Açıklanan nedenle, temyiz isteminin reddine, 6.4.2009 gününde oybirliği ile karar verildi.

**T.C.
DANIŞTAY**

Yedinci Daire

Esas No : 2008/1371

Karar No : 2009/2629

Özeti : Sosyal Sigortalar Kurumunun sahibi olduğu taşınır, taşınmaz malların ve bunlardan elde edilen gelirlerin 4958 sayılı Sosyal Sigortalar Kurumu Kanununun 23'üncü maddesinin (c) bendi gereği her türlü vergi, resim ve harçtan muaf olduğu ve bu hususun, Vergi Usul Kanununun 116'ncı maddesinde tanımlanan vergi hatası olarak değerlendirilmesi gerektiği hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan : T.C. Sosyal Güvenlik Kurumu Başkanlığı
(Sosyal Sigortalar Kurumu Başkanlığı)

Vekili : Av. ...

Karşı Taraf : Maliye Bakanlığı Gelir İdaresi Başkanlığı

İstemin Özeti : Davacı Kuruma ait araçlara ilişkin olarak 1997 ile 2003 yılları için ödenen motorlu taşıtlar ve ek motorlu taşıtlar vergileri ile gecikme zammının iadesi talebiyle yapılan şikayet başvurusunun zımnen reddine dair işlemin iptali ve yasal faize hükmedilmesi istemiyle açılan davayı; olayda; davacı Kuruma ait araçların motorlu taşıtlar vergisinden muaf olup olmadığı hususunun hukuki bir ihtilaf olduğu ve tarh işlemine karşı süresinde açılacak davada incelenebileceği; söz konusu vergilendirme işleminin, Vergi Usul Kanununun 116'ncı maddesinde düzenlenen açık vergi hatası kapsamında değerlendirilemeyeceği; davacı Kurumca yapılan başvurunun reddine dair işlemde isabetsizlik bulunmadığı gerekçesiyle reddeden İstanbul Birinci Vergi Mahkemesinin 12.11.2007 gün ve E:2006/2676; K:2007/2343 sayılı kararının; Kurumlarının, gerek, 4792 sayılı Yasanın 24'üncü, gerekse, 4958 sayılı Kanunun 23'üncü maddesinin (c) bendi uyarınca her türlü vergi, resim ve harçtan muaf olduğu ileri sürülerek bozulması istenilmektedir.

Savunmanın Özeti : Bu uyuşmazlıkta taraf olma yetkisi bulunmayan Maliye Bakanlığınca verilen dilekçe, savunma olarak kabul edilmemiştir.

Tetkik Hakimi Murat ASİLTÜRK'ün Düşüncesi : Temyiz dilekçesinde ileri sürülen iddialar, 2577 sayılı Kanunun 49'uncu maddesinin 1'inci fıkrasında sayılan bozma nedenlerine uymadığından, temyiz istemi reddedilerek kararın onanması gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı H. Hüseyin TOK'un Düşüncesi : Davacı kurumca, ..., ... ve ... plakalı araçları için ödenen 1997 ile 2003 dönemlerine ait motorlu taşıtlar vergisinin iadesi talebiyle Maliye Bakanlığına yapılan şikayet başvurusunun reddine dair işleme karşı açılan davada; uyuşmazlığın vergilendirme hatalarına girmediği, dolayısıyla şikayete konu yapılamayacağı gerekçesiyle davanın reddine dair verilen mahkeme kararının temyizen bozulmasına karar verilmesi istenilmektedir.

Danıştay İçtihatları Birleştirme Kurulunun, Sosyal Sigortalar Kurumuna muafiyet tanınması ile ilgili 11.2.1998 gün ve E:1987/3; K:1988/1 sayılı kararına göre, davacı Kurumun sahibi olduğu araçların motorlu taşıtlar vergisinden muaf olduğu, bu karara 2575 sayılı kanunun 40'inci maddesinin dördüncü fıkrası gereğince Danıştay daire ve kurulları ile idari mahkemelerin ve İdarenin uymak zorunda oldukları, dolayısıyla uyuşmazlığın VUK'nun 116'ncı maddesinde tanımlanan vergi hatalarına girdiği anlaşılmaktadır. Bu nedenle VUK'nda yazılı düzeltme ve şikayete ilişkin hükümlerin ihtilaf konusu olayda uygulanması gerektiği sonucuna varılmaktadır.

Diğer taraftan, dava konusu motorlu taşıtlar vergisine karşı önce yetkili vergi dairesine düzeltme istemiyle başvurulmaması da diğer bir usule aykırılık olarak görülmektedir.

Açıklanan nedenlerle temyiz isteminin kabulü ile mahkeme kararının bozulması gerektiği düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Yedinci Dairesince işin gereği görüşüldü:

Temyiz başvurusu; davacı Kurum adına tescilli araçlar nedeniyle, 1997 ile 2003 yıllarına ilişkin olarak tahakkuk eden ve gecikme zamlarıyla birlikte ödenen motorlu taşıtlar ve ek motorlu taşıtlar vergileri ile gecikme zamlarının iadesi talebiyle yapılan şikayet başvurusunun zımnen reddine dair işlemin iptali ve yasal faize hükmedilmesi istemiyle açılan davayı, istemin özetinde yazılı gerekçeyle reddeden mahkeme kararının bozulması istemine ilişkindir.

Her ne kadar, davacı Kurum tarafından, ödenen vergi ve zamların iadesi istemiyle vergi dairesi müdürlüğü nezdinde düzeltme talebinde bulunulmaksızın doğrudan şikayet yoluyla Maliye Bakanlığına(Gelir İdaresi Başkanlığı) başvurulmuş ise de; dava açma süresi geçtikten sonra yapılan vergi hatalarının düzeltilmesi istemlerinde, davaya konu olabilecek idari işlemin, 213 sayılı Kanunun 124'üncü maddesi hükmü gereğince, düzeltme isteminin reddine ilişkin vergi dairesi işlemine karşı şikayet yoluyla yapılacak başvuru sonucu, Maliye Bakanlığınca(Gelir İdaresi Başkanlığı) tesis edilen ret işlemi olması ve yapılan şikayet başvurusu sonucu adı geçen Bakanlığın(Gelir İdaresi Başkanlığı) görüşünün ortaya çıkmış bulunması karşısında, Vergi Dairesi Müdürlüğüne düzeltme başvurusunda bulunulmamış olması, bu işlemi sakatlayacak nitelikte değildir.

213 sayılı Vergi Usul Kanununun 122'nci maddesinde, mükelleflerin, vergi muamelelerindeki hataların düzeltilmesini vergi dairesinden yazı ile isteyebilecekleri; 124'üncü maddesinde de, vergi mahkemelerinde dava açma süresi geçtikten sonra yaptıkları düzeltme talepleri reddolunanların şikayet yolu ile Maliye Bakanlığına müracaat edebilecekleri açıklanmıştır. Bu maddeler uyarınca vergi dairelerinden düzeltilmesi istenebilecek vergi hatasının tanımı ise, aynı Kanunun 116'nci maddesinde, vergiye müteallik hesaplarda veya vergilendirmede yapılan hatalar yüzünden haksız yere fazla veya eksik vergi istenmesi veya alınması olarak yapıldıktan sonra, 117'nci ve 118'inci maddelerinde de, hesap hataları ile vergilendirme hatalarının neler olduğu gösterilmiştir.

Vergi Usul Kanununun yukarıda açıklanan 122'nci ve 124'üncü maddelerine göre idareden düzeltilmesi talep edilebilecek vergi hataları, kendisinden düzeltme isteminde bulunulan idari makamın veya uyumsuzluk halinde yargı yerinin, anılan Kanunun 3'üncü maddesinde öngörülen yorum tekniklerine başvurmadan, ilk bakışta anlayabileceği açıklıktaki vergilendirme yanlışlıklarıdır.

197 sayılı Motorlu Taşıtlar Vergisi Kanununun 4'üncü maddesine 3418 sayılı Kanunun 12'nci maddesiyle eklenen fıkrada, motorlu taşıtlar vergisi ile ilgili muaflık ve istisna hükümlerinin, bu Kanuna hüküm eklenmek veya bu Kanunda değişiklik yapılmak suretiyle düzenleneceği; bu Kanunda yer almayan istisna ve muaflıkların hükümsüz olduğu; ancak, uluslararası anlaşma hükümlerinin saklı olduğu belirtilmiş; 4792 sayılı Sosyal Sigortalar Kurumu Kanununun 26.7.1983 gün ve 2868 sayılı Kanunla değişik 24'üncü maddesinin (a) fıkrasında ise, Kuruma ait taşınır, taşınmaz mallar ile bunlardan elde edilen hak ve gelirlerin ithalde alınan vergi ve resimler dahil her türlü vergi, resim ve harçtan muaf olduğu hükmü yer almış iken, 4.10.2000 gün ve 24190 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 616 sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile 4792 sayılı Kanun yürürlükten kaldırılmış, ancak, muafiyete ilişkin 24'üncü madde bundan hariç tutulmuştur. Sözü edilen Kanun Hükmünde Kararname, Anayasa Mahkemesinin, 10.11.2001 tarihinde yürürlüğe giren, 31.10.2000 gün ve E:2000/65; K:2000/38 sayılı kararı ile iptal edilmiş; 6.8.2003 gün ve 25191 sayılı Resmi

Gazete'de yayımlanan 4958 sayılı Sosyal Sigortalar Kurumu Kanununun 23'üncü maddesinde, eski Kanunun 24'üncü maddesinde öngörülen muafiyet hükmüne yer verilmiştir.

2575 sayılı Danıştay Kanununun 40'ıncı maddesinin 4'üncü fıkrasında, İçtihatları Birleştirme Kurulu kararlarına, Danıştay daire ve kurulları ile idari mahkemeler ve idarenin uymak zorunda olduğu hükme bağlanmıştır.

Danıştay İçtihatları Birleştirme Kurulunun, Sosyal Sigortalar Kurumuna muafiyet tanınmasıyla ilgili 11.2.1988 gün ve E:1987/3; K:1988/1 sayılı kararı ile; 4792 sayılı Sosyal Sigortalar Kurumu Kanununun değişik 24'üncü maddesiyle, Kanun koyucu'nun, iradesini; "Kuruma ait taşınır, taşınmaz mallar ile bunlardan elde edilen hak ve gelirlerinin Kurumun adı ve kuruluş kanununun tarih ve sayısı vergi kanunlarında, dolayısıyla Emlak Vergisi Kanununda yazılı olmasa dahi, emlak vergisi dahil her türlü vergi, resim ve harçtan muaf tutulması gerektiği" şeklinde ortaya koyduğunun anlaşıldığı gerekçesiyle, Danıştay Dokuzuncu Daire kararları arasındaki içtihat aykırılığı; Dokuzuncu Dairenin, Sosyal Sigortalar Kurumunun emlak vergisi, temizleme ve aydınlatma harcından muaf olduğu yolundaki kararı doğrultusunda birleştirilmiş bulunmaktadır.

Bu durumda, Sosyal Sigortalar Kurumuna ait taşınır, taşınmaz mallar ile bunlardan elde edilen hak ve gelirlerinin Kurumun adı ve kuruluş kanununun tarih ve sayısı vergi kanunlarında yazılı olmasa dahi, her türlü vergi, resim ve harçtan, dolayısıyla, motorlu taşıtlar vergisinden muaf tutulmasının, 2575 sayılı Kanunun anılan 40'ıncı maddesi hükmünün gereği olduğu; bundan dolayı da, Kuruma ait araçların vergilendirilmesinin, Vergi Usul Kanununun 116'ncı maddesinde tanımlanan vergi hatası olarak değerlendirilmesi gerektiği sonucuna varılmaktadır.

Öte yandan, 213 sayılı Kanunun 126'ncı maddesinin 1'inci fıkrasında, 114'üncü maddede yazılı zaman aşımı süresi dolduktan sonra meydana çıkarılan vergi hatalarının düzeltilmeyeceği; 114'üncü maddesinin 1'inci fıkrasında da, vergi alacağının doğduğu takvim yılını takip eden yılın başından başlayarak beş yıl içinde tarh ve mükellefe tebliğ edilmeyen vergilerin zaman aşımına uğrayacağı belirtilmiştir.

Olayda ise, 1997 ila 2000 yıllarında doğan ve zaman aşımına uğradığı açık olan vergiler, davacı Kurumca ödenerek 2.8.2006 tarihinde şikayet başvurusuna konu edilmiş bulunduğundan, Mahkemece, yeniden verilecek kararda, bu hususun da değerlendirilmesi gerekmektedir.

Mahkeme kararının, harçlara ilişkin hüküm fıkrasına yönelik temyiz istemine gelince:

6.8.2003 tarih ve 25191 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 4958 sayılı Sosyal Sigortalar Kurumu Kanununun "Muafiyetler" başlıklı 23'üncü maddesinin (c) bendinde, Kurum tarafından açılan ve Kurumun taraf olduğu davalar ve icra kovuşturmaları ile ilamların her türlü vergi, resim, pul ve harçlardan muaf olduğunun hükme bağlanmasına ve davacı Kurum tarafından harç yatırılmadan dava açılmasına karşın, kararda, davacı Kurum aleyhine başvuru harcına hükmedilmesinde isabet görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle, temyiz isteminin kabulüne; mahkeme kararının bozulmasına; bozma kararı üzerine, Mahkemece yeniden verilecek kararla birlikte yargılama giderleri de hüküm altına alınacağından, bu hususta ayrıca hüküm tesisine gerek bulunmadığına, 27.5.2009 gününde oybirliği ile karar verildi.

DÜZENLEYİCİ – GENEL İŞLEMLER

T.C. DANIŞTAY Yedinci Daire

Esas No : 2007/6171
Karar No : 2009/2660

Özeti : Düzenleyici işlemlerin iptali istemiyle açılan davada verilen yürütmenin durdurulması ve iptal kararlarının sadece taraflar açısından değil, düzenlemeden etkilenen herkes açısından hüküm doğuracağı hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan : ...Tekstil Nakliyat Gıda Sanayi
ve Ticaret Limited Şirketi
Vekili : Av. ...
Karşı Taraf : Başbakanlık Gümrük Müsteşarlığı adına
İzmir Gümrük Müdürlüğü

İstemin Özeti : Davacı adına tescilli 21.2.2006 gün ve 13008 sayılı serbest dolaşıma giriş beyannamesi muhteviyatı eşya (kivi) için 31.12.2005 gün ve 26040 (2'nci mükerrer) sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 19.12.2005 gün ve 2005/9825 sayılı İthalat Rejimi Kararına Ek Karara ekli (I) sayılı listede belirlenen "MIN 500.-EURO/Ton" esas alınarak tahakkuk ettirilerek tahsil edilen gümrük ve katma değer vergilerinin iadesi istemiyle yapılan başvurunun reddine ilişkin gümrük müdürlüğü kararına vaki itirazın reddine ilişkin işlemin iptali istemiyle açılan davayı; olayda, iade isteminin konusunu oluşturan katma değer vergisi tahakkukunun dayanağı olan düzenleyici işlemin yürütülmesi Danıştay Yedinci Dairesince verilen 14.7.2006 gün ve E:2007/ 2178 sayılı kararla durdurulmuş ise de, düzenleyici işlemin iptali istemiyle başka bir şahıs tarafından açılan davanın davacı adına hak doğurmayacağı; dolayısıyla, verginin tahakkuku anında kanunen ödenmemesi gereken bir vergiden söz edilemeyeceğinden, dava konusu işlemde hukuka aykırılık bulunmadığı gerekçesiyle reddeden İzmir İkinci Vergi Mahkemesinin 12.9.2007 gün ve E:2007/642; K:2007/768 sayılı kararının; Danıştay Yedinci Dairesince verilen kararla iade isteminin konusunu oluşturan tahakkuk işleminin dayanağı olan düzenleyici işlemin yürütülmesinin durdurulduğu; ortada kanunen alınmaması gereken ve fuzulen tahsil edilen bir vergi bulunduğu ileri sürülerek bozulması istenilmektedir.

Savunmanın Özeti :İstemin reddi gerektiği savunulmuştur.

Tetkik Hakimi Bülent SEYİTDANLIOĞLU'nun Düşüncesi :Temyiz dilekçesinde ileri sürülen iddialar, 2577 sayılı Kanunun 49'uncu maddesinin 1'inci fıkrasında sayılan bozma nedenlerine uymadığından, temyiz isteminin reddedilerek kararın onanması gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı Mukaddes ARAS'ın Düşüncesi : Dosyada bulunan imza sirkülerinin incelenmesinden; şirketin tüm resmi ve hususu daireler, idareler, bankalar, kuruluşlar, firmalar, özel ve tüzel kişilerle yapacağı sözlü veya yazılı borçlandırıcı veya hak kazandırıcı her türlü müracaat, beyanname sözleşme, taahhüt ve işlemlerde şirketi temsile yetkili kılınan şirket müdürü ... tarafından şirket adına verilen vekalet ile Av. ... ve Av. ...'nin vekil tayin edildiği, Av. ... tarafından da işbu davanın açıldığı anlaşılmaktadır.

Bu durumda, şirketi temsilen dava açma yetkisi bulunmadığı anlaşılan ... tarafından verilen vekaletname ile dava açıldığı anlaşıldığından, bu hususun dikkate alınmadan işin esası incelenmek suretiyle verilen mahkeme kararında hukuka uyarlık görülmemiştir.

Açıklanan nedenle, temyiz isteminin kabulüyle, mahkeme kararının bozulması gerektiği düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Yedinci Dairesince işin gereği görüldü:

Temyiz başvurusu; davacı adına tescilli serbest dolaşıma giriş beyannamesi muhteviyatı eşya (kivi) için 31.12.2005 gün ve 26040 (2'nci mükerrer) sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 19.12.2005 gün ve 2005/9825 sayılı İthalat Rejimi Kararına Ek Karara ekli (I) sayılı listede belirlenen "MIN 500.-EURO/Ton" esas alınarak tahakkuk ettirilerek tahsil edilen gümrük ve katma değer vergilerinin iadesi istemiyle yapılan başvurunun reddine ilişkin gümrük müdürlüğü kararına vaki itirazın reddine dair işlemin iptali istemiyle açılan davayı reddeden mahkeme kararının bozulması istemine ilişkindir.

4458 sayılı Gümrük Kanununun 211'inci maddesinde, kanunen ödenmemeleri gerektiği halde ödenmiş olduğu belirlenen gümrük vergilerinin geri verileceği, kanunen tahakkuk ettirilmemeleri gerektiği halde tahakkuk ettirilen gümrük vergilerinin kaldırılacağı hükmüne yer verilmiştir. Bu madde, anılan Kanunla yürürlükten kaldırılan 1615 sayılı Gümrük Kanununun 87'nci maddesiyle paralel hükümler taşımaktadır. Söz konusu 87'nci madde ile ilgili olarak, Danıştay İçtihatları Birleştirme Kurulunun 2.7.1966 gün ve E:1965/13; K:1966/6 sayılı kararında da belirtildiği gibi, eşya gümrükten çekildikten sonra yanlışlıkla alındığı veya fuzulen tahsil olunduğu açıkça anlaşılan vergilerin 87'nci maddeye göre geri istenmesi mümkündür. Bu itibarla, 4458 sayılı Kanunun 211'inci maddesi uyarınca, kanunen ödenmemeleri gerektiği halde ödenmiş, kanunen tahakkuk ettirilmemeleri gerektiği halde tahakkuk ettirilmiş vergilerin, iade istemine konu olabilmesi için, yanlışlıkla alındığının veya fuzulen tahsil olunduğunun açık olması gerekmektedir.

Mahkemece, iade isteminin konusunu oluşturan katma değer vergisi tahakkukunun dayanağı olan düzenleyici işlemin iptali istemiyle davacı tarafından açılmış bir dava bulunmadığı; düzenleyici işlemin iptali istemiyle başka bir şahıs tarafından açılan davanın davacı adına hak doğurucu bir nitelik taşımadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiş ise de, düzenleyici işlemlere karşı açılan davalarda verilen yürütmenin durdurulması ve iptal kararlarının sadece taraflar açısından değil, düzenlemeden etkilenen herkes açısından hüküm doğuracağı İdare Hukukunun genel ilkelerindendir. Dosyanın ve Dairemizin E:2006/2178 sayılı dosyasının incelenmesinden ise, iade istemine konu oluşturan tahakkuk işleminin, eşyanın beyan edilen kıymetine %65 kanuni vergi oranının uygulanması suretiyle tahakkuk ettirilmesi gereken tutardan fazlasına isabet eden kısmının dayanağı olan düzenleyici işlemin, 29.5.2007 gün ve E:2006/2178; K:2007/2547 sayılı kararla iptal edildiği anlaşılmıştır.

Dolayısıyla, anılan düzenleme uyarınca davacı adına vergi tahakkuku ve tahsili mümkün bulunmadığından, tahakkukun bu kısmı için ortada kanunen ödenmemesi gereken ve fuzulen tahsil edilen bir verginin söz konusu olduğu açıktır. Bu bakımdan, davacının iade isteminin reddine ilişkin işlemde hukuka uyarlık bulunmadığından, istemin özeti bölümünde yazılı gerekçeyle davanın reddi yolunda verilen mahkeme kararında yasal isabet görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle; temyiz isteminin kabulü ile mahkeme kararının bozulmasına; bozma kararı üzerine, Mahkemece, yeniden verilecek kararla birlikte yargılama giderleri de hüküm altına alınacağından, bu hususta ayrıca hüküm tesisine gerek bulunmadığına; 28.5.2009 gününde oyçokluğu ile karar verildi.

KARŞI OY

X- Yargılama Hukuku kurallarına göre; davanın esasının incelenebilmesi, usulüne uygun olarak açılmış bulunmasına bağlıdır. Davanın usulüne uygun olarak açılmış kabul edilebilmesi için gerekli koşullardan biri de, dava açma ehliyetidir. Limited Şirketlerin nasıl temsil edileceği ise, 6762 sayılı Türk Ticaret Kanununda gösterilmiştir.

Sözü edilen Kanunun 540'ncı maddesinin birinci fıkrasında, aksi kararlaştırılmış olmadıkça, ortakların hep birlikte şirketi temsile yetkili oldukları öngörüldükten sonra, aynı maddenin ikinci fıkrası ile aynı Kanunun 541'inci maddesinde, şirket mukavelesi veya genel kurul kararıyla şirketin idare ve temsilinin, ortaklardan bir veya bir kaçına ya da ortak olmayan kimselere de bırakılabileceği düzenlemesine yer verilmiştir. Sözü edilen hükümlere ve Yargılama Hukuku kurallarına göre, limited şirketlerin yargı organları nezdinde temsili, kanuni temsilcileri ile bunların usulüne uygun olarak tayin ettikleri avukatları tarafından olanaklı bulunmaktadır.

Temyiz dilekçesini imzalayan Av. ...'nin, İzmir Onaltıncı Noterince verilen 11.12.2006 gün ve 35387 yevmiye numaralı vekaletname ile şirket müdürü, ... tarafından vekil tayin edildiği, ancak vekaletname ekinde yer alan ve yine aynı noterce 26.12.2003 gün ve 34716 yevmiye numarasıyla onaylanan imza sirkülerine göre; şirket müdürüne, Şirket adına yargı organları nezdinde dava açma veya açılmış davaları takip etme yetkisi verilmediğinin anlaşılması nedeniyle, temyiz isteminin incelenmesi olanaklı değildir.

Açıklanan nedenle, temyiz isteminin incelenmeksizin reddi gerektiği oyuyla karara katılmıyorum.

YARGILAMA USULÜ

T.C. DANIŞTAY

Yedinci Daire

Esas No : 2008/5114

Karar No : 2009/1342

Özeti : Şirket ile avukat arasında avukatlık sözleşmesi ile duyurulan vekalet ilişkisinin, sözleşmede yetkinin konu, yer, zaman vb. yönlerden sınırlandırılması ya da azil, istifa gibi durumlar dışında, anılan dönemde şirketin yetkili temsilcisi olan ve vekaletnameyi imzalayan kişinin bu yetkisinin sona ermesiyle, ortadan kalkmayacağı hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan

: ... Limited Şirketi

Vekili

: Av. ...

Karşı Taraf

: Başbakanlık Gümrük Müsteşarlığı
adına İzmir Gümrük Müdürlüğü

İstemin Özeti

: Davacı adına tescilli 16.1.2003 gün ve 2571

sayılı serbest dolaşıma giriş beyannamesi kapsamı eşya nedeniyle yapılan gümrük ve katma değer vergileri ek tahakkukuna vaki itirazın reddine dair işlemin iptali istemiyle açılan davanın; dava dilekçesi ekinde yer alan imza sirkülerine göre, davacı Şirket ortaklar kurulunun 8.5.1996 tarih ve 1996/1 sayılı kararıyla, ... adlı kişinin 10 yıl süreyle Şirketi münferiden temsile yetkili olduğunun belirtildiği; davanın açıldığı 16.2.2007 tarihi itibarıyla anılan kişinin temsil yetki süresi dolduğundan, bu yetkinin belirtilen tarihte devam edip etmediğini gösteren imza sirküleri eklenmek suretiyle yeniden dava açılmak üzere dilekçenin reddi yolunda verilen Mahkemelerinin 21.2.2008 gün ve E:2007/185; K:2008/177 sayılı kararı üzerine yenilenen dava dilekçesinde de aynı yanlışlıkların yapıldığı gerekçesiyle, İdari Yargılama Usulü Kanununun 15'inci maddesinin 5'inci fıkrası uyarınca reddi yolundaki İzmir Üçüncü Vergi Mahkemesinin 15.5.2008 gün ve E:2008/641; K:2008/656 sayılı kararının;

davanın, 1136 sayılı Avukatlık Kanunu uyarınca geçerli olan vekaletnameye dayanılarak açıldığı ve vekaletnamenin azil oluncaya kadar muteber olduğu; vekalet ilişkisinin kurulduğu dönemde, Şirket müdürü olarak görev yapan ...'un, davanın açıldığı tarihte bu görevinden ayrılmış olmasına karşın, ortaklık sıfatının devam etmesi nedeniyle, Türk Ticaret Kanununun limited şirketler ile ilgili hükümleri uyarınca temsile yetkili olduğu ileri sürülerek bozulması istenilmektedir.

Savunmanın Özeti: İstemin reddi gerektiği savunulmaktadır.

Tetkik Hakimi Murat ASİLTÜRK'ün 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 M. Oğuz ULAŞ'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 maddeye yazılı nedenlerden hiçbirisine uymadığından, istemin reddi ile temyiz edilen mahkeme kararının onanmasının uygun olacağı düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Yedinci Dairesince işin gereği görüldü:

Dosyanın incelenmesinden; davacı Şirket ortaklar kurulunun 8.5.1996 tarih ve 1996/1 sayılı kararıyla, ... adlı kişinin 10 yıl süreyle davacı Şirketi münferiden temsile yetkili kılındığı; İzmir Yirmialtıncı Noterliğinin 12.10.2004 tarih ve 24948 yevmiye numarasıyla onaylı vekaletnamesine göre, davacı Şirket adına, yukarıda adı geçen şahıs tarafından vekil tayin edilen Av. ...'ın imzaladığı dilekçeyle 16.2.2007 tarihinde görülmekte olan işbu davanın açıldığı; Mahkemeye, davacı Şirket adına hareket eden ... adlı kişinin davanın açıldığı tarihte temsil yetki süresinin sona ermesi ve belirtilen tarihte yetkili olduğunu gösteren imza sirkülerinin dosyada olmadığından görülmeye, belirtilen eksiklik giderilerek yeniden dava açılmak üzere dilekçenin reddi yolunda verilen karardan sonra yenilenen davada aynı yanlışlıkların yapıldığı gerekçesiyle, İdari Yargılama Usulü Kanununun 15'inci maddesinin 5'inci fıkrası uyarınca davanın reddedildiği anlaşılmaktadır.

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 3'üncü maddesinin 3'üncü fıkrasında, dava konusu kararın ve belgelerin asılları veya örneklerinin dava dilekçesine ekleneceği; 14'üncü maddesinin 3'üncü fıkrasının (g) bendinde, dilekçelerin mahkeme başkanı veya görevlendireceği bir üye tarafından, 3 ve 5'inci maddelere uygun olup olmadığı yönünden inceleneceği; 4'üncü fıkrasında, dilekçeler bu yönlerden kanuna aykırı görülürse durumun görevli mahkemeye bir rapor ile bildirileceği; 15'inci maddesinin 1'inci fıkrasının (d) bendinde de dilekçelerin 3'üncü maddeye uygun olmadıkları hallerde, otuz gün içinde 3'üncü maddeye uygun şekilde yeniden düzenlenmek veya noksanları tamamlanmak üzere dilekçenin reddine karar verileceği; aynı maddenin 5'inci fıkrasında, 1'inci fıkranın (d) bendine göre dilekçenin reddedilmesi üzerine, yeniden verilen dilekçelerde aynı yanlışlıklar yapıldığı takdirde davanın reddedileceği belirtilmiştir.

Avukatlık sözleşmesi, 1136 sayılı Kanunun 163'üncü maddesinde düzenlenmiş olup, geçerliliği herhangi bir şekil şartına bağlanmadığından, bu sözleşme ile taraflar (müvekkil ve vekil), en geniş şekilde temsil yetkisi verilmesi konusunda anlaşabilecekleri gibi, temsil yetkisinin konu, zaman vb. yönlerden sınırlandırılmasını da kararlaştırabilirler. Tüzel kişilerin kanuni temsilcileri tarafından vekaletname verilmesi durumunda ise, avukatla Şirketi temsil eden kanuni temsilci arasında değil, avukatla davacı Şirket arasında kurulmuş olan bir hukuki ilişki söz konusu olacağından; bu hukuki ilişkiyi sonlandırabilecek, yukarıda belirtilen durumlardan biri bulunmadığı sürece, vekalet akdinde imzası bulunan kanuni temsilcinin bu

sıfatının devam edip etmediğine bakılmaksızın, bu akitten kaynaklanan hukuki ilişkinin varlığını sürdürdüğünün kabulü gerekir.

Olayda; Av. ...'ı, davacı Şirket adına 12.10.2004 tarihinde vekil tayin eden ... adlı kişinin, anılan tarih itibarıyla, Şirketi temsil yetkisinin devam ettiği hususu tartışmasıdır. Dosyada, anılan Avukat ile Şirket arasında kurulan vekalet ilişkisinin sona erdirildiğine dair herhangi bir belge ve bilgi mevcut değildir. Bu bakımdan; davacı Şirketle olan vekalet ilişkisinin devam ettiği açık bulunan adı geçen Avukat tarafından açılan davanın esasının incelenerek karara bağlanması gerekirken, usul hükümlerine aykırı olarak verilen dava dilekçesinin reddine dair karar üzerine, yenilenen davada aynı yanlışlıkların yapıldığı gerekçesiyle davanın reddi yolunda verilen kararda hukuka uyarlık görülmemiştir.

Açıklanan nedenle, temyiz isteminin kabulüne ve mahkeme kararının bozulmasına, bozma kararı üzerine Mahkemece yeniden verilecek kararlar birlikte yargılama giderleri de hüküm altına alınacağından, bu hususta ayrıca hüküm tesisine gerek bulunmadığına, 9.3.2009 gününde oybirliği ile karar verildi.

T.C.
DANIŞTAY
Yedinci Daire

Esas No : 2008/1216

Karar No : 2009/2313

Özeti : Süresi içinde ödenmeyen gümrük vergileriyle ilgili ödeme emirlerinin tebliğinin, 7201 sayılı Tebligat Kanunu hükümlerine göre değil, 6183 sayılı Kanunun 8'inci maddesindeki atf nedeniyle, 213 sayılı Vergi Usul Kanunu hükümlerine göre yapılmasının yasal bir zorunluluk olduğu; muhatabın adreste bulunmaması halinde, tebliğin ikinci defa yenilenmesi gerektiği; ancak, Vergi Usul Kanununda hüküm bulunmayan hallerde Tebligat Kanunu hükümlerinin uygulanabileceği hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan

: ...

Vekili

: Av. ...

Karşı Taraf

: Başbakanlık Gümrük Müsteşarlığı adına
Ambarlı Gümrük Müdürlüğü

İstemin Özeti

: ... Anonim Şirketi adına tescilli 19.8.2004 gün

ve 57629 sayılı beyannameyle dahilde işleme rejimi kapsamında geçici ithali gerçekleştirilen ve anılan rejim şartlarının ihlali üzerine, eşyaya isabet eden katma değer vergisi ile kesilen para cezasının ve hesaplanan faizin adı geçen Şirketten tahsil edilemediğinden bahisle, yönetim kurulu üyesi sıfatıyla davacıdan tahsili amacıyla düzenlenip tebliğ edilen ödeme emrinin iptali istemiyle açılan davayı; dosyanın incelenmesinden, ödeme emri, davacıya 26.3.2007 tarihinde tebliğ edildiği halde, yedi günlük yasal süre geçirilerek 3.4.2007 tarihinde açılan davanın süresinde olmadığı anlaşıldığı gerekçesiyle, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 15'inci maddesinin 1'inci fıkrasının (b) bendi uyarınca, süre aşımı yönünden reddeden İstanbul Sekizinci Vergi Mahkemesinin 26.12.2007 gün ve E:2007/3123; K:2007/3154 sayılı kararının; ödeme emrinin tebliğinin usulsüz olduğu; ödeme emrinden 27.3.2007 tarihinde haberdar olduğu; ... Anonim Şirketi ile temsilcilik ilişkisinin bulunmadığı ileri sürülerek bozulması istenilmektedir.

Savunmanın Özeti

: İstemin reddi gerektiği savunulmuştur.

Tetkik Hakimi Yusuf ÖRNEK'in Düşüncesi : Temyiz dilekçesinde ileri sürülen iddialar, 2577 sayılı Kanunun 49'uncu maddesinin 1'inci fıkrasında sayılan bozma nedenlerine uymadığından, temyiz istemi reddedilerek kararın onanması gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı H. Hüseyin TOK'un Düşüncesi: İdare ve vergi mahkemelerince verilen kararların temyizen incelenerek bozulabilmesi için, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 49'uncu maddesinin 1'inci fıkrasında belirtilen nedenlerin bulunması gerekmektedir.

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

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Yedinci Dairesince işin gereği görüldü:

Temyiz başvurusu; yönetim kurulu üyesi olduğu Anonim Şirketin katma değer vergisi ile para cezası ve hesaplanan faiz borcunun davacıdan tahsil amacıyla düzenlenip tebliğ edilen ödeme emrinin iptali istemiyle açılan davayı, süre aşımı sebebiyle reddeden mahkeme kararının bozulması istemine ilişkindir.

4458 sayılı Gümrük Kanununun 201'inci maddesinde, süresi içinde ödenmeyen kesinleşmiş gümrük vergileri hakkında 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun hükümlerinin uygulanacağı; 6183 sayılı Kanunun 8'inci maddesinde de, hilafına bir hüküm bulunmadıkça bu Kanunda yazılı müddetlerin hesaplanmasında ve tebliğlerin yapılmasında Vergi Usul Kanunu hükümlerinin tatbik olunacağı belirtilmiştir.

213 sayılı Vergi Usul Kanununun 94'üncü maddesinin, 2365 sayılı Kanunun 18'inci maddesiyle eklenen üçüncü fıkrasında, tebliğin; kendisine tebligat yapılacak kimsenin bulunmaması halinde ikametgah adresinde bulunanlardan veya iş yerlerinde memur ya da müstahdemlerinden birine yapılacağı; 102'nci maddesinde ise, tebliğ olunacak evrakı muhtevi zarfın posta idaresince muhatabına verileceği ve keyfiyetin muhatap ile posta memuru tarafından taahhüt ilmühaberine tarih ve imza konulmak suretiyle tespit olunacağı; muhatabın zarf üzerinde yazılı adresini değiştirmesinden dolayı bulunamamış olması halinde posta memurunun durumu zarf üzerine yazacağı ve mektubun posta idaresince derhal tebliği yaptıran daireye geri gönderileceği; muhatabın geçici olarak başka bir yere gittiği, bilinen adresinde bulunanlar veya komşuları tarafından bildirildiği takdirde keyfiyet ve beyanda bulunanın kimliği tebliğ alındısına yazılarak altının beyanı yapana imzalatılacağı; imzadan imtina ederse, tebliği yapanın bu ciheti şerh ve imza edeceği ve tebliğ edilemeyen evrakın çıkaran mercie iade olunacağı; bunun üzerine tebliği çıkaran merci tarafından tayin olunacak münasip bir süre sonra yeniden tebliğ çıkarılacağı; ikinci defa çıkarılan tebliğ evrakı da aynı sebeple tebliğ edilemeyerek iade olunursa tebliğin ilan yolu ile yapılacağı hükümlerine yer verilmiştir.

Öte yandan; 7201 sayılı Tebligat Kanununun 51'inci maddesinde, mali tebliğlerin, kendi kanunlarında sarahat bulunmayan hallerde, bu Kanunun umumi hükümlerine tevkifan yapılacağı; 32'nci maddesinde de, tebliğ usulüne aykırı yapılmış olsa bile, muhatabı tebliğe muttali olmuş ise muteber sayılacağı; muhatabın beyan ettiği tarihin, tebliğ tarihi addolunacağı hükme bağlanmıştır.

Bu hükümlere göre; süresi içinde ödenmeyen gümrük vergileriyle ilgili ödeme emirlerinin tebliğinin, 7201 sayılı Kanun hükümlerine göre değil, 213 sayılı Kanun hükümlerine göre yapılmasının yasal bir zorunluluk olduğu; muhatabın adreste bulunmaması halinde, tebliğin ikinci defa yenilenmesi gerektiği; ancak, Vergi Usul Kanununda hüküm bulunmayan hallerde Tebligat Kanunu hükümlerinin uygulanabileceği açıktır.

Olayda; davacının tespit edilen ikametgah adresi olan " ... " adresine gönderilen, davaya konu ödeme emrine ilişkin tebliğ evrakının, "Adreste kimse bulunmaması üzerine

evrak ... Mahalle Muhtarlığına teslim edildikten sonra bilgi için 2 No'lu haber kağıdının muhatabın kapısına yapıştırıldığı gibi komşusu ...'a haber bırakıldığı" şeklinde, muhtarın imzasını içeren 26.3.2007 tarihli şerh düşülerek iade edildiği; davacı tarafından, ödeme emrine 27.3.2007 tarihinde muttali olduğu belirtilerek açılan davada, Mahkemece; açıklanan şekilde yapılan tebligatın 7201 sayılı Kanunun 21'inci maddesine uygun olduğu kabul edilerek, dava açma süresinin 26.3.2007 tarihini izleyen günden başlatılması suretiyle, davada süre aşımı bulunduğu sonucuna varılarak hüküm tesis edildiği anlaşılmıştır.

Oysa; yukarıda açıklandığı üzere; davacının adresinde bulunmaması üzerine, 213 sayılı Kanunun 102'nci maddesi uyarınca, ödeme emrine ilişkin tebliğ evrakının iade edilmesi ve ikinci defa yeniden tebliğe çıkarılması icap ettiği halde, Tebligat Kanunu hükümlerine göre yapılan tebligat usulsüz olduğundan, söz konusu usulsüz tebliğe muttali olduğu beyan edilen 27.3.2007 tarihinin, ödeme emrinin tebliğ tarihi olarak esas alınması ve 3.4.2007 tarihinde mahkeme kayıtlarına giren dilekçeyle açılan davada süre aşımı bulunmadığının kabulü gerektiğinden, Mahkemece, usulsüz tebligata dayanılarak verilen temyizle konu kararda isabet görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle, temyiz isteminin kabulüne; mahkeme kararının bozulmasına; bozma kararı üzerine Mahkemece yeniden verilecek kararla birlikte yargılama giderleri de hüküm altına alınacağından, bu hususta ayrıca hüküm tesisine gerek bulunmadığına, 4.5.2009 gününde oybirliği ile karar verildi.

T.C.
DANIŞTAY
Yedinci Daire

Esas No : 2007/5384
Karar No : 2009/4019

Özeti : 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 14'üncü maddesi uyarınca, dilekçeler üzerindeki ilk incelemenin, maddede belirtilen sıraya göre yapılması gerektiğinden; ortada kesin ve yürütülmesi zorunlu işlem bulunmadığı gerekçesiyle reddedilen davada, gerçek kişiye yöneltilen husumetin düzeltilmemiş olmasının bozma nedeni olarak görülmediği hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan : ...
Karşı Taraf : ...
İstemin Özeti : Davacı tarafından 9.12.1996 tarihli kati satış

sözleşmesi ile satılan araca ilişkin motorlu taşıtlar vergisi mükellefiyet kaydının silinmesi istemiyle açılan davayı; olayda, davacı tarafından mükellefiyet kaydının silinmesi istemiyle davalı İdareye yapılmış bir başvuru ve bu başvuru hakkında İdarece 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 10'uncu maddesi uyarınca tesis edilmiş açık veya zımni ret işlemi bulunmadığının anlaşılması karşısında, ortada kesin ve yürütülmesi zorunlu işlem bulunmadığı gerekçesiyle incelenmeksizin reddeden Bursa Vergi Mahkemesinin 14.6.2007 gün ve E:2007/1675; K:2007/1848 sayılı kararının; başvurunun davalı İdarece dikkate alınmadığı ileri sürülerek bozulması istenilmektedir.

Savunmanın Özeti : Savunma verilmemiştir.

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 M.Oğuz ULAŞ'ın Düşüncesi : İdare ve vergi mahkemelerince verilen kararların temyizden incelenerek bozulabilmesi için, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 49'uncu maddesinin birinci fıkrasında belirtilen nedenlerin bulunması gerekmektedir.

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

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Yedinci Dairesince işin gereği görüldü:

Her ne kadar; davada husumetin gerçek kişiye yöneltilmiş olması, ortada adli yargının görev alanına giren bir davanın bulunduğu izlenimini vermekte ise de; davacının isteminin Vergi İdaresince tesis edilen motorlu taşıtlar vergisi mükellefiyetinin iptali istemine ilişkin olması; ayrıca, dilekçeler üzerinde yapılacak ilk incelemeyi düzenleyen 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 14'üncü maddesi hükmü uyarınca, bu incelemenin maddede belirtilen sıraya göre yapılmasının zorunlu olması karşısında, Mahkeme kararında davalı olarak ...'un gösterilmiş olması, bozma nedeni olarak görülmemiştir.

Açıklanan nedenle, temyiz isteminin reddine, 32,30 (OtuzikiLiraotuzKuruş) Türk lirası maktu karar harcının temyiz eden davacıdan alınmasına, 7.10.2009 gününde oybirliği ile karar verildi.

SEKİZİNCİ DAİRE KARARLARI

GENEL – EĞLENCE VE DİNLENME YERLERİ

T.C.
DANIŞTAY
Sekizinci Daire
Esas No : 2007/7891
Karar No : 2009/2521

Özeti : "Umuma açık işyeri" niteliğinde olmayan "market" işyerinin "içkili yer bölgesi" içinde olmaması nedeniyle, "kapalı içki satışı" izni verilmemesine ilişkin işlemde hukuka uyarlık bulunmadığı hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan : ...

Vekili : Av. ...

Karşı Taraf : Gündüzbey Belediye Başkanlığı

Vekili : Av. ...

İstemin Özeti : Malatya İli Yeşilyurt İlçesi Gündüzbey Kasabasında market işleten davacının kapalı içki satışı izni verilmesi yolundaki başvurusunun; işyerinin içkili yer tespitine ilişkin raporda bulunan saha kapsamı dışında olduğundan bahisle reddine ilişkin Gündüzbey Belediye Başkanlığının 09.05.2006 gün ve 127 sayılı işleminin iptali istemiyle açılan davada; uyuşmazlığa konu işyerinin "içkili yer bölgesi" sınırı dahilinde bulunmadığı, öte yandan konu ile ilgili olarak ilçe jandarma komutanlığının asayiş yönünden olumsuz görüş bildirmesi nedeniyle tesis edilen işlemde hukuka aykırılık görülmediği gerekçesiyle davayı reddeden Malatya İdare Mahkemesinin 30.03.2007 gün ve E:2006/1282, K:2007/721 sayılı kararının; hukuka aykırı olduğu öne sürülerek, 2577 sayılı Yasanın 49. maddesi uyarınca temyizden incelenerek bozulması istemidir.

Savunmanın Özeti : Savunma verilmemiştir.

Danıştay Tetkik Hakimi Serpil KOÇYİĞİT ERDOĞAN'ın Düşüncesi : Temyiz isteminin kabulü ile Mahkeme kararının bozulması gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı Yücel BULMUŞ'un Düşüncesi : Uyuşmazlık, davacının kapalı içki satışı izni verilmesi yolundaki başvurusunun reddine ilişkin işlemde doğmuştur.

Olayda davacının içkisiz-market işletmek üzere halihazırda bir ruhsatı olup bu ruhsata kapalı içki satışı izninin eklenmesini talep ettiği görülmektedir. Bu durumda kapalı içki satışı için yapılan başvurunun, açık içki satışı yapılan yerlerle birlikte değerlendirilerek bu yerler için öngörülen içkili yer bölgesi kapsamında olmadığı gerekçesiyle reddi yerinde değildir. Açık ya da kapalı içki satışı yapılan yerlerin birlikte değerlendirilmesi durumunda, eskiden "tekeli bayii" olarak adlandırılan kapalı içki satışı yapılan yerlerinde hepsinin birarada bulunması söz konusu olurki, fiiliyatta böyle bir durumun olmadığı tüm yerleşim yerlerinde görülmektedir.

Bu nedenle davacının Tütün, Tütün Mamulleri ve Alkollü İçkiler Piyasası Düzenleme Kurumundan bu konuda gerekli iznide aldığı görüldüğünden, işyerinin bu satış için gerekli şartları taşıyıp taşımadığı yönünde inceleme yapılması gerekirken içkili yer bölgesinde olmadığı nedeniyle başvurunun reddinde hukuka uygunluk görülmemiş olup aksi yöndeki mahkeme kararının bozulması gerektiği düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Sekizinci Dairesince 2577 sayılı Yasanın 17. maddesi uyarınca davacının duruşma istemi kabul edilmeyerek işin gereği görüldü:

Uyuşmazlık; Malatya İli Yeşilyurt İlçesi Gündüzbey Kasabasında market işleten davacının kapalı içki satışı izni verilmesi yolundaki başvurusunun; işyerinin içkili yer tespitine ilişkin raporda bulunan saha kapsamı dışında olduğundan bahisle reddine ilişkin Gündüzbey Belediye Başkanlığının 09.05.2006 gün ve 127 sayılı işleminin iptali isteminden doğmuştur.

İdare Mahkemesince istemin özetinde belirtilen gerekçe ile davanın reddine karar verilmiştir.

İçkili Yerlere Verilecek İzinlerde Gözönünde Bulundurulacak Esaslara Dair Yönetmelik'in 3/c maddesinde "Umuma açık yer; herkesin belli şartlara uymak suretiyle girip çıkabileceği yerler", 3/d maddesinde; içkili yer, kadehle içki satılan umuma açık yerler" olarak tanımlanmıştır.

10.08.2005 gün ve 25902 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan İşyeri Açma ve Çalışma Ruhsatlarına ilişkin Yönetmeliğin 4/g maddesinde; kişilerin tek tek veya toplu olarak eğlenmesi, dinlenmesi veya konaklaması için açılan otel, motel, pansiyon, kamping ve benzeri konaklama yerleri; gazino, pavyon, meyhane, bar, birahene, içkili lokanta, taverna ve benzeri içkili yerler; sinema, kahvehane, kiraathaneler; kumar ve kazanç kastı olmamak şartıyla adı ne olursa olsun bilgi ve maharet artırıcı veya zeka geliştirici nitelikteki elektronik oyun alet ve makinelerinin, video ve televizyon oyunlarının içerisinde bulunduğu elektronik oyun yerleri; internet kafeler, lunaparklar, sirkler ve benzeri yerler" umuma açık istirahat yerleri olarak sayılmış, 4/h maddesinde içkili yer bölgesi tanımlanmış, 29. maddesinde içkili yer bölgesinin tespiti ile içkili yer bölgesi haricinde içkili yer açlamayacağı kurala bağlanmıştır.

Söz konusu Yönetmeliğin; umuma açık istirahat ve eğlence yerlerinin açılması başlıklı 32. maddesinde de, meyhane, kahvehane, kiraathane, bar, elektronik oyun merkezleri gibi umuma açık yerler ile açık alkollü içki satılan yerlerin hangi şartlar ile açılacağı düzenlenmiştir.

2559 sayılı Polis Vazife ve Selahiyet Kanunun 7. maddesinde ise, benzer bir düzenleme getirilerek umuma açık istirahat yerleri sayılmış olup, bakkal ve marketlerin bu kapsamda olmadığı görülmektedir.

Diğer yandan, bahse konu işyeri Açma ve Çalışma Yönetmeliğinin Sıhhi Müesseseler İçin Sınıflarına ve Özelliklerine Göre Aranılacak Nitelikler başlıklı Ek-1 kısmının (c) maddesinde; "bakkal, market, şarküteri, kuruyemişçi, büfe, manav, kantin ve ekmek bayileri aynı kısmın (G) maddesinde de" gazino, dans salonu, diskotek, pavyon, taverna, açık hava gazinosu, bar, kokteyl salonu ve benzeri eğlence yerlerinin" aranılacak nitelikleri sayılmıştır.

Öte yandan, 4250 sayılı İspirto ve İspirtolu İçkiler İhisarı Kanunu'nun 19. maddesinde "İspirto ile bira ve şarap dahil her çeşit ispirotolu içki satmak isteyenler İhisarlar İdaresinden ruhsat almaya mecburdurlar. Bu ruhsatın esasları Maliye ve Gümrük Bakanlığınca objektif kurallar belirlenerek düzenlenecek bir yönetmelikle tespit edilir. (Değişik 2. fıkra: 24/11/2004-5259/7 md.) Açık olarak alkollü içki, bira, şarap ve ispirto ile her çeşit ispirotolu içki satmak isteyenler, belediye veya il özel idaresinden ruhsat almaya mecburdurlar. Belediye veya il özel idaresi, ruhsat vermeden önce, yetkili kolluk kuvvetinin görüşünü alır. Kolluk kuvveti görüşünü yedi gün içinde verir." kuralına yer verilmiştir.

Yukarıda belirtilen mevzuatların birlikte değerlendirilmesinden; açık (kadehte) içki satışı yapan umuma açık işyerlerinin içkili yer bölgesi haricinde açlamayacağı tartışmasızdır.

Oysa, davacının işyerinin umuma açık işyeri kapsamında olmadığı, işyerinin "market" olduğu ve kapalı içki satışı yapmak istediği, diğer yandan Tütün, Tütün Mamulleri ve Alkollü İçkiler Piyasası Düzenleme Kurumundan gerekli izni de aldığı görülmektedir.

Bu durumda, market olarak işletilen bir işyerinde "kapalı içki satışı" da yapılmak istenmesi halinde, işyerinin içkili yer bölgesi içinde olması şartı aranamayacağından, idare mahkemesi kararının bu gerekçesinde yasal isabet görülmemiştir.

Diğer yandan, Jandarma Komutanlığının görevi, asayişin sağlamak olup, henüz hiçbir olayın olmadığı yerde asayişin sağlanamayacağı yolundaki davalı idare savında ve idare mahkemesi kararının bu gerekçesinde de hukuka uyarlık bulunmamıştır.

Açıklanan nedenlerle, Malatya İdare Mahkemesi kararının bozulmasına ve yeniden bir karar verilmek üzere dosyanın anılan Mahkemeye gönderilmesine 13.04.2009 gününde oybirliğiyle karar verildi .

KARA ULAŞIMI VE TRAFİK

T.C.
DANIŞTAY
Sekizinci Daire

Esas No : 2007/8336
Karar No : 2009/2995

Özeti : 5216 sayılı Büyükşehir Belediye Yasası ile düzenlenen ve bu Yasa uyarınca faaliyet gösteren Ulaşım Koordinasyon Merkezinin, çalışma usul ve esaslarını belirleyen yönetmeliğin, henüz yayımlanmamasından dolayı karar alamayacağı yönünde verilen idare mahkemesi kararında, hukuka uyarlık bulunmadığı hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan : Mersin Büyükşehir Belediye Başkanlığı

Vekili : Av. ...

Karşı Taraf : ...

Vekili : Av. ...

İstemin Özeti : Davacının taşımacılık yapmak amacıyla satın aldığı ileri sürdüğü ... plakalı ticari araca güzergah izni verilmesi istemiyle yapılan başvurunun reddine ilişkin 24.10.2005 günlü Mersin Büyükşehir Belediyesi APK Daire Başkanlığı yazısıyla bildirilen Mersin Ulaşım Koordinasyon Merkezinin 21.9.2005 gün ve 8-7 sayılı kararının iptali istemiyle açılan davada; işlem tarihi itibarıyla 5216 sayılı Büyükşehir Belediye Yasasının yürürlükte olduğu bu Yasanın 9. maddesi uyarınca Ulaşım Koordinasyon Merkezlerinin çalışma usul ve esaslarını belirleyecek olan Yönetmeliğin henüz yürürlüğe girmedığı ve mülga 3030 sayılı Yasa uyarınca yürürlüğe konulan Ulaşım Koordinasyon Merkezlerine ilişkin Yönetmeliğin somut olaya uygulanamayacağı açık olduğundan, henüz çalışma usul ve esasları belirlenmemiş ve eski Yönetmelik hükümlerine göre oluşturulan olan kurul tarafından tesis edilen işlemde hukuka uyarlık bulunmadığı gerekçesiyle iptal eden Mersin 1. İdare Mahkemesinin 31.5.2007 gün ve E:2006/2279, K:2007/1341 sayılı kararının; hukuka aykırı olduğu ileri sürülerek, 2577 sayılı Yasanın 49. maddesi uyarınca temyizden incelenerek bozulması istemidir.

Savunmanın Özeti : Savunma verilmemiştir.

Danıştay Tetkik Hakimi Volkan ÇAKMAK'ın Düşüncesi : 5216 sayılı Yasa ile görevleri belirlenmiş olan ulaşım koordinasyon merkezinin, salt çalışma esas ve usullerini belirleyen idari bir düzenleme bulunmaması nedeniyle görev yapamayacak olması kamu hizmetlerinin sürekliliği (kesintisizliği) ve idari fonksiyonunun sürekli bir devlet fonksiyonu

olması ilkeleriyle bağdaşmadığından ve 3030 sayılı Yasa yürürlükten kalksa da, işlem tarihi itibarıyla yürürlükte olan Büyükşehir Belediyeleri Koordinasyon Merkezleri ve Fon Yönetmeliğinin 5216 sayılı Yasaya aykırı olmayan hükümleri somut olaya uygulanabilecek iken ve yukarıda belirtildiği üzere yasal nitelikte bir düzenleme varken idari nitelikteki düzenleme yokluğundan dolayı çalışma usul ve esaslarının belirlenmediği gerekçesiyle Mersin Büyükşehir Belediyesi Ulaşım Koordinasyon Merkezi kararını iptal eden temyizle konu kararın bozulması gerektiği düşünülmektedir.

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

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

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Sekizinci Dairesince işin gereği görüldü :

Uyuşmazlık, davacının taşımacılık yapmak amacıyla satın aldığı ileri sürdüğü ... plakalı ticari araca güzergah izni verilmesi istemiyle yapılan başvurunun reddine ilişkin 24.10.2005 günlü Mersin Büyükşehir Belediyesi APK Daire Başkanlığı yazısıyla bildirilen Mersin Ulaşım Koordinasyon Merkezinin 21.9.2005 gün ve 8-7 sayılı kararının iptali isteminden doğmuştur.

23.7.2004 gün ve 25531 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren 5216 sayılı Büyükşehir Belediye Yasasının "Ulaşım Hizmetleri" başlıklı 9. maddesinde;

"Büyükşehir içindeki kara, deniz, su, göl ve demiryolu üzerinde her türlü taşımacılık hizmetlerinin koordinasyon içinde yürütülmesi amacıyla, büyükşehir belediye başkanı ya da görevlendirdiği kişinin başkanlığında, yönetmelikle belirlenecek kamu kurum ve kuruluş temsilcilerinin katılacağı ulaşım koordinasyon merkezi kurulur. Büyükşehir ilçe ve ilk kademe belediye başkanları kendi belediyesini ilgilendiren konuların görüşülmesinde koordinasyon merkezlerine üye olarak katılırlar. Ulaşım koordinasyon merkezi toplantılarına ayrıca gündemdeki konularla ilgili kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının (oda üst kuruluşu bulunan yerlerde üst kuruluşun) temsilcileri de davet edilerek görüşleri alınır.

Bu Kanun ile büyükşehir belediyesine verilen trafik hizmetlerini plânlama, koordinasyon ve güzergâh belirlemesi ile taksit, dolmuş ve servis araçlarının durak ve araç park yerleri ile sayısının tespitine ilişkin yetkiler ile büyükşehir sınırları dahilinde il trafik komisyonunun yetkileri ulaşım koordinasyon merkezi tarafından kullanılır.

Ulaşım koordinasyon merkezi kararları, büyükşehir belediye başkanının onayı ile yürürlüğe girer.

Ulaşım koordinasyon merkezi tarafından toplu taşıma ile ilgili alınan kararlar, belediyeler ve bütün kamu kurum ve kuruluşlarıyla ilgililer için bağlayıcıdır.

Koordinasyon merkezinin çalışma esas ve usulleri ile bu kurullara katılacak kamu kurum ve kuruluş temsilcileri, İçişleri Bakanlığı tarafından çıkarılacak yönetmelikle belirlenir.

Büyükşehir belediyelerine bu Kanun ile verilen görev ve yetkilerin uygulanmasında, 13.10.1983 tarihli ve 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanununun bu Kanuna aykırı hükümleri uygulanmaz." hükmü yer almaktadır.

Dava konusu edilen işlem tarihinde yürürlükte olmamakla birlikte yukarıda alıntısı yapılan Yasa hükmü uyarınca İçişleri Bakanlığı tarafından hazırlanan Büyükşehir Belediyeleri Koordinasyon Merkezleri Yönetmeliği 15.6.2006 gün ve 26199 sayılı resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

5216 sayılı Yasa ile yürürlükten kaldırılan 3030 sayılı Büyükşehir Belediyelerinin Yönetimi Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabulü Hakkında Yasanın

7. maddesinde; "Büyük şehir dahilindeki alt yapı hizmetleri ile kara ve deniz taşımacılığı hizmetlerinin bir koordinasyon içinde yürütülmesi amacıyla büyük şehir belediye başkanının başkanlığında yönetmelik ile tespit edilecek kamu kurum ve kuruluşları temsilcilerinin katılacağı bir "Alt Yapı Koordinasyon Merkezi" ile bir "Ulaşım Koordinasyon Merkezi" kurulur. İlçe belediye başkanları kendi görev sahalarını ilgilendiren konuların görüşülmesinde koordinasyon merkezlerine üye sıfatıyla katılırlar." maddenin devamında da "Koordinasyon merkezlerinin çalışma esas ve usulleri ile fonlarda yapılacak harcamalara ilişkin esaslar ilgili bakanlıkların da görüşü alınarak İçişleri ve Maliye ve Gümrük Bakanlıklarınca müştereken hazırlanacak yönetmelikle tespit edilir." hükmüne yer verilmiştir.

Bu madde uyarınca çıkarılan Büyükşehir Belediyeleri Koordinasyon Merkezleri ve Fon yönetmeliği 15.4.1985 gün ve 18726 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe girmiş ve yukarıda belirtilen Büyükşehir Belediyeleri Koordinasyon Merkezleri Yönetmeliğinin 30. maddesi ile 15.6.2006 gününde yürürlükten kaldırılmıştır.

Temyize konu İdare Mahkemesi kararı ile; davacının toplu taşımacılık faaliyeti için izin verilmesi talebinin reddine ilişkin Mersin Büyükşehir Belediyesi Ulaşım Koordinasyon Merkezi kararı, işlem tarihi itibarıyla yürürlükte olan 5216 sayılı Yasa uyarınca, ulaşım koordinasyon merkezlerinin nasıl oluşacağı, çalışma usul ve esaslarının ne şekilde gerçekleşeceği hususunda bir düzenleme bulunmadığı ve 3030 sayılı Yasa uyarınca çıkarılan yönetmelik hükümlerinin somut olaya uygulanamayacağı gerekçesiyle hukuki bir temelde oluşturulmayan Ulaşım Koordinasyon Merkezi kararının iptaline karar verilmiştir.

Toplu ulaşım hizmetinin, kamu yararına, bir gereksinimi karşılayan kamu hizmeti niteliğinde bir faaliyet olduğu açık olup bu nedenle sürekli ve düzenli bir biçimde yürütülmesi esastır. Bu süreklilik kamu hizmetinin mutlak bir şekilde her an yürütülmesi anlamına gelmemektedir. Kamu hizmetinin yürütülmesi ile giderilecek olan gereksinimin kendini hissettirdiği anda kesintisiz olması esastır.

Ulaşım Koordinasyon Merkezi ilk olarak 5216 sayılı Yasa ile öngörülmüş değildir. 5216 sayılı Yasadan önce uygulaması bulunan bir koordinasyon merkezi olup büyükşehir belediyelerinin toplu taşıma hizmetinin ve trafiğin düzenlenmesinde karar merciidir. Ulaşım koordinasyon merkezlerinin bu özelliği ve ulaşım hizmetinin süreklilik arzeden bir gereksinimi karşılayan niteliği dikkate alındığında 5216 sayılı Yasada görevleri belirlenmiş olan bu karar merciinin, salt çalışma esas ve usullerini belirleyen idari bir düzenleme bulunmaması nedeniyle görev yapamayacak olması kamu hizmetlerinin sürekliliği (kesintisizliği) ve idari fonksiyonunun sürekli bir devlet fonksiyonu olması ilkeleriyle bağdaşmamaktadır. Diğer taraftan dayanağı olan 3030 sayılı Yasa yürürlükten kalksa da, işlem tarihi itibarıyla yürürlükte olan Büyükşehir Belediyeleri Koordinasyon Merkezleri ve Fon Yönetmeliğinin 5216 sayılı Yasaya aykırı olmayan hükümleri somut olaya uygulanabilecek iken ve yasal nitelikte bir düzenleme varken (5216 sayılı Yasa) idari nitelikte düzenleme yokluğundan idari fonksiyonunun yerine getirilmemesi, yukarıda anılan temel idare hukuku prensipleri karşısında hukuken kabul edilebilirlikten uzaktır.

Bu durumda, idari nitelikteki düzenleme yokluğundan dolayı Mersin Büyükşehir Belediyesi Ulaşım Koordinasyon Merkezi kararını iptal eden temyize konu İdare Mahkemesi kararında hukuka uyarlık görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle, Mersin 1. İdare Mahkemesi kararının bozulmasına, yeniden bir karar verilmek üzere dosyanın anılan Mahkemeye gönderilmesine 6.5.2009 gününde oybirliği ile karar verildi.

KÖY İŞLERİ

T.C. DANIŞTAY Sekizinci Daire

Esas No : 2007/7221

Karar No : 2009/2726

Özeti : 442 sayılı Köy Kanununda verilen yetkiye dayanarak 2872 sayılı Çevre Yasası uyarınca insan ve çevre sağlığının dikkate alınması suretiyle köy içinde bulunan evlerin yanında beslenecek hayvan sayısına sınırlama getirilmesinde hukuka aykırılık bulunmadığı hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunanlar : 1-..., 2- ...

Vekili : Av. ...

Karşı Taraf : Çimi Köyü Muhtarlığı

İstemın Özetı : Antalya İli, Akseki İlçesi Çimi Köyü Muhtarlığı sınırları içinde ticari amaçla hayvan besleyenlerin evlerinin yakınında en fazla 21 adet hayvan besleyebileceği, fazlasının ise köy ihtiyar heyetince köy dışında gösterilen uygun yerlerde bulundurulacağı yönünde alınan 08.08.2004 gün ve 381 sayılı Çimi Köyü İhtiyar Heyeti kararının iptali istemiyle açılan davada; 442 sayılı Köy Kanununda verilen görev ve yetkilere dayanılarak 2872 sayılı Çevre Yasası uyarınca insan sağlığı dikkate alınarak tesis edildiği anlaşılan işlemde hukuka aykırılık bulunmadığı gerekçesiyle davayı reddeden Antalya 2. İdare Mahkemesinin 06.07.2005 gün ve E:2004/1520, K:2005/1243 sayılı kararının; köy halkının geçimini hayvancılıkla sağladığı, köy dışında ağıl yapımının külfetli olduğu ve muhtarlığın köylülere yer göstermediği öne sürülerek, 2577 sayılı Yasanın 49. maddesi uyarınca temyizen incelenerek bozulması istemidir.

Savunmanın Özetı : Savunma verilmemiştir.

Danıştay Tetkık Hakimi Volkan ÇAKMAK'ın Düşüncesi : İstemın reddi gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı Ahmet Yahya ÖZDEMİR'in Düşüncesi : Ticari hayvan besleyen küçükbaş hayvan besicilerinden en fazla 21 küçükbaş hayvanı olanların, evlerinin yakınlarında, geri kalanlarının köy dışında gösterilecek yerde hayvanlarını beslemesi gerektiği yolundaki Çimi Köyü İhtiyar kurulunun 08.08.2004 tarih ve 381 sayılı kararının iptali istemiyle açılan davayı reddeden İdare Mahkemesi kararının temyizen incelenerek bozulması istenilmektedir.

3202 sayılı Köye Yönelik Hizmetler Hakkında kanunun 2. maddesinin (z) bendinde, yerleşme birimlerinde çevre sağlığı hizmet ve düzenlemelerini yapmak, özel idarace yerine getirilecek köye yönelik hizmetler arasında sayılmıştır.

442 sayılı Köy Kanunun 13. maddesinde, 37. bent halinde köyün mecburi işleri sayılmış, sayma yolu ile belirlenen mecburi işler arasında, direkt olarak çevrenin korunmasına yönelik yasaklayıcı karar almaya ilişkin hükümlere yer verilmemiştir.

4081 sayılı Çiftçi Mallarının Korunması Hakkında Kanunun 1. maddesinde, ekili, dikili ve kendiliğinden yetişen bütün bitkilerle, Orman Kanunu'nun kapsamına girmeyen ağaç ve ağaçlıklar, su arkları, set ve bentlerle, hendek, çit, duvar ve emsalı engeller ile tarla ve bahçe yolları bu Kanuna göre korunacak çiftçi malları arasında sayılmış, 3. maddesinde de bu Kanunda yazılı işlerden köye ilişkin olanların köy ihtiyar meclisince yerine getirileceği belirtilmiştir.

2872 sayılı Çevre Kanunu'nun 8. maddesinde, kirlenme ihtimallerinin bulunduğu durumlarda ilgililer kirlenmeyi önlemekle, kirlenmenin meydana geldiği yerlerde kirlenenin, kirlenmeyi durdurmak, kirlenmenin etkilerini gidermek veya azaltmak için gerekli tedbirleri almakla yükümlü oldukları öngörülmüş, Kanunun 9.maddesinde, Özel Çevre koruma bölgesi tespit ve ilanı konusunda Bakanlar Kurulu'na yetki verilmiş, 12.maddesinde bu Kanun hükümlerine uyulup uyulmadığını denetleme yetkisinin Bakanlığa ait olduğu, gerektiğinde, bu yetkinin Bakanlıkça İl özel İdarelerine, çevre denetim birimlerini kuran belediyelere, Denizcilik Müsteşarlığı'na, Sahil Güvenlik Komutanlığı'na, 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanuna göre belirlenen denetleme görevlilerine veya Bakanlıkça uygun görülen diğer kurum ve kuruluşlara devredilebileceği kuralları yer almış, 15.maddesi ile de, bu Kanunda yazılı yasaklara aykırı hareket eden veya kanunla belirtilen yükümlülükleri yerine getirmeyen kurum, kuruluş ve işletmelere Bakanlıkça ya da 12.maddenin 1.fıkrası uyarınca denetim yetkisinin devredildiği kurum ve mercilerce bir defaya mahsus süre verileceği, bu süre sonunda olumsuzlukları gidermeyen kurum kuruluş veya işletmelerin faaliyetlerinin yükümlülüğün çeşit ve niteliğine kısmen veya tamamen süreli veya süresiz durdurulacağı yaptırımları getirilmiş, 2872 sayılı Yasa'da çevresel etkiler nedeniyle yasaklama konusunda köy ihtiyar kuruluna doğrudan karar alma yetkisi verilmemiştir.

Diğer yandan, 1593 sayılı Umumi Hıfzısıhha Kanununun 1.maddesinde, memleketin sıhhi şartlarını ıslah ve milletin sıhhatine zarar veren bütün hastalıklar veya sair muzır amillerle mücadele etmek ve müstakbel neslin sıhhatli olarak yetişmesini temin ve halkı tıbbi ve içtimai muavenete mazhar eylemenin umumi Devlet hizmetlerinden olduğu belirtilmiş, 4.maddesinde, doğrudan doğruya şehir ve kasabalar, köyler hıfzısıhhasına veya tıbbi ve içtimai muavenete müteallik işlerin ifasının belediyelere ve idarei hususiyelere ve sair mahalli idarelerine tevdi edileceği öngörülmüş, 23.maddesinde İl ve İlçelerde oluşacak Umumi Hıfzısıhha Meclislerinin kimlerden teşekkül edeceği düzenlenmiş, 27.maddesinde de, Umumi Hıfzısıhha Meclislerinin mahallin sıhhi ahvalini dikkate alarak şehir ve kasaba ve köyler sıhhi vaziyetinin ıslahına ve mevcut mahzurların izalesine yarayan tedbirleri alacakları kuralına yer verilmiştir.

Değinen Yasa kurallarına göre, köy içinde beslenen küçükbaş hayvanlar nedeniyle oluşan kötü çevresel etkilerin giderilmesine yönelik önlemlerin mülki amirlerce alınabileceği, bu hayvanların köy içinde çevreye yaptıkları olumsuz etkiler nedeniyle insan sağlığına yönelik hastalık tehditlerinin giderilmesine ilişkin önlemlerin alınması konusunun İlçe Hıfzısıhha Meclislerinin yetkisinde olduğu, köylerde çevre sağlığı ile ilgili alt yapı tesislerinin oluşturulması hususunda ise 3202 sayılı Kanun uyarınca özel idarenin yetkili kılındığı, köy ihtiyar kurullarının, 4081 sayılı Çiftçi Mallarının Korunması Hakkında Kanun uyarınca köydeki hayvanların ekili alanlara verecekleri zararın önlenmesi konusunda yetkili kılınmasına karşın, insan ve çevre sağlığı nedenleriyle köy içindeki belli bir sayının üzerindeki küçükbaş hayvanın köy dışına çıkartılmasına (köy içinde beslenmesinin yasaklanmasına) yönelik direkt yetkilerinin bulunmadığı sonucuna ulaşılmaktadır.

Dosyanın incelenmesinden, mayıs-kasım ayları arası yaz döneminde davalı Çimi Köyüne dışarıdan gelen kişilerin sağlığını korumak, haşare ve parazitlerin olumsuz etkilerini yok etmek amacı ile yetiştiricilerin at ve sığırlarının köyde kalmasına, bunların başı bağlı olarak gezdirilmesine, 21 davara kadar olan küçükbaş hayvanın evlerin yakınında bırakılmasına, bunun dışındaki küçükbaş hayvanın köy dışına çıkartılmasına ilişkin olarak köy ihtiyar kurulunca davaya konu kararın alındığı ve bu kararın Kaymakamca onandığı anlaşılmaktadır.

Köy içinde bulunan ve 21 adedi aşan küçükbaş hayvan topluluklarının, mayıs-kasım ayları arası köyü ziyaret edenlerin sağlığını korumak amacı ile köy dışına çıkartılmasına yönelik olarak alınan kararda; insan ve çevre sağlığı sebep olarak belirtildiğine ve bu sebebe dayalı olarak yasaklama kararı almaya sözü edilen merciler yetkili kılındığına göre, işlemde yetki yönünden hukuka uyarlık görülmemektedir.

Belirtilen nedenle, davanın reddine ilişkin İdare Mahkemesi kararının bozulmasının uygun olacağı düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Sekizinci Dairesince işin gereği görüldü:

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 22.04.2009 gününde oybirliği ile karar verildi.

MADEN İŞLERİ

T.C. DANIŞTAY Sekizinci Daire

Esas No : 2009/2480

Karar No : 2009/5660

Özeti : Maden Kanununun, 5177 sayılı Yasa ile değişik 7. maddesinin yürürlüğe girdiği 5.6.2004 tarihinden önce madencilik faaliyet izni ve işletme izni olan işyerinin gayri sıhhi müessese ruhsatı almasının zorunlu olduğu hakkında.

Temyiz isteminde Bulunan : Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı

Karşı Taraf : ... İnşaat Sanayi ve Ticaret A.Ş.

Vekili : Av. ...

İstemin Özeti : İstanbul İli, Küçükçekmece İlçesi, Kayabaşı Köyü sınırları dahilinde ..., ... sayılı maden işletme sahasında gayrisihhi müessese ruhsatı almaksızın madencilik faaliyetinde bulunan davacı şirketin ruhsat teminatının irat kaydedilmesi ve üretim faaliyetinin ruhsat alıncaya kadar durdurulmasına ilişkin Maden İşleri Genel Müdürlüğünün 13.11.2006 gün ve 209242 sayılı işleminin iptali istemiyle açılan davada; maden üretim faaliyetinde bulunabilmek için gayrisihhi müessese ruhsatı alma zorunluluğunun 3213 sayılı Maden Yasasının 5.6.2004 tarihinde yürürlüğe giren 5177 sayılı Yasa ile değişik 7. maddesiyle getirildiği, madde hükmü uyarınca yürürlüğe giren Madencilik Faaliyetleri İzin Yönetmeliğinin 18. maddesi uyarınca, 5.6.2004 tarihinde yürürlüğe giren 5177 sayılı Yasadan önce maden üretim faaliyetinde bulunmak için izin alan işletmeler için gayrisihhi müessese ruhsatı alma zorunluluğunun bulunmadığı davacının da bu tarihten önce maden işletme izni almış olması karşısında tesis edilen dava konusu işlemde hukuka uyarlık bulunmadığı gerekçesiyle işlemi iptal eden İstanbul 2. İdare Mahkemesinin 11.11.2008 gün ve E:2007/235, K:2008/1965 sayılı kararının; 5.6.2004 tarihinde yürürlüğe giren 5177 sayılı Yasadan önce de maden işletme sahasında gayrisihhi müessese ruhsatı alınmaksızın madencilik faaliyetinde bulunulamayacağı, Yönetmeliğin 18. maddesinde alınmış izinler için kazanılmış hakkın olduğunun düzenlendiğini, oysa dava konusu işletmenin gayrisihhi müessese ruhsatını hiç almadığı öne sürülerek, 2577 sayılı Yasanın 49. maddesi uyarınca temyizen incelenerek bozulması istemidir.

Savunmanın Özeti : İstemin reddinin gerektiği savunulmaktadır.

Danıştay Tetkik Hakimi Mevlüt BEDEL'in Düşüncesi : İstemin kabulü ile Mahkeme kararının bozulması 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 görüldü :

Uyumsuzluk, İstanbul İli, Küçükçekmece İlçesi, Kayabaşı Köyü sınırları dahilinde ..., ... sayılı maden işletme sahasında gayrisihhi müessese ruhsatı almaksızın madencilik faaliyetinde bulunan davacı şirketin ruhsat teminatının irat kaydedilmesi ve üretim faaliyetinin ruhsat alıncaya kadar durdurulmasına ilişkin Maden İşleri Genel Müdürlüğünün 13.11.2006 gün ve 209242 sayılı işleminden kaynaklanmaktadır.

3213 sayılı Maden Kanunun, 26.5.2004 tarih ve 5177 sayılı Yasanın (3.) maddesiyle değişik 7. maddesinde; orman, muhafaza ormanı, ağaçlandırma alanları, kara avcılığı alanları, özel koruma bölgeleri, milli parklar, tabiat parkları, tabiat anıtı, tabiatı koruma alanı, tarım, mera, sit alanları, su havzaları, kıyı alanları ve sahil şeritleri, karasuları, turizm bölgeleri, alanları ve merkezleri ile kültür ve turizm koruma ve gelişim bölgeleri, askerî yasak bölgeler ve imar alanları ile mücavir alanlarda madencilik faaliyetlerinin çevresel etki değerlendirmesi, gayri sihhî müesseseler ile ilgili hususlar dahil hangi esaslara göre yürütüleceğinin ilgili bakanlıkların görüşü alınarak Bakanlar Kurulu tarafından çıkarılacak bir yönetmelikle belirleneceği, imar alanları içinde kalan madencilik faaliyetlerinin, ilgili yerel merciden izin alınarak yapılacağı, ruhsat alındıktan sonra imar alanları içine alınan maden sahalarına bu hükmün uygulanmayacağı kurala bağlanmıştır.

21.6.2005 gün ve 25852 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren Madencilik Faaliyetleri İzin Yönetmeliğinin "Müktesep haklar" başlıklı 18. maddesinde; Kanunun 7 nci maddesinde ve bu Yönetmelikte belirtilen yerlerde yapılan madencilik faaliyetleri ile bu faaliyetlere bağlı tesisler için verilmiş olan izinler, müktesep hak olarak ruhsat hukuku devam ettiği sürece geçerlidir. Alınan izinler, ruhsatın temdit edilmesi halinde uzatılır. İşletme ruhsatı sınırları dahilinde işletme izni alınan diğer alanlar için de izin verilir. 05/06/2004 tarihinden önce verilmiş işletme ruhsatı ve bu ruhsat alanlarındaki faaliyetlere bağlı tesisler için verilmiş olan izinler, bu Yönetmelik gereği alınması gereken izinlerin yerine geçer. " kuralına yer verilmiştir.

Dosyanın incelenmesinden, İstanbul İli, Küçükçekmece İlçesi, Kayabaşı Köyü sınırları dahilinde bulunan ..., ... sayılı maden(kalker) işletme sahası için davacı şirket adına 11.9.1987 tarihinde on beş yıl süreli işletme ruhsatı verilmiş, 11.9.2002 tarihinde on yılığine temdit istemi kabul edilerek işletme ruhsatı süresi 2012 yılına kadar uzatılmıştır. İşletme faaliyeti nedeniyle deprem etkisi yapan sarsıntılar meydana gelmek suretiyle işyerinin çevreye zarar verdiğine ilişkin yapılan şikayet üzerine yapılan denetim sonucunda, işletmenin gayrisihhi müessese ruhsatı almaksızın madencilik faaliyetinde bulunduğundan bahisle ruhsat teminatının irat kaydedilmesine ve üretim faaliyetinin ruhsat alıncaya kadar durdurulmasına karar verildiği anlaşılmaktadır.

Yukarıda yer alan Yasa hükmü uyarınca imar alanları içinde kalan madencilik faaliyetlerinin, ilgili yerel merciden izin alınarak yapılacağı açıktır. Bu madde kapsamında kazanılmış hakları düzenleyen Yönetmeliğin 18. maddesinde ise; 5177 sayılı Yasanın yürürlüğe girdiği tarihten önce verilmiş olan izinlerin, müktesep hak olarak ruhsat hukuku

devam ettiği sürece geçerli olacağı düzenlenmiştir. Her halükarda gayri sıhhi müesseseler için ayrıca işletme ruhsatı alınması zorunludur.

Olayda, davacı şirketin gayrisihhi müessese ruhsatı almaksızın madencilik faaliyetinde bulunduğu sabittir.

Her ne kadar, Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığınca 11.9.1987 tarihinde maden işletme ruhsatı verilmiş ise de, maden ocağı işletme faaliyetinin gayri sıhhi müesseseler kapsamında bulunması nedeniyle, gayri sıhhi müessese işletme ruhsatı alınmasının zorunlu olduğu, verilen maden işletme ruhsatının, bu faaliyetle ilgili olarak ayrıca belediyeden gayri sıhhi müessese işletme ruhsatı alma zorunluluğunu kaldırmayacağından, belediyeden ruhsat alınmaksızın faaliyette bulunan işletme hakkında tesis edilen dava konusu işlemde hukuka aykırılık bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle, İstanbul 2. İdare Mahkemesi kararının bozulmasına, yeniden karar verilmek üzere dosyanın anılan Mahkemeye gönderilmesine 12.10.2009 gününde oybirliği ile karar verildi.

OKUL İŞLERİ

T.C. DANIŞTAY Sekizinci Daire

Esas No : 2008/4076

Karar No : 2009/3166

Özeti : Milli Eğitim Bakanlığı Özel Öğretim Kurumları Yönetmeliğinin özel eğitim okulunu tanımlayan 4. maddesinin (p) bendinde yer alan "ayrıca bireysel-grup destek eğitimi ve rehabilitasyon hizmetlerinin verildiği özel eğitim kurumu" ibaresinde, engellilere ilişkin yasal düzenlemelerde özel eğitim kurumlarında bireysel-grup destek eğitimi ve rehabilitasyon hizmeti verilmesini engelleyen hüküm olmadığından hukuka aykırılık bulunmadığı ve idari işlem tesis edilmesine yönelik yargı kararı verilemeyeceği hakkında.

Davacı : Türk Özel Eğitim ve Rehabilitasyon Kurumları Derneği
(ÖZERK-DER)

Davalı : Milli Eğitim Bakanlığı

Davanın Özeti : 08.03.2008 gün ve 26810 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren Milli Eğitim Bakanlığı Özel Öğretim Kurumları Yönetmeliğinin; özel eğitim okulunu tanımlayan 4. maddesinin (p) bendinde yer alan "ayrıca bireysel-grup destek eğitimi veya rehabilitasyon hizmetlerinin verildiği özel eğitim kurumunu" ibaresinin üst hukuk normlarına aykırı olduğu ve haksız uygulamalara yol açtığı ileri sürülerek iptali, 4. maddesinin (r) bendinin sonuna "ayrıca bireysel-grup destek eğitimi veya rehabilitasyon hizmetlerinin verildiği özel eğitim kurumunu" ifadesinin eklenmesi ve 5. maddesinin iptal edilerek yeniden düzenlenmesi istemidir.

Savunmanın Özeti : Usul Hukukuna ilişkin olarak; davacının idari işlem tesis edilmesi şeklinde istemde bulunduğundan bu taleplerinin usul yönünden reddi gerekeceği, esasa ilişkin olarak, engelli vatandaşların dava konusu düzenleme sayesinde özel eğitim

okullarında rehabilitasyon merkezlerinden farklı olarak hem rehabilite edilecekleri hem de diploma alabilecekleri ve bu düzenlemenin özel eğitim ve rehabilitasyon merkezlerinin Bakanlıktan alacağı ödeneye engel teşkil etmediği belirtilerek davanın reddi gerektiği savunulmaktadır.

Danıştay Tetkik Hakimi Volkan ÇAKMAK'ın Düşüncesi :Anayasanın 124. maddesi uyarınca yasa ve tüzüklerin uygulanmasını sağlamak üzere çıkarılan yönetmeliklerin, içerik açısından yasa veya tüzüğün çizdiği çerçeve içinde kalmak kaydıyla uygulamayı somuta getirmek adına daha detaylı düzenlemelere yer vermesi tabi olup 5580 sayılı Özel Öğretim Kurumları Yasası ve 5378 sayılı Özürlüler ve Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Yasada ve engellilere ilişkin diğer yasal düzenlemelerde; özel eğitim okullarında engellilerin sosyal hayata ve iş yaşamına daha etkin katılmasını sağlayacak olan bireysel-grup destek eğitimi veya rehabilitasyon hizmetinin verilemeyeceği yönünde kısıtlayıcı bir düzenleme bulunmadığından, engellilerin örgün eğitim veren ve Özel Öğretim Kurumlarına Ait Standartlar Yönergesi uyarınca bireysel-grup destek eğitimi ve rehabilitasyon hizmeti için gerekli şartları sağlamış olan özel eğitim okullarında diploma imkanına da sahip olacak şekilde rehabilite edilmelerini sağlayacağı anlaşılan Milli Eğitim Bakanlığı Özel Öğretim Kurumları Yönetmeliğinin 4. maddesinin (p) bendinde yer alan "ayrıca bireysel-grup destek eğitimi veya rehabilitasyon hizmetlerinin verildiği özel eğitim kurumunu" ibaresinde hukuka aykırılık bulunmadığı davanın anılan ibarenin istemi yönünden reddi gerektiği, aynı Yönetmeliğin 4. maddesinin (r) bendinin sonuna "ayrıca bireysel-grup destek eğitimi veya rehabilitasyon hizmetlerinin verildiği özel eğitim kurumunu" ifadesinin eklenmesi ve 5. maddesinin iptal edilerek yeniden düzenlenmesi istemi yönünden; 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Yasasının 2. maddesi uyarınca idari işlem tesis edilmesine yönelik yargı kararı verilemeyeceğinden davanın incelenmeksizin reddi gerekeceği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı Ahmet Yahya ÖZDEMİR'in Düşüncesi : Dava, 08.03.2008 tarih ve 26810 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren Özel Öğretim Kurumları Yönetmeliğinin 4.maddesinin (p) bendinin sonunda yer alan "ayrıca bireysel grup destek eğitimi veya rehabilitasyon hizmetlerinin verildiği özel öğretim kurumunu" ibaresi ile "bireysel-grup destek eğitimi veya rehabilitasyon hizmetlerinin verildiği özel öğretim kurumu" ibaresinin eksik kapsamı ifade ettiği ileri sürülerek 4. maddenin (r) bendinin ve özel eğitim alanında faaliyet gösteren farklı fonksiyonlara sahip kurumları mevzuatlarına göre yeniden tanımlanmadığı , bu suretle eksik düzenlendiği iddiaları ile de 5.maddenin iptali istemiyle açılmıştır.

Anayasanın 124.maddesinde, Başbakanlık, bakanlıklar ve kamu tüzel kişilerinin, kendi görev alanlarını ilgilendiren kanunlar ve tüzüklerin uygulanmasını sağlamak üzere ve bunlara aykırı olmamak koşuluyla yönetmelik çıkarabileceği öngörülmüştür.

5580 sayılı Özel Öğretim Kurumları Kanununun "Amaç ve Kapsam" başlıklı 1.maddesinde Bu Kanunun amacının,Türkiye Cumhuriyeti uyruklu, gerçek kişiler, özel hukuk tüzel kişileri veya özel hukuk hükümlerine göre yönetilen tüzel kişiler tarafından açılacak özel öğretim kurumlarına kurum açma izni verilmesi, kurumun nakli, devri, personel çalıştırılması,kurumlara yapılacak mali destek ve bu kurumların eğitim-öğretim, yönetim denetim ve gözetimi ile yabancılar tarafından açılmış bulunan özel öğretim kurumlarının; eğitim-öğretim, yönetim,denetim, gözetim ve personel çalıştırılmasına ilişkin usul ve esaslarını düzenlemek olduğu belirtilmiştir.

Aynı Kanunun Tanımlar başlıklı 2.maddesinin (h) bendinde özel eğitim okulu, özel eğitim gerektiren bireylere hizmet veren, özel olarak yetiştirilmiş personelin bulunduğu, geliştirilmiş eğitim programlarının uygulandığı özel öğretim kurumunu (k) bendinde, özel eğitim ve rehabilitasyon merkezi; özel eğitim gerektiren bireylerin konuşma ve dil gelişim güçlüğü, söz bozuklukları, zihinsel fiziksel,duygusal, sosyal, duygusal veya davranış problemlerini ortadan kaldırmak ya da etkilerini en az seviyeye indirmek, yeteneklerini

yeniden en üst seviyeye çıkarmak, temel öz bakım becerilerini ve bağımsız yaşam becerilerini geliştirmek ve topluma uyumlarını sağlamak amacıyla faaliyet gösteren özel öğretim kurumlarını ifade edeceği belirtilmiştir.

Diğer yandan, 5378 sayılı Özürlüler ve Bazı Kanun ve kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanunun "Mesleki rehabilitasyon" başlıklı 13.maddesinde "Özürlülerin yeteneklerine göre mesleğini seçme ve bu alanda eğitim alma hakkı kısıtlanamaz.

Özürlülerin yetenekleri doğrultusunda yapabilecekleri bir işte eğitilmesi, meslek kazandırılması, verimli kılınarak ekonomik ve sosyal refahının sağlanması amacıyla mesleki rehabilitasyon hizmetlerinden yararlanmasının sağlanması esastır.

Gerçek veya tüzel kişilerce açılacak olan özel mesleki rehabilitasyon merkezleri, yetenek geliştirme merkezleri ve korumalı işyerlerinin değişik tipleri ile özel işyerlerinde bireylerin bireysel gelişimleri ve yeteneklerine uygun iş veya becerilerini geliştirici tedbirler alınır. Bu alandaki hizmetler ihtiyaçlara göre iş ve analizi yapılarak hizmet satın alınması suretiyle temin edilebilir. Buna ilişkin usul ve esaslar, Milli Eğitim Bakanlığı, Çalışma ve sosyal Güvenlik Bakanlığı ve Özürlüler İdaresi Başkanlığınca müştereken çıkarılacak yönetmelikle belirlenir.

Sosyal ve mesleki rehabilitasyon hizmetleri belediyeler tarafından da verilir. Belediyeler bu hizmetlerin sunumu sırasında gerekli gördüğü hallerde,halk eğitim ve ıraklık eğitim merkezleri ile işbirliği yapar.Özürlünün rehabilitasyon talebinin karşılanamaması halinde özürlü,hizmeti en yakın merkezden alır ve ilgili belediye her yıl bütçe talimatında belirlenen miktarı hizmetin satın alındığı merkeze öder." hükmü getirilmiş,Kanunun "Eğitim ve öğretim" başlıklı 15.maddesinde hiçbir gerekçeyle özürlülerin eğitim alması engellenemez.Özürlü çocuklara, gençlere ve yetişkinlere, özel durumları ve farklılıkları dikkate alınarak, bütünleştirilmiş ortamlarda ve özürlü olmayanlarla eşit eğitim imkanı sağlanır.

Özürlü üniversite öğrencilerinin öğrenim hayatlarını kolaylaştırabilmek için Yükseköğretim Kurulu bünyesinde araç-gereç temini, özel ders materyallerinin hazırlanması, özürlülere uygun eğitim, araştırma ve barındırma ortamlarının hazırlanmasının temini gibi konularda çalışma yapmak üzere Özürlüler Danışma ve Koordinasyon merkezi kurulur.

Özürlüler danışma ve Koordinasyon Merkezinin çalışma usul ve esasları, Sağlık Bakanlığı, milli Eğitim Bakanlığı ve Yükseköğretim kurumu ile Özürlüler İdaresi Başkanlığınca müştereken hazırlanan yönetmelikle belirlenir.

İşitme özürlülerin eğitim ve iletişimlerinin sağlanması amacıyla Türk Dil Kurumu Başkanlığı tarafından Türk işaret dili sistemi oluşturulur. Bu sistemin oluşturulmasına ve uygulanmasına yönelik çalışmaların esas ve usulleri Türk Dil Kurumu Başkanlığı koordinatörlüğünde, Milli Eğitim Bakanlığı, Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu Genel Müdürlüğü ve Özürlüler İdaresi Başkanlığınca müştereken çıkarılacak yönetmelikle belirlenir.

Özürlülerin, her türlü eğitim ve kültürel ihtiyaçlarını karşılamak üzere kabartma, sesli, elektronik kitap; alt yazılı film ve benzeri materyal üretilmesini teminen gerekli işlemler, Milli Eğitim Bakanlığı ve Kültür ve Turizm Bakanlığınca müştereken yürütölür" kurallarına yer verilmiş aynı Kanunun "Eğitsel değerlendirme" başlıklı 16. maddesinde de "özürlülerin eğitsel değerlendirme ve tanılması il milli eğitim müdürlükleri rehberlik araştırma merkezlerinde uzman kişilerden oluşan ve özürlü ailesinin yer aldığı özel eğitim değerlendirme kurulu tarafından yapılır ve eğitim planlaması geliştirilir. Bu planlama her yıl yeniden değerlendirilerek gelişmeler doğrultusunda gözden geçirilir.

Çıraklık eğitimi almak isteyen özürlülerin ilgi, istek yetenek ve becerileri doğrultusunda ve sağlık kurulu raporunu da dikkate almak suretiyle hangi meslek dalında eğitim alacaklarına kurul karar verir.

Kurulun teşkili ve çalışma usul ve esasları Milli Eğitim Bakanlığı ile Özürlüler İdaresi Başkanlığınca müşterek çıkarılacak yönetmelikle belirlenir" kuralları getirilmiştir.

Uyuşmazlık konusu Yönetmelik'in 1.maddesinde bu Yönetmelik'in amacının her derece ve türdeki özel öğretim kurumlarının açılış ve işleyişiyle ilgili usul ve esasları düzenlemek olduğu belirtildikten sonra, kapsam başlıklı 2.maddesinde bu Yönetmeliğin'in T.C. uyruklu gerçek kişiler, özel hukuk tüzel kişileri veya özel hukuk hükümlerine göre yönetilen tüzel kişilerce açılan özel öğretim kurumları ile yabancılar tarafından açılmış bulunan özel öğretim kurumlarını kapsayacağı öngörülmüştür.

Yönetmeliğin dava konusu edilen 4. maddesinin (p) bendinde, özel eğitim okulları, özel eğitim gerektiren bireylere hizmet veren özel olarak yetiştirilmiş personelin bulunduğu, okulun özelliğine göre hazırlanmış örgün eğitim programlarının uygulanmadığı, ayrıca bireysel grup destek eğitimi veya rehabilitasyon hizmetlerinin verildiği özel öğretim kurumunu (r) bendinde, özel eğitim ve rehabilitasyon merkezi; özel eğitim gerektiren bireylerin konuşma ve dil gelişim güçlüğü, ses bozuklukları, zihinsel, fiziksel, duygusal, sosyal, duygusal veya davranış problemlerini ortadan kaldırmak ya da etkilerini en az seviyeye indirmek, yeteneklerini yeniden en üst seviyeye çıkarmak, temel öz bakım becerileri ile bağımsız yaşam becerilerini geliştirmek ve topluma uyumlarını sağlamak amacıyla faaliyet gösteren özel öğretim kurumlarını ifade edeceği belirtilmiştir.

Anılan Yönetmeliğin "Kurum açma" başlıklı 5. maddesinde okullara Bakanlıkça, okullar dışındaki kurumlara valiliklerce kurum açma izni verileceği, maddenin diğer bentlerinde de, istenilecek belgeler, taahhütname, uygun görüş yazısı, yabancı uyruklu gerçek tüzel kişiler veya Türk vatandaşlarıyla ortaklık yolu ile açılarak Milletlerarası özel öğretim kurumları için 4875 sayılı Kanunu çerçevesinde Bakanlar kurulu izninin temin edilmesi ve kurum açma izni için izlenecek yol ve başvurulacak merciler düzenlenmiştir.

5580 ve 5378 sayılı Yasaların yukarıda yer verilen kuralları ile, uyuşmazlık konusu yönetmelik hükümleri birlikte incelendiğinde; özürlülere eğitim veren özel öğretim kurumlarının da yer aldığı tüm özel öğretim kurumlarının bağlı oldukları özel mevzuatı ile ilgili kurallar gözetilerek, bu kuralların uygulanmasına engel olmayacak biçimde Özel Öğretim Kanununun uygulanmasına ilişkin çerçeveyi belirleyen düzenleme yapıldığı, özürlülerin eğitimi ve rehabilitasyonu ile ilgili özel mevzuatta belirlenen hususların ayrıca uygulanması bakımından dava konusu yönetmeliğin kısıtlayıcı hükümler getirmediği sonucuna ulaşılmaktadır.

Bu itibarla, dava konusu yönetmelik kurallarında üst hukuk normlarına aykırılık bulunmamaktadır.

Belirtilen nedenlerle, dayanağı olmayan davanın reddinin uygun olacağı düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Sekizinci Dairesince işin gereği görüldü:

Uyuşmazlık; 08.03.2008 gün ve 26810 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren Milli Eğitim Bakanlığı Özel Öğretim Kurumları Yönetmeliğinin; 4. maddesinin (p) bendinde yer alan "ayrıca bireysel-grup destek eğitimi veya rehabilitasyon hizmetlerinin verildiği özel eğitim kurumunu" ifadesinin iptali, 4. maddesinin (r) bendinin sonuna "ayrıca bireysel-grup destek eğitimi veya rehabilitasyon hizmetlerinin verildiği özel eğitim kurumunu" ifadesinin eklenmesi ve 5. maddesinin iptal edilerek yeniden düzenlenmesi isteminden doğmuştur.

Dava konusu edilen Milli Eğitim Bakanlığı Özel Öğretim Kurumları Yönetmeliğinin tanımlar başlıklı 4. maddesinin (p) bendinde, özel eğitim okulu; özel eğitim gerektiren bireylere hizmet veren özel olarak yetiştirilmiş personelin bulunduğu, okulun özelliğine göre hazırlanmış örgün eğitim programlarının uygulandığı, ayrıca bireysel-grup destek eğitimi veya rehabilitasyon hizmetlerinin verildiği özel öğretim kurumu olarak tanımlanmış, aynı

maddenin (r) bendinde ise, özel eğitim ve rehabilitasyon merkezinin; özel eğitim gerektiren bireylerin konuşma ve dil gelişim güçlüğü, ses bozuklukları, zihinsel, fiziksel, duyuşsal, sosyal, duyuşsal veya davranış problemlerini ortadan kaldırmak ya da etkilerini en az seviyeye indirmek, yeteneklerini yeniden en üst seviyeye çıkarmak, temel öz bakım becerileri ile bağımsız yaşam becerilerini geliştirmek ve topluma uyumlarını sağlamak amacıyla faaliyet gösteren özel öğretim kurumu olduğu belirtilmiş olup 5. maddede de özel öğretim kurumu açılmasıyla ilgili olarak, yetkili makamlar ve gerekli belgelere ilişkin düzenlemelere yer verilmiştir.

Anayasanın 124.maddesinde, Başbakanlık, bakanlıklar ve kamu tüzel kişilerinin, kendi görev alanlarını ilgilendiren kanunlar ve tüzüklerin uygulanmasını sağlamak üzere ve bunlara aykırı olmamak koşuluyla yönetmelik çıkarabileceği öngörülmüştür.

Yukarıda anılan Anayasal düzenleme uyarınca, yasa ve tüzüklerin uygulanmasını sağlamak üzere çıkarılan yönetmeliklerin, içerik açısından yasa veya tüzüğün çizdiği çerçeve içinde kalmak kaydıyla uygulamayı somutlaştırmak amacıyla daha detaylı düzenlemelere yer vermesi tabiidir.

Dava konusu Yönetmeliğe dayanak olan 5580 sayılı Özel Öğretim Kurumları Yasasının amaç ve kapsam başlıklı 1. maddesinde; "Bu Kanunun amacı, Türkiye Cumhuriyeti uyruklu gerçek kişiler, özel hukuk tüzel kişileri veya özel hukuk hükümlerine göre yönetilen tüzel kişiler tarafından açılacak özel öğretim kurumlarına kurum açma izni verilmesi, kurumun nakli, devri, personel çalıştırılması, kurumlara yapılacak mali destek ve bu kurumların eğitim-öğretim, yönetim, denetim ve gözetimi ile yabancılar tarafından açılmış bulunan özel öğretim kurumlarının; eğitim-öğretim, yönetim, denetim, gözetim ve personel çalıştırılmasına ilişkin usul ve esasları düzenlemektir." hükmüne yer verilmiştir.

Aynı Yasanın tanımlar başlıklı 2. maddesinde özel eğitim okulu; özel eğitim gerektiren bireylere hizmet veren, özel olarak yetiştirilmiş personelin bulunduğu, geliştirilmiş eğitim programlarının uygulandığı özel öğretim kurumu olarak, özel eğitim ve rehabilitasyon merkezi ise; özel eğitim gerektiren bireylerin konuşma ve dil gelişim güçlüğü, ses bozuklukları, zihinsel, fiziksel, duyuşsal, sosyal, duyuşsal veya davranış problemlerini ortadan kaldırmak ya da etkilerini en az seviyeye indirmek, yeteneklerini yeniden en üst seviyeye çıkarmak, temel öz bakım becerilerini ve bağımsız yaşam becerilerini geliştirmek ve topluma uyumlarını sağlamak amacıyla faaliyet gösteren özel öğretim kurumları olarak tanımlanmıştır.

Davacının iptalini istediği Millî Eğitim Bakanlığı Özel Öğretim Kurumları Yönetmeliğinin tanımlar başlıklı 4. maddesinin (p) bendinde yer alan bireysel ve grup destek eğitiminin 5580 ve 5378 sayılı yasalarda tanımı olmamakla birlikte, 5378 sayılı Özürlüler ve Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Yasanın tanımlar başlıklı 3. maddesinde rehabilitasyon; doğuştan veya sonradan herhangi bir nedenle oluşan özürlü ortadan kaldırmak veya özürlülüğün etkilerini mümkün olan en az düzeye indirmek, özürlüye yeniden fiziksel, zihinsel, psikolojik, ruhsal, sosyal, meslekî ve ekonomik yararlılık alanlarında başarabileceği en üst düzeyde yetenekler kazandırarak; evinde, işinde ve sosyal yaşamında kendine ve topluma yeterli olabilmesi ve özürlünün toplum ile bütünleşmesi, ayrımcılığa karşı tüm tedbirlerin alınması amacıyla verilen koruyucu, tıbbî, meslekî, eğitsel, rekreasyonel ve psiko-sosyal hizmetler bütünü olarak tanımlanmıştır.

Yine 5378 sayılı Yasanın 13. maddesinde; özürlülerin yeteneklerine göre mesleğini seçme ve bu alanda eğitim alma hakkının kısıtlanamayacağı, özürlülerin yetenekleri doğrultusunda yapabilecekleri bir işte eğitilmesi, meslek kazandırılması, verimli kılınarak ekonomik ve sosyal refahının sağlanması amacıyla meslekî rehabilitasyon hizmetlerinden yararlanmasının sağlanmasının esas olduğu belirtilmiş ve 15. maddesinde; hiç bir gerekçeyle özürlülerin eğitim almasını engellenemeyeceği, özürlü çocuklara, gençlere ve yetişkinlere, özel durumları ve farklılıkları dikkate alınarak, bütünleştirilmiş ortamlarda ve özürlü olmayanlarla eşit eğitim imkânı sağlanacağı hüküm altına alınmıştır.

Dolayısıyla engelli kişiler için öngörülen rehabilitasyon hizmetinin, hatta bir bütün olarak engellilere yönelik verilen tüm eğitim-öğretim hizmetinin; salt tedaviye yönelik bir hizmet olmayıp, engelli bireyi, toplum yaşamına daha aktif bir şekilde katılımı noktasında, demokratik ve medeni bir toplum olmanın gereği olarak topluma kazandırmak, sosyal hayata ve iş yaşamına hazırlamak gibi işlevleri olan bir süreç olduğu açıktır. Bu noktada engelli kişilerin, özür gruplarına göre gerekli koşullara sahip örgün eğitim veren özel eğitim okullarına devam etmeleri ve belli bir eğitim (ilköğretim gibi) seviyesinde mezun olmaları; toplum yaşamına katılımları ile yeteneklerine göre iş bulmaları açısından lehlerine bir durum yaratacaktır. Ayrıca bu konuda Özel Öğretim Kurumlarına Ait Standartlar Yönergesinin 64/c bendinde; okul bünyesinde ayrıca Destek Eğitim Birimi ile Bireysel-Grup Eğitimi ve İyileştirme Biriminin oluşturulabilmesi için; 1-Destek eğitim birimi: Her bir program için bir bireysel eğitim odası (Bir kontenjan),2-Bireysel-grup eğitim ve iyileştirme (Rehabilitasyon) birimi: her bir program için bir bireysel eğitim odası, bir grup eğitim odası, (Bireysel eğitim odasına bir, grup eğitim odasına da özür grubuna göre kontenjan verilir)bulunur, hükmüne yer verilerek, ancak gerekli şartların sağlanması durumunda özel özel eğitim okullarında rehabilitasyon hizmetinin verilebileceği belirtilmektedir.

Öte yandan, özel özel eğitim okullarında bireysel-grup destek eğitimi veya rehabilitasyon hizmetinin verilemeyeceği veya anılan bu eğitim ve hizmetin yalnızca özel eğitim ve rehabilitasyon merkezlerinde verilebileceğine dair kısıtlayıcı bir yasal düzenleme bulunmamaktadır. Kaldı ki yukarıda belirtildiği üzere, bu eğitim ve hizmetin verilebilmesi amacıyla özel eğitim okullarında gerekli şartların bulunması yönünde Özel Öğretim Kurumlarına Ait Standartlar Yönergesinde hüküm de bulunmaktadır.

Diğer taraftan 3797 sayılı Milli Eğitim Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Yasanın Ek-3. maddesinde; 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 miktarı Milli Eğitim Bakanlığı bütçesine konulacak ödenekten karşılanır hükmü yer almaktadır. Davacı bu hüküm uyarınca Milli Eğitim Bakanlığı Özel Öğretim Kurumları Yönetmeliğinin 4. maddesinin (p) bendinde yer alan dava konusu ibare ile özel özel eğitim okullarına da ödemeler yapılacağını ve bunun haksız kazanç sağlayacağını ileri sürmekte ise de; özel eğitim okullarına yapılacak ödemenin de, hizmet verebilmek için gerekli şartları sağlamış özel eğitim okuluna devam etmesi uygun görülen engelli kişilere sunulan hizmetin karşılığı olacağı açıktır. Ayrıca 24.7.2008 gün ve 5793 sayılı Yasa ile 3797 sayılı Yasanın anılan Ek-3. maddesi; özürlü sağlık kurulu raporu düzenlemeye yetkili sağlık kurum veya kuruluşlarınca verilen sağlık kurulu raporuyla asgari % 20 özürlü olduğu tespit edilen ve özel eğitim değerlendirme kurulları tarafından da eğitsel değerlendirme ve tanımlamaları yapılarak 8/2/2007 tarihli ve 5580 sayılı Özel Öğretim Kurumları Kanunu kapsamında açılan özel eğitim okulları ile özel eğitim ve rehabilitasyon merkezlerinde verilen destek eğitimini almaları uygun görülen; görme, işitme, dil-konuşma, spastik, zihinsel, ortopedik veya ruhsal özürlü bireylerin; eğitim giderlerinin her yıl Maliye Bakanlığınca belirlenen tutarı, Millî Eğitim Bakanlığı bütçesine bu amaçla konulan ödenekten karşılanır, şeklinde değiştirilmiştir. Bu hüküm ile özel eğitim ve rehabilitasyon merkezlerinin yanında rehabilitasyon hizmeti sunabilmek için gerekli şartları taşıyan özel eğitim okullarına, verecekleri bireysel-grup destek eğitimi veya rehabilitasyon hizmetinin karşılığı olarak yapılacak ödeme yasal bir zemine oturtulmuştur.

Bu durumda; 5580 sayılı Yasanın çizdiği çerçeve içinde, yukarıda açıklandığı üzere üst hukuk normlarına da aykırılık teşkil etmeyecek şekilde ve engelli kişilerin örgün eğitim veren özel eğitim okullarında bireysel-grup destek eğitimi veya rehabilitasyon hizmetini de almasını sağlamaya yönelik olarak düzenlediği anlaşılan, Milli Eğitim Bakanlığı Özel Öğretim Kurumları Yönetmeliğinin 4. maddesinin (p) bendinde yer alan "ayrıca bireysel-grup destek

eğitimi veya rehabilitasyon hizmetlerinin verildiği özel eğitim kurumunu" ibaresinde hukuka aykırılık görülmemiştir.

Davacının Milli Eğitim Bakanlığı  zel  ğretim Kurumları Yönetmeliğinin 4. maddesinin (r) bendinin sonuna "ayrıca bireysel-grup destek eğitimi veya rehabilitasyon hizmetlerinin verildiği özel eğitim kurumunu" ifadesinin eklenmesi ve 5. maddesinin iptal edilerek yeniden düzenlenmesi istemine gelince;

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Yasasının 2. maddesinde idari dava türleri tanımlanmış ve idari yargı yetkisinin sınırları belirlenmiştir. Maddenin 2. fıkrasında; idari yargı yetkisinin, idari eylem ve işlemlerin hukuka uygunluğunun denetimi ile sınırlı olduğu, idari yargı makamlarının; yerindelik denetimi yapamayacağı, 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 veremeyeceği hüküm altına alınmıştır.

Alıntısı yapılan Yasa maddesi uyarınca davacının, idari işlem tesis edilmesine yönelik bir talep niteliğinde olan; Milli Eğitim Bakanlığı  zel  ğretim Kurumları Yönetmeliğinin 4. maddesinin (r) bendinin sonuna "ayrıca bireysel-grup destek eğitimi veya rehabilitasyon hizmetlerinin verildiği özel eğitim kurumunu" ifadesinin eklenmesi ve 5. maddesinin iptal edilerek yeniden düzenlenmesi istemlerinin incelenme olanağı bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle, üst hukuk normlarına uygun bir şekilde düzenlendiği anlaşılan Milli Eğitim Bakanlığı  zel  ğretim Kurumları Yönetmeliğinin 4. maddesinin (p) bendinde yer alan "ayrıca bireysel-grup destek eğitimi veya rehabilitasyon hizmetlerinin verildiği özel eğitim kurumunu" ibaresinin iptali istemi yönünden davanın reddine, aynı maddenin (r) bendinin sonuna "ayrıca bireysel-grup destek eğitimi veya rehabilitasyon hizmetlerinin verildiği özel eğitim kurumunu" ifadesinin eklenmesi ve 5. maddesinin iptal edilerek yeniden düzenlenmesi istemi yönünden davanın incelenmeksizin reddine, 107,20-TL yargılama giderinin davacı üzerinde bırakılmasına, artan 26,00-TL posta ücretinin istenilmesi halinde davacıya iadesine 14.5.2009 gününde oybirliği ile karar verildi.

ORMAN İşLERİ

T.C.
DANIşTAY
Sekizinci Daire
Esas No : 2007/7245
Karar No : 2009/2167

 zeti : Turistik tesislere ek olarak sportif tesis yapılmak üzere orman idaresi tarafından davacı şirkete tahsis edilen ormanlık alan için, tesislerin kullanıma açılmasından sonra, yasal düzenlemeler ve yapılan anlaşmalar gereği davacı şirketten gayrisafı hasıla bedeli istenilmesine ilişkin işlemde ve işlemin dayanağı olan Orman Genel Müdürlüğünün 284 nolu Tebliği'nin 31. maddesinde hukuka aykırılık bulunmadığı, hakkında.

Davacı : ... Turizm İşletmeleri A.ř.
Vekili : Av. ..., Av. ...
Davalı : Orman Genel Müdürlüğü
Vekili : Av. ...

Davanın Özeti : Muğla İli, Marmaris İlçesi, Hisarönü bölgesinde orman arazisi tahsis edilen davacı şirketten, toplam 45.684,46 YTL Gayri Safi Hasıla Bedeli istenilmesine ilişkin Marmaris Orman İşletme Müdürlüğü'nün 11.9.2007 gün ve 87-2822 sayılı işlemi ile işlemin dayanağı olan 6.10.1995 gün ve 590 sayılı olur'la yürürlüğe konulan 284 sayılı Tebliğ'in 31. maddesinin, hukuka aykırı olduğu öne sürülerek iptali istemidir.

Savunmanın Özeti : Dava konusu Tebliğde ve işlemde yasal düzenlemelere aykırılık bulunmadığı, davanın reddinin gerektiği savunulmaktadır.

Danıştay Tetkik Hakimi Özdal ÖZEREN'in Düşüncesi : Davanın reddinin gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı Radiye TİRYAKI'nın Düşüncesi : Dava, 6.10.1995 tarih ve 590 Nolu olurla yürürlüğe konulan 284 sayılı Tebliğin 31. maddesinin ve bu hüküm uyarınca, Muğla İli Marmaris İlçesi Hisarönü bölgesinde orman arazisi tahsis edilen davacı şirketten toplam 45.684,46 YTL gayrisafi hasıla bedeli istenilmesine ilişkin işlemin iptali istemiyle açılmıştır.

Davalı idarenin süre defi ve diğer usuli itirazları yerinde görülmemiştir.

Dosyanın incelenmesinden, Hisarönü Köyü dahilinde 12.000 m2 lik ormanlık sahada özel mülkleri ile birlikte değerlendirilmek üzere kamping tesisleri yapımı için Bakanlığın 26.2.1986 tarihli oluru ile ... ve ... adına 30 yıl süreli verilen izin yine Bakanlığın 13.6.1989 sayılı oluru ile davacı ... Turizm İşletmeleri A.Ş. adına devrolunduğu, şirketin 1.7.1998 tarihli dilekçesi ile spor tesisi yapmak üzere yaklaşık 15.000 m2 lik ormanlık alanın adına tahsisini istemesi üzerine, Bakanlık oluru ile 14681 m2 lik ormanlık alanda mevcut turistik tesise ek spor tesislerinin (tenis kortu v.s) mevcut turistik tesisin mütemmim cüzü olarak değerlendirilerek idarece bedel alınması kaydıyla söz konusu şirkete 18 ay süreli ön izin verildiği, daha sonra bu sürenin uzatılarak nihayetinde 49 yıl süreli kesin izin verildiği ve davacı şirketten 12000 m2 lik alana ilişkin Noter onaylı taahhüt senedi ile turistik tesise ek olarak izin verilen 14681 m2 lik alan için yine noter onaylı turizm kesin izin taahhüt senedi alındığı davalı idarece sportif tesislerin 2005 yılında kullanıma açıldığının saptanması üzerine ve turistik tesis bir bütün arz ettiğinden hasılat ek tesis için ayrılamıyacağından, davacıdan istenen 12.000 m2 lik alan üzerindeki turistik tesis ile 14681 m2lik spor tesisine ait 2006 yılı gayrisafi gelirini gösterir beyanname dikkate alınarak toplam 26681 m2 lik izinli alanın genel sahaya oranı ölçüsünde % 2 GSH bedeli hesaplaması yapılarak bu bedelin davacı şirketten istenmesi üzerine bakılmakta olan davanın açıldığı anlaşılmaktadır.

5.4.1995 tarih ve 22249 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren Orman Arazilerinin Tahsisi Hakkında Yönetmeliğin 52/3.maddesinde izin süresince yapılan yatırımın işletmeye geçtiği tarihten başlamak üzere tahsis olunan arazi üzerinde kurulan işletmelere ait gayri safi yıllık gelirin %2 sinin izin sahibinden tahsil edileceği hükmü yer almaktadır.

Bu hükme dayanılarak Bakanlığın 6.10.1995 tarih ve 590 sayılı oluruyla yürürlüğe konulan 284 sayılı tebliğde konuya ve uygulamaya açıklık getirilerek, tebliğin iptali talep edilen 31.maddesinde "işletmeye açılan turistik tesise verilen ormanlık sahanın genel sahaya oranı kadar gayri safi yıllık gelirden aynı oranda pay alınması "düzenlenmiştir.

Ayrıca, davacı şirket tarafından idareye verilen 26.6.1989 tarihli Noter onaylı taahhüt senedinin 2.maddesinin 2.paragrafında ve 14.12.2000 tarihli senedin 2.maddesinin (e) fıkrasında "tesisin işletmeye açılışını takip eden 2.takvim yılının başından itibaren izin süresince işletmeye ait gayrisafi yıllık gelirin %2 sinin tahsil edileceği belirtilmiştir.

Davacı şirket tarafından tebliğin ilgili Yönetmelik hükmüne aykırı olduğu, bu hükmün yanlış uygulanarak kendi mülkü üzerinden %2 bedel istenildiği, ayrıca turistik işletmeye ek sportif tesisinde herhangi bir konaklama tesisi olmadığından bu tesis içinde bedel alınmasının mümkün olmadığı öne sürülerek iptali talep edilmekte ise de, Yönetmelikte geçen "tahsis olunan arazi üzerinde kurulan işletmeleri" ifadesini, üzerinde kurulu yatak sayısı konaklama tesisi olarak sınırlamak mümkün değildir. Zira turistik tesis mütemmim

cüzleri ile birlikte bir anlam ifade ettiği gibi, ayrıca turistik tesis davacı tarafın şahsi mülkü ve izin verilen alanla birlikte bir bütünlük arz etmektedir.

Bu durumda, davacı şirket tarafından kurulan tesisin hasılatının tesisin kurulmasına izin verilen 120000 m2 lik ormanlık alan ve tesise ek olarak sportif tesis yapmak amacıyla izin verilen 14681 m2lik ormanlık alan için ayrılması mümkün bulunmadığından, davalı idarece yapılan işlemde mevzuata aykırılık bulunmadığı gibi dava konusu tebliğ hükmünde de yönetmeliğe aykırılık bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle hukuki dayanaktan yoksun olan davanın reddi gerekeceği düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Sekizinci Dairesince işin gereği görüşüldü:

Dava; Muğla İli, Marmaris İlçesi, Hisarönü bölgesinde orman arazisi tahsis edilen davacı şirketten, toplam 45.684,46 YTL Gayri Safi Hasıla Bedeli istenilmesine ilişkin Marmaris Orman İşletme Müdürlüğü'nün 11.9.2007 gün ve 87-2822 sayılı işlemi ile işlemin dayanağı olan 6.10.1995 gün ve 590 sayılı olurla yürürlüğe konulan 284 sayılı Tebliğ'in 31. maddesinin iptali istemiyle açılmıştır.

2709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 124 üncü maddesinde; "Başbakanlık, bakanlıklar ve kamu tüzelkişileri, kendi görev alanlarını ilgilendiren kanunların ve tüzüklerin uygulanmasını sağlamak üzere ve bunlara aykırı olmamak şartıyla, yönetmelikler çıkarabilirler." kuralı yer almaktadır.

8.9.1956 gün ve 9402 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 6831 sayılı Orman Yasasının 17. maddesinde; "Devlet ormanları içinde bu ormanların korunması, istihsal ve imarı ile alakalı olarak yapılacak her nevi bina ve tesisler müstesna olmak üzere; her çeşit bina ve ağıl inşası ve hayvanların barınmasına mahsus yerler yapılması ve tarla açılması, işlenmesi, ekilmesi ve orman içinde yerleşilmesi yasaktır. Devlet ormanlarının herhangi bir suretle yanmasından veya açıklıklarından faydalanılarak işgal, açma veya herhangi şekilde olursa olsun kesme, sökme, budama veya boğma yollarıyla elde edilecek yerlerle buralarda yapılacak her türlü yapı ve tesisler, şahıslar adına tapuya tescil olunamaz. Buralara doğrudan doğruya orman idaresince el konulur. Yanan orman alanlarındaki her türlü emval Orman Genel Müdürlüğüne değerlendirilir. Savunma, ulaşım, enerji, haberleşme, su, atık su, petrol, doğalgaz, altyapı ve katı atık bertaraf tesislerinin; sanatoryum, baraj, gölet ve mezarlıkların; Devlete ait sağlık, eğitim ve spor tesislerinin ve bunlarla ilgili her türlü yer ve binanın Devlet ormanları üzerinde bulunması veya yapılmasında kamu yararı ve zaruret olması halinde, gerçek ve tüzel kişilere bedeli mukabilinde Çevre ve Orman Bakanlığınca izin verilebilir. Devletçe yapılan ve/veya işletilenlerden bedel alınmaz. Bu izin süresi kırkdokuz yılı geçemez. Bu alanlarda Devletçe yapılanların dışındaki her türlü bina ve tesisler iznin sona ermesi halinde eksiksiz ve bedelsiz olarak Orman Genel Müdürlüğü'nün tasarrufuna geçer. Söz konusu tesisler Orman Genel Müdürlüğü veya Çevre ve Orman Bakanlığı ihtiyacında kullanılabilir veya kiraya verilmek suretiyle değerlendirilebilir. İzin amaç ve şartlarına uygun olarak faaliyet gösteren hak sahiplerinin izin süreleri; yer, bina ve tesislerin rayiç değeri üzerinden belirlenecek yıllık bedelle doksandokuz yıla kadar uzatılabilir. Bu durumda devir işlemleri uzatma süresi sonunda yapılır. Verilen izinler amaç dışında kullanılamaz. Yukarıdaki fıkrada belirtilen bina ve tesislerin hükmi şahsiyeti haiz amme müesseselerine ait ormanlarda veya hususi ormanlarda yapılmak istenmesi halinde de Çevre ve Orman Bakanlığınca izin verilebilir. Bu takdirde kullanım bedeli, süresi, yapılan bina ve tesislerin devri gibi hususlar genel hükümlere uygun olarak taraflarca tespit edilir." düzenlemesi yer almaktadır.

Aynı Yasanın Ek 5 inci maddesinde ise; bu Yasanın 17 inci maddesinin uygulanmasıyla ilgili şekil, şart ve esaslar ile orman alanlarından her türlü yararlanma karşılığı alınacak bedel miktarlarının tespiti ve tahsiline ilişkin hususlar için Tarım ve Orman

Bakanlığınca hazırlanacak yönetmeliklerin, Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe konulacağı düzenlenmiştir.

5.4.1995 gün ve 22249 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren Orman Arazilerinin Tahsisi Hakkında Yönetmeliğin, "Turizm ve Su Ürünleri İzinlerinde Tahsil Edilecek Bedeller" başlıklı 52. maddesinin 3. bendinde, izin süresince yapılan yatırımın işletmeye geçtiği tarihten başlamak üzere, tahsis olunan arazi üzerinde kurulan işletmelere ait gayri safi yıllık gelirin yüzde ikisi (%2) nin takip eden yılın Eylül ayı sonuna kadar izin sahibinden tahsil edileceği öngörülmüştür.

Anılan Yönetmeliğin yürürlüğe girmesinden sonra, Yönetmeliğe ait esasların ne şekilde uygulanacağına ilişkin olarak Orman Bakanlığı Orman Genel Müdürlüğü Kadastro ve Mülkiyet Dairesi Başkanlığınca 21.6.1995 günlü Bakan oluru ile "Uygulama Talimatı" yürürlüğe konulmuş ve bu esaslar Orman Genel Müdürlüğünce 284 Nolu Tebliğ olarak tüm teşkilata duyurulmuştur.

Davacı şirket tarafından dava konusu edilen 284 Nolu Tebliğin 31. maddesinde, "Orman Arazilerinin Tahsisi Hakkında Yönetmeliğin 52 inci maddesinin üçüncü ve dördüncü bendlerinde, turizm yatırımı yapılması için izin verilen ormanlık saha üzerinde kurulup işletmeye açılan tesislerin, işletmeye açılışından sonraki ilk iki yılı muaf olmak üzere, izin süresince gayri safi yıllık gelirlerinin yüzde ikisi (%2) nin izin sahibinden teşkilatımızca tahsil edileceği belirtilmiştir. Aynı hüküm yürürlükten kaldırılan Yönetmeliğin 49 uncu maddesinin (b) bendinde de öngörülmüştür.

Ancak turistik tesisin tamamının ormanlık saha üzerinde kurulmayıp kısmen şahıs ve orman veya şahıs-hazine-orman sahaların üzerinde kurulması halinde tahsil edilmesi gereken gayri safi yıllık gelirin %2 sinin nasıl alınacağını mevzuatımızda belirgin olmadığı tesbit edilerek konunun açıklığa kavuşturulmasının zorunlu olduğu anlaşılmış ve bu amaçla Bakanlık Makamının 6.10.1995 tarih ve Kdm. 5.İZ.00/590 sayılı olurları alınmıştır.

Alınan bu "Olur"a göre işletmeye açılan turistik tesise verilen ormanlık sahanın genel sahaya oranı kadar gayri safi yıllık gelirden de aynı oranda pay alınması uygun olacaktır. Örneklemeler yapılacak olursa;

1-İşletmeye açılan bir turistik tesisin kurulu bulunduğu alanın tamamı ormanlık saha ise gayri safi yıllık gelirin tamamının (%2) si yıllık gelir payı olarak alınacaktır.

2-İşletmeye açılan bir turistik tesis 25.000 m² lik alan içinde faaliyet gösteriyor ve bu alanın 10.000 m² si ormanlık saha ise; ormanlık sahanın genel alana oranı (2/5) dir. Alınacak gelir payı ise gayri safi yıllık gelirin (2/5) nin (%2) si olacaktır. Bu örnekle yıllık gayri safi gelir 150 milyar ise teşkilatımızın alacağı (%2) lik pay 150 milyarın(2/5) i olan 60 milyarın (%2) si olan 1.200.000 lira olacaktır.

3-İşletmeye açılan bir turistik tesis 75.000 m² lik alanda faaliyet gösteriyor ve bu alanın 25.000 m² si ormanlık saha, 10.000 m² si hazine arazisi ve 40.000 m² si şahıs arazisi ise; ormanlık alanın genel sahaya oranı (1/3) olduğu için gelir payı bu oran üzerinden alınacaktır. Hazinenin alacağı pay teşkilatımızı ilgilendirmemektedir. Bu örneğimizde yıllık gayri safi gelir 900 milyar ise teşkilatımızın alacağı (%2) lik pay 900 milyarın (1/3) ü olan 600 milyarın (%2) sine tekabül eden 12 milyar lira olacaktır.

4-Tamamı hazine arazisi veya hazine-şahıs arazisinde kurulu turistik tesisler teşkilatımızı ilgilendirmemekte olduğundan (%2) bedel alınmasında konu değildir. Ancak m² si ne kadar olursa olsun ormanlık sahada izin verilerek kurulmuş turistik tesislerden yukarıda anlatılmaya çalışıldığı şekilde (%2) oranında gelir payı alınacaktır." açıklamaları yer almaktadır.

Dosyanın incelenmesinden, Muğla İli, Marmaris İlçesi, Hisarönü Köyü sınırları içinde 12.000 m² lik ormanlık sahada özel mülkleri ile birlikte değerlendirilmek üzere kamping tesisleri yapmak üzere Bakanlığın 26.2.1986 gün ve 65 sayılı olurları ile iki kişi adına 30 yıl süreli izin verildiği, daha sonra Bakanlık oluru ile 13.6.1989 tarihinde bu iznin davacı şirket adına devredildiği, davacı şirketin 1.7.1998 tarihinde otele spor tesisi yapılmak amacıyla

15.000 m² lik ormanlık alanın tahsis istemiyle Orman Genel Müdürlüğüne başvuruda bulunduğu, Bakanlığın 23.11.1998 günlü onayı ile 14681 m² lik ormanlık alanın mevcut turistik tesise ek spor tesislerinin (tesis kortları, voleybol ve basketbol sahaları, yürüyüş yolları gibi) mevcut turistik tesisin mütemmim cüzü olarak değerlendirilerek bedel alınmak suretiyle şirkete 18 ay süreli ön izin verildiği, ön iznin 18.5.2000 günlü onayı ile 6 ay süreyle uzatıldığı ve 18.9.2000 günlü onayı ile davacı şirket adına 14681 m² lik ormanlık alanda çok amaçlı spor tesisleri yapımı için 49 yıl süreli kesin izin verildiği, bu izinlere dayalı olarak davacı şirketten 12.000 m² lik ormanlık alana ilişkin olarak 26.6.1989 gün ve 27296 nolu noter onaylı taahhüt senedi ile turistik tesise ek olarak izin verilen 14.681 m² lik alan için 14.12.2000 gün ve 44816 sayılı noter onaylı turizm kesin izin taahhüt senetlerinin davalı idareye verildiği, 14.681 m² lik alanda kurulmasına izin verilen, sportif tesislerin 2005 yılı yaz sezonunda kullanıma açıldığı davalı idarece tespiti üzerine 2.7.2007 gün ve 2128 sayılı yazı ile davacı şirketten 12.000 m² si ormanlık alandan izinli turistik tesis ile tesise ek ormanlık alanda izinli 14.681 m² lik spor tesislerinin 2006 yılı gayri safi gelirini gösterir beyannamenin istenildiği, davacı şirketin Yeminli Mali Müşavirinin gönderdiği yazı ve beyanname dikkate alınarak 12.000 m² ve 14.681 m² olmak üzere toplam 26.681 m² lik izinli alanın genel sahaya oranı ölçüsünde %2 gayri safi hasıla bedeli hesaplaması yapılarak bu bedelin ödenmesinin davacı şirketten istenilmesi üzerine davanın açıldığı anlaşılmıştır.

Her ne kadar davacı şirket tarafından, Tebliğin 31. maddesi ile ilgili Yönetmeliğin 52. maddesi hükümlerinin aşıldığı, durumun üst hukuk normuna aykırı olduğu, asıl otel işletmesinin davacının tapulu mülkü üzerinde yer aldığı ancak tesisin tümünün orman alanı üzerindeymiş gibi bedel istendiği, kiralanan 12.000 m² lik bölümünün 26 yatağa karşılık geldiği, 14.681 m² lik kısmında ise hiç bir yatak veya bina bulunmadığı, sadece sportif tesis bulunduğu, taahhütnamelerin idarece hazırlandığı davacının imzalamak zorunda kaldığı öne sürülmekte ise de, ormanlık alanın davacı ile davalı idarenin karşılıklı olarak anlaşmaları üzerine noter aracılığı ile verilen taahhütnamelere dayalı olarak teslim edildiği, davacı şirketten gayri safi hasıla bedellerinin istenildiği ve davacı şirketin yeminli mali müşavirinin gönderdiği yazı ve beyanname dikkate alınarak, tahsis edilen toplam 26.681 m² lik sahanın tesisin genel sahaya oranı ölçüsünde hesaplamalar yapılarak bedel istendiği, öte yandan, sportif tesislerin, turistik tesisin olmazsa olmaz, vazgeçilmez parçaları olduğu göz önüne alındığında davacı şirketin savları dayanaksız kalmaktadır.

Yukarıda metni anılan yasal düzenlemeler karşısında Yönetmelikte geçen "tahsis olunan arazi" ibaresinin sadece üzerinde kurulu bulunan yatak sayısını ve sadece konaklama tesisini ifade etmeyeceği açıktır.

Bu durumda, konuyla ilgili yasal düzenlemelere dayalı olarak, Yönetmeliğin uygulanmasında tereddüde düşülen konuların açıklanması ve uygulama birliğinin sağlanması amacıyla yayımlanan Tebliğin 31. maddesinde ve davalı idarece davacı şirkete tahsis edilen ormanlık alan için yasal düzenlemeler ve davacı şirket ile yapılan anlaşmalar gereği istenilen kullanım bedeli istenilmesi işleminde hukuka aykırı bir yön bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle, yasal dayanağı bulunmayan davanın reddine, Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi uyarınca 575,00.-TL vekalet ücretinin davacıdan alınarak Orman Genel Müdürlüğüne verilmesine, 103,10.-TL yargılama giderinin davacı üzerinde bırakılmasına, artan 27,50.-TL posta ücretinin istemi halinde davacıya iadesine, 30.3.2009 gününde oybirliği ile karar verildi.

ÖĞRENCİ İŞLERİ (YÜKSEK ÖĞRETİM)

T.C. DANIŞTAY Sekizinci Daire

Esas No : 2008/3011
Karar No : 2009/4450

Özeti : Emniyet Teşkilatı Sağlık Şartları Yönetmeliğinin Ek-3-I-A maddesinin 1. fıkrasındaki "hematoloji" ibaresinde hukuka aykırılık bulunmadığı, "Talesemi Taşıyıcılığı" (akdeniz anemisi) bir hastalık olmadığından, davacının Erzurum Polis Meslek Yüksekokulundan ilişiğinin kesilmesine ilişkin işlemde hukuka uyarlık bulunmadığı hakkında.

Davacı : ...
Vekili : Av. ...
Davalı : İçişleri Bakanlığı

Davanın Özeti : Davacının Erzurum Polis Meslek Yüksekokulundan ilişiğinin kesilmesine ilişkin 31.12.2007 tarih ve B.05.1.EGM.0.06.04/8768 sayılı Polis Akademisi Başkanlığı işlemi ile işlemin dayanağı Emniyet Teşkilatı Sağlık Şartları Yönetmeliğinin Ek-3-I-A maddesinin 1. fıkrasındaki " hematoloji" ibaresinin iptali istemidir.

Savunmanın Özeti : Polislik mesleğinin özelliklerine göre hazırlanan dava konusu Yönetmeliğin mevzuat ve kamu menfaatine uygun olduğu, sağlık raporlarında da davacının polis okulu öğrencisi olamayacağını belirttiği, davanın reddi gerektiği savunulmaktadır.

Danıştay Tetkik Hakimi Serpil KOÇYİĞİT ERDOĞAN'ın Düşüncesi : Polislik mesleğinin özelliği gereğince oluşturulan düzenlemede hukuka aykırılık bulunmadığından davanın bu kısmının reddi gerektiği, "Akdeniz Anemisi Taşıyıcılığı" hastalık olmadığından, dava konusu işlemin iptali gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı Radiye Tiryaki'nin Düşüncesi : Dava, Polis Meslek Yüksekokulu giriş sınavını kazanarak Erzurum Polis Meslek Yüksekokuluna geçici kaydı yapılan davacının "Hematoloji" yönünden sağlık koşullarını taşımadığı gerekçesiyle okuldan ilişiğinin kesilmesine ilişkin işlemle işlemin dayanağı olarak gösterilen Emniyet Teşkilatı Sağlık Şartları Yönetmeliğinin Ek-3IA maddesinin birinci fıkrasındaki "hemotoloji" ibaresinin iptali istemiyle açılmıştır.

Polis Meslek Yüksek Okulları Giriş yönetmeliğinin 16. maddesinde; geçici kayıtları yapılan öğrencilerin sağlık raporları incelenmek üzere Sağlık İşleri Daire Başkanlığına gönderilir ve bu başkanlıkça raporunda eksiklik görülen öğrencilerin eksiklikleri tamamlattırılır. Sağlık İşleri Daire Başkanlığı öğrenciyi yeniden muayene edebilir ve sağlık yönetmeliğine göre polis olup olamayacağına vereceği karara göre gereği Yüksekokul Müdürlüğüne yerine getirilir." hükmü ile 17. maddesinde de; "..... Tahkikat ve Sağlık Kurulu raporuna göre 8. maddede belirtilen nitelikleri taşımadıkları anlaşılan adayların dosyaları Yüksek Okul Müdürlüğü tarafından Genel Müdür onayı ile işlemde kaldırılmak üzere Akademi Başkanlığına gönderilir." hükmü yer almıştır.

Emniyet Teşkilatı Sağlık Şartları Yönetmeliğinin 9. maddesinde, Polis Meslek Yüksek Okuluna alınacak öğrenci adaylarında Ek-3'de belirtilen Hastalık Branşlarının sınıflandırılmasındaki A dilimi sağlık şartları aranacağı, 10. maddesinde ise, hastanelerde verilen sağlık kurulu raporlarının incelenmesinde, teşhis, bulgular ve verilen kararın

yönetmelik hükmüne uygun olması halinde "Öğrenci Olur"yada "Öğrenci Olamaz" şeklinde karar verileceği belirtilmiştir.

Emniyet Teşkilatı Sağlık Şartları Yönetmeliğinin Ek: 3 I-A maddesi, "1. Dahili Hastalıklar, başlığı altında; Hematoloji, kardiyooloji, gastroenteroloji, endokrinoloji, nefroloji, immünoloji, romatoloji ve enfeksiyon hastalıkları yönünden tam ve sağlam olacaktır. Herhangi bir operasyon geçirmiş olmayacaktır. Bu sistemlere ait konjenital anomali kronik ve ilerleyeci hastalığı bulunmayacaktır" hükmünü içermektedir.

Dosyanın incelenmesinden, sınavada başarılı olması nedeniyle Erzurum Polis Meslek Yüksek Okuluna geçici kaydı yapılan davacının, Emniyet Teşkilatı Sağlık Şartları Yönetmeliği gereğince sağlık kurulu raporu almak üzere Erzurum Numune Hastanesine sevk edildiği, düzenlenen sağlık kurulu raporunun Hematoloji hanesinde "LBC:Mikrositoz (Talesemi Troit) Hematolojik Patolojisi Yoktur" teşhisi üzerine "Sağlam Polis Meslek Yüksek Okulu öğrencisi olur" kararının verildiği, verilen bu raporun Emniyet Genel Müdürlüğü Sağlık İşleri Daire Başkanlığınca incelenerek davacının Ankara üniversitesi Tıp Fakültesi Hastanesine sevk edildiği, bu hastane tarafından düzenlenen raporda da, hastada "Talesemi Taşıyıcılığı saptandığı, Talesemi Taşıyıcılığının Emniyet Teşkilatı Sağlık Şartları Yönetmeliğine aykırı olduğu, ancak adayın yaşantısında bir sınırlama getirecek mahiyette olmadığı belirtilmesi üzerine, Sağlık İşleri Daire Başkanlığınca Sağlık Şartları Yönetmeliğinin Ek: 3 I A maddesine istinaden "Polis Meslek Yüksek Okulu Öğrencisi Olamaz" karar verildiğinden, Polis Meslek Yüksek Okulları Giriş Yönetmeliğinin 17. maddesi gereğince dosyasının işlemde kaldırılarak okuldan ilişikinin kesilmesi üzerine bakılmakta olan davanın açıldığı anlaşılmaktadır.

Davacı tarafından Yönetmelikte hiçbir yan etkisi bulunmayan "Akdeniz Anemisi Taşıyıcılığı"na yer verilmesi ile Anayasal güvence altına alınan temel hak ve özgürlüklerin başında gelen kamu hizmetine girme hakkının engellendiği iddia edilmekte ise de, ülkede güvenlik ve asayişin sağlanması görevini yürütecek olan personelin görevi gereği özel olarak seçilmesi ve yetiştirilmesi bir zorunluluktur.

Bu durumda, yasal dayanağını oluşturan üst hukuk normlarına uygun olan dava konusu düzenlemeye ve bu düzenlemeye dayanılarak tesis edilen işlemde hukuka aykırılık bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle hukuki dayanağı bulunmayan davanın reddi gerekeceği düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Sekizinci Dairesince duruşma için önceden belirlenen 29.04.2009 gününde, davacı vekili Av. ... ve davalı idare temsilcisi ...'ın geldiği görüldükten, tarafların sav ve savunmaları ile Danıştay Savcısının düşüncesi dinlenip, duruşmaya son verildikten ve yapılan ara kararları cevapları alındıktan sonra işin gereği görüldü:

Dava, davacının Erzurum Polis Meslek Yüksekokulundan ilişikinin kesilmesine ilişkin 31.12.2007 tarih ve B.05.1.EGM.0.06.04/8768 sayılı Polis Akademisi Başkanlığı işlemi ile işlemin dayanağı Emniyet Teşkilatı Sağlık Şartları Yönetmeliğinin Ek-3-I-A maddesinin 1. fıkrasındaki " hematoloji" ibaresinin iptali istemiyle açılmıştır.

04/08/2003 ve 25189 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan Emniyet Teşkilatı Sağlık Şartları Yönetmeliğinin 3. maddesinde; "Bu Yönetmelik 04/06/1937 tarihli ve 3201 sayılı Emniyet Teşkilatı Kanununun 4 üncü maddesi 25/04/2001 tarihli ve 4652 sayılı Polis Yüksek Öğretim Kanununun 30 uncu maddesi ile 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 48 inci maddesine dayanılarak hazırlanmıştır." hükmü yer almaktadır.

Aynı Yönetmeliğin "Polis Meslek Yüksek Okuluna Alınacak Öğrencilerde Aranacak Sağlık Şartları" başlıklı 9. maddesinde; "Polis Meslek Yüksek Okuluna alınacak öğrenci adaylarında, EK-3'de belirtilen Hastalık Branşlarının Sınıflandırılmasındaki A dilimi sağlık şartları aranır. Polis Meslek Yüksek Okulu Müdürlüğünce, aday öğrencilere sağlık kurulu

raporları okulun denetim ve gözetiminde tam teşekküllü hastanelerden aldırılır ve Yönetmeliğin 10 uncu maddesi hükümlerine göre işlem yapılır" hükmüne yer verilmiştir.

Yine Yönetmeliğin "Öğrenci Adaylarının Raporlarının Değerlendirilmesi" başlıklı 101/(b) maddesinde ise; "Hastanelerce verilen sağlık kurulu raporlarının incelenmesinde; teşhis, bulgular ve verilen kararın yönetmelik hükümlerine uygun olması halinde "Öğrenci Olur" ya da "Öğrenci Olamaz" şeklinde kesin karar verilir" kuralı; Ek,3- "Hastalık Branşlarının Sınıflandırılması" başlıklı maddesinin "1-Dahili ve Harici Hastalıklar" fıkrasının A)-1 bendinde; Hematoloji, kardiyoledi, gastroenteroloji, endokrinoloji, nefroloji, immünoloji, romatoloji ve enfeksiyon hastalıkları yönünden tam ve sağlam olacaktır. Herhangi bir operasyon geçirmiş olmayacaktır. Bu sistemlere ait konjenital anomali, kronik ve ilerleyici hastalığı bulunmayacaktır" kuralı yer almaktadır.

Dosyanın incelenmesinden Polis Meslek Yüksekokulları Giriş Sınavında başarılı olarak Erzurum Polis Meslek Yüksekokuluna geçici kayıt yaptıran davacının, Emniyet Teşkilatı Sağlık Şartları Yönetmeliği gereğince, sağlık kurulu raporu almak üzere Erzurum Numune Hastanesine sevk edildiği; düzenlenen sağlık kurulu raporunun Hematoloji hanesinde "LBC:Mikrositoz (Talesemi Troit) Hematolojik Patalojisi Yoktur" teşhisi üzerine "Sağlam Polis Meslek Yüksek Okulu öğrencisi olur" kararının verildiği; verilen bu raporun Emniyet Genel Müdürlüğü Sağlık İşleri Daire Başkanlığınca incelenerek davacının Ankara Üniversitesi Tıp Fakültesi Hastanesine sevk edildiği; bu hastane tarafından düzenlenen raporda da, hastada "Talesemi Taşıyıcılığı saptandığı, Talesemi Taşıyıcılığının Emniyet Teşkilatı Sağlık Şartları Yönetmeliğine aykırı olduğu, ancak adayın yaşantısında bir sınırlama getirecek mahiyette olmadığı belirtilmesi üzerine, Sağlık İşleri Daire Başkanlığınca Sağlık Şartları Yönetmeliğinin Ek: 3 I A maddesine istinaden "Polis Meslek Yüksek Okulu Öğrencisi Olamaz" kararı verildiğinden, Polis Meslek Yüksek Okulları Giriş Yönetmeliğinin 17. maddesi gereğince dosyasının işlemde kaldırılarak okuldan ilişkisinin kesilmesi üzerine bakılmakta olan davanın açıldığı, anlaşılmaktadır.

Polislik mesleği, gece-gündüz, ağır şartlarda görev yapılan silahlı bir meslek olup, söz konusu meslek mensuplarının yasal şartlar oluştuğunda silah kullanma zorunlulukları da bulunduğundan, bu meslekte görev yapanlarda, sağlık açısından bazı şartların aranması ve bulunması gerektiği kuşkusuzdur.

Bu durumda, ülkede güvenlik ve asayişin sağlanması görevini yürütecek olan personelin görevi gereği özel olarak seçilmesi ve yetiştirilmesi bir zorunluluk olup, polislik mesleğinin özelliği nedeniyle, polis okulu öğrencilerinde, Emniyet Teşkilatı Sağlık Şartları Yönetmeliğinin Ek-3-I-A maddesinin 1. fıkrasında sayılan istisnalar dışında "hematoloji" yönünden sağlam olmayanların kabul edilmemesine ilişkin olarak mesleki yönden sınırlama getirilen düzenlemede; hukuka ve hizmetin gereklerine aykırılık görülmemektedir.

Davacının, Polis Meslek Yüksekokulundan ilişkisinin kesilmesine ilişkin işlemin iptali istemine gelince;

Davacı tarafından, "talesemi taşıyıcılığı "nın, hastalık olmadığı ve polislik mesleği bakımından sakınca doğurmadığı; öne sürülmüştür.

Dairemizce, bakılan bazı dava dosyalarında çeşitli hastanelerden alınan sağlık raporlarında "talesemi taşıyıcısı" olan ilgililerin Polis Meslek Yüksek Okulu Öğrencisi olamayacağı, bazılarında ise Polis Meslek Yüksek Okulu Öğrencisi olabileceğinin belirtildiği görülmüştür.

Bu nedenle, Sağlık Bakanlığı Erzurum Numune Hastanesi tetkik ve raporu ile Ankara Üniversitesi Tıp Fakültesi Kök Hücre Nakli Konsey Raporu uyarınca "talesemi taşıyıcısı" olduğu belirlenen davacının tanısının;

- Emniyet Teşkilatı Sağlık Şartları Yönetmeliğinin Ek-3-I-A maddesinin 1. fıkrasındaki; "hematoloji... hastalığı yönünden tam ve sağlam olacaktır. Herhangi bir operasyon geçirmiş olmayacaktır. Bu sistemlere ait konjenital anomali, kronik ve ilerleyici hastalığı bulunmayacaktır." ibaresi kapsamında mı;

-Bahse konu Ek-3-I-A maddesinin 1.fıkrasında ki,"ancak"ibaresi ile başlayan istisnalar arasında "tedavi edilebilir anemi taşıyıcılığı öğrenciliğe engel değildir " çerçevesinde mi,

- Yoksa Ek-3-I-D maddesinin 1. fıkrasında; "Evre III-IV remisyona girmeyen hematolojik maligniteler, ağır koagülasyon ve hemostaz defektleri, homozigot hemoglobinopatiler ve diğer iyileşme sağlanamayan kan hastalıkları öğrenci adaylığına kabul edilmez....." kuralı getirildiğinden, sayılan istisnalar kapsamında mı; bulunduğu hususunda bilgi istenilmesi ve belirtilen görüş doğrultusunda davacının "Polis Meslek Yüksek Okulu öğrencisi olup olamayacağı; konusu, 29.04.2009 ve 26.06.2009 tarihli ara kararları ile Hacettepe Üniversitesi Tıp Fakültesi İç Hastalıkları Anabilim Dalı Hematoloji Bölümünden ve aynı Üniversite Prenetal Tanı Merkezinden sorulmuştur.

Dairemizin ara kararlarına gelen cevaplardan, "talesemi taşıyıcılarının hiç bir şekilde bir tedavi gereksinimi duymadıkları gibi, bir hastalık belirtisi göstermedikleri; ilerleyen teknoloji ve yeni yöntemler ile herkeste bir çok hastalığın taşıyıcılığının bulunabileceği; bunlardan en kolay tesbit edilenin talesemi taşıyıcılığı olduğu; bu nedenle, Yönetmelikte tam ve sağlam olma şartının sağlam olmak şeklinde değiştirilmesi gerektiği; talasemi taşıyıcılığı bir hastalık olmadığı için "iyileşme sağlanamayan kan hastalıklarından" kabul edilemeyeceği; her hangi bir rahatsızlık oluşturmadığından Emniyet Mensubu olmalarında sakınca bulunmadığı" hususlarının belirtildiği, anlaşılmıştır.

Bu bakımdan, Dairemizde bulunan bazı dava dosyalarında çeşitli hastanelerden alınan sağlık raporlarında "talesemi taşıyıcısı" olan ilgililerin Polis Meslek Yüksek Okulu Öğrencisi olamayacağı, bazılarında ise Polis Meslek Yüksek Okulu Öğrencisi olabileceği yönündeki sağlık raporları ile Dairemizin yukarıda belirtilen ara kararları cevaplarının birlikte değerlendirilmesinden, bir hastalık olmayan ve iyileşme sağlanamayan kan hastalıklarından kabul edilmeyen "talesemi taşıyıcısı" durumunda olan davacının, bu nedenle okulla ilişkisinin kesilmesine ilişkin dava konusu işlemde hukuka uyarlık bulunmadığı sonucuna varılmaktadır.

Açıklanan nedenlerle; Emniyet Teşkilatı Sağlık Şartları Yönetmeliğinin Ek-3-I-A maddesinin 1. fıkrasındaki "hematoloji" ibaresinin iptali isteminin reddine, davacının Erzurum Polis Meslek Yüksek Okulu ile ilişkisinin kesilmesine ilişkin dava konusu işlemin iptaline; dava kısmen ret, kısmen iptal ile sonuçlandığından, kararın verildiği tarihte yürürlükte olan Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi uyarınca 1.250,00.-TL vekalet ücretinin davalı idareden alınarak davacı vekiline verilmesine; 138.00-TL. yargılama giderinin yarısı olan 69.00.-TL. nin davacı üzerinde bırakılmasına; diğer yarısı olan 69.00.-TL. nin davalı idareden alınarak davacıya verilmesine, 03.07.2009 gününde oybirliği ile karar verildi.

ÖZEL İDARE İŞLERİ

T.C.
DANIŞTAY
Sekizinci Daire
Esas No : 2007/8635
Karar No : 2009/4200

Özeti : Diyarbakır ilinin merkez ve ilçelerine bağlı bulunan köy, mahalle, mezra ve bucaklarına ait eski isimlerinin, yeni isimleri ile beraber tabelalara yazılabilmesine ilişkin İl Genel Meclisinin 3.2.2006 tarihli ve 26 sayılı kararının iptali istemiyle açılan

davada, İl Genel Meclisinin bu konuda karar alma yetkisinin olmadığı gerekçesiyle iptali hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan : Diyarbakır İl Özel İdaresi

Vekili : Av. ...

Karşı Taraf : Diyarbakır Valiliği

İstem Özet : Diyarbakır İlının Merkez ve İlçelerine bağlı bulunan köy, mahalle, mezra ve bucaklara ait eski isimlerinin, yeni isimleri ile beraber tabelalara yazılabilmesine ilişkin İl Genel Meclisinin 3.3.2006 tarihli ve 36 sayılı kararının iptali istemiyle açılan davada; 5442 sayılı İl İdaresi Kanununun 2. maddesi, 5393 sayılı Belediye Kanununun 9/2. ve 5302 sayılı İl Özel İdaresi Kanununun 10. madde hükümlerinden söz edilerek, İl Genel Meclisinin 01.02.2006 tarih ve 16 sayılı kararında; Diyarbakır Merkez ve İlçelerine bağlı bulunan köy, mahalle, mezra, bucak isimlerinin daha rahat bulunabilmesi için yeni adlarıyla beraber eski adlarının da yer almasına karar verildiği, Valilikçe söz konusu kararın İl İdaresi Kanununun 2. maddesinin B, Ç, D fıkralarına aykırılık nedeniyle tekrar görüşülmek üzere İl Genel Meclisine gönderildiği, İl Genel Meclisinin 3.3.2006 gün ve 36 sayılı kararıyla İl İdaresi Kanununun 2. maddesinin B, Ç, D fıkraları ve devamında yeni isimlerin yanında eskilerinin de yazılamayacağına dair bir ibare olmadığı gerekçesiyle mevcut isimlerin yanına veya altına parantez içerisinde eskilerinin de yazılmasına karar verilmesi üzerine görülmekte olan davanın açıldığı, anılan mevzuat hükümlerinin birlikte değerlendirilmesinden, köy, mahalle, mezra ve bucak isimlerinin konulması ve değiştirilmesi yasal olarak belli şekli kriterlere bağlanarak bu idari birimlerin isimlerinin konulması ve değiştirilmesinde yetkili olan makam ve mercilerin sayıldığı, öte yandan İl Genel Meclisinin görev ve yetkilerinin İl Özel İdaresi Kanununun 10. maddesinde tek tek sayılmış olduğu, bunlar arasında İl Genel Meclisinin köy, mahalle, mezra ve bucakların yeni isimlerinin yanına eski isimlerine de yer verme konusunda bir yetkisinin olduğundan bahsedilemediği, bu durumda davalı idarece tesis edilmiş olan dava konusu işlemde yetki yönünden hukuka aykırılık bulunmadığı gerekçesiyle dava konusu işlemi iptal eden Diyarbakır 1. İdare Mahkemesinin 6.4.2007 gün ve E:2006/825, K:2007/580 sayılı kararının, davanın süresinde olmadığı ve yapılan işlemde hukuka aykırılık bulunmadığı öne sürülerek, 2577 sayılı Yasanın 49. maddesi uyarınca temyizden incelenerek bozulması istemidir.

Savunmanın Özeti : Yanıt verilmemiştir.

Danıştay Tetkik Hakimi Gülşen AKAR PEHLİVAN'ın Düşüncesi : Dava dilekçesinde, davaya konu idari işlemin yazılı bildirim tarihi gösterilmemiştir. İdare Mahkemesince, 2577 sayılı Yasa hükümleri doğrultusunda dilekçenin reddedilmesi gerekirken, dosyanın esası hakkında verilen kararda hukuka aykırılık bulunmadığı düşünülmektedir.

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

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

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Sekizinci Dairesince, davalı idarenin 5302 sayılı Yasanın 10. maddesi hükmü uyarınca davanın süresinde açılmadığı yönündeki itirazı, dosyaya tebliğ tarihiyle ilgili herhangi bir bilgi ya da belge sunulmadığından yerinde görülmeyerek, işin gereği görüldü :

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 19.6.2009 gününde oybirliği ile karar verildi.

SÖZLEŞMELİ PERSONEL

T.C.
DANIŞTAY
Sekizinci Daire

Esas No : 2009/825

Karar No : 2009/2795

Özeti : 2547 sayılı Yasanın 58. maddesinin 4. fıkrasının dava konusu işlem tarihi itibarıyla yürürlükteki hali ve 657 sayılı Yasanın 1. maddesi uyarınca sözleşmeli personele döner sermaye ek ödemesi yapılmamasında hukuka aykırılık bulunmadığı hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan : ... Üniversitesi Rektörlüğü

Vekili : Av. ...

Karşı Taraf : ...

Vekili : Av. ...

İstemin Özeti : 15.10.2007 tarihinden itibaren ... Üniversitesi Hastanesi Radyoloji Bölümünde radyoloji teknikeri olarak 657 sayılı Yasanın 4/b maddesi uyarınca istihdam edilen davacı tarafından, döner sermaye ek ödemesi yapılması istemiyle yapılan 28.01.2008 günlü başvurunun reddine ilişkin 31.01.2008 gün ve 4423 sayılı ... Üniversitesi Döner Sermaye İşletme Müdürlüğü işleminin iptali ve 15.10.2007 tarihinden itibaren tarafına ödenmeyen döner sermaye ek ödemelerinin yasal faiziyle birlikte tazmini istemiyle açılan davada; olayda, 15.10.2007 tarihinde göreve başlayan davacının, her ayın 15. günü maaşını alırken tarafına döner sermaye ek ödemesi yapılmadığını öğrendiği, idarece bu şekilde süre gelen uygulama yapılmasına rağmen, 28.01.2008 tarihine kadar ek ödeme yapılmamasına ilişkin kısmına karşı davacı tarafından dava açılmadığı gibi idari başvuru yoluna da gidilmediği anlaşılmakta olup, uyuşmazlığın bu kısmının süre aşımı nedeniyle esasını inceleme olanağı bulunmadığı, davanın, idareye başvuru tarihi olan 28.01.2008 -17.03.2008 tarihleri arasında davacıya döner sermaye ek ödemesi yapılıp yapılmayacağına ilişkin kısmına gelince, davacının döner sermayenin bağlı olduğu birimde görev yaptığı ve döner sermaye gelirinin oluşumunda fiilen katkısı bulunduğu açık olup, döner sermaye ek ödemesinden yararlandırılması gerekirken, bu konudaki talebinin reddine ilişkin dava konusu işlemde hukuka uyarlık bulunmadığı gerekçesiyle davanın, idareye başvuru tarihi olan 28.01.2008 tarihine kadar olan kısmının süre yönünden reddine, dava konusu işlemin 28.01.2008 tarihinden sonraki kısmı yönünden iptaline, tazminat isteminin kısmen kabulü ile 28.01.2008 tarihinden itibaren yoksun kaldığı döner sermaye ek ödeme tutarlarının idareye başvuru tarihinden itibaren işletilecek yasal faiziyle birlikte davacıya ödenmesine karar veren Bursa 3. İdare Mahkemesinin 17.07.2008 gün ve E:2008/200, K:2008/555 sayılı kararının, 657 sayılı

Yasanın 4/B maddesi uyarınca istihdam edilen personele döner sermaye ek ödemesi yapılmasının mümkün olmadığı, bu nedenle İdare Mahkemesince verilen kararın iptale ve tazminat isteminin kısmen kabulüne yönelik kısmının bozulması gerektiği öne sürülerek, 2577 sayılı Yasanın 49. maddesi uyarınca temyizden incelenerek bozulması istemidir.

Savunmanın Özeti : İstem reddi gerektiği savunulmaktadır.

Danıştay Tetkik Hakimi Tuğba DEMİNER AKAR'ın Düşüncesi : Davacının 657 sayılı Yasaya tabi personel olarak nitelendirilmesi mümkün olmadığından ve 2547 sayılı Yasanın 58. maddesinin 4. fıkrasının dava konusu işlem tarihi itibarıyla yürürlükte bulunan halinde döner sermaye ek ödenmesinin 657 sayılı Yasaya tabi personele yapılabileceği kurala bağlanmış olduğundan, davacıya döner sermaye ek ödemesi yapılması mümkün olmayıp, aksi yönde değerlendirmeye verilen İdare Mahkemesi kararında hukuki isabet bulunmadığı gerekçesiyle kararın bozulması gerektiği düşünülmektedir.

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

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

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Sekizinci Dairesince işin gereği görüldü:

Uyumsuzluk;15.10.2007 tarihinden itibaren ... Üniversitesi Hastanesi Radyoloji Bölümünde radyoloji teknikeri olarak 657 sayılı Yasanın 4/b maddesi uyarınca istihdam edilen davacı tarafından, döner sermaye ek ödemesi yapılması istemiyle yapılan 28.01.2008 günlü başvurunun reddine ilişkin 31.01.2008 gün ve 4423 sayılı Uludağ Üniversitesi Döner Sermaye İşletme Müdürlüğü işleminin iptali ve 15.10.2007 tarihinden itibaren tarafına ödenmeyen döner sermaye ek ödemelerinin yasal faiziyle birlikte tazmini isteminden kaynaklanmıştır.

657 sayılı Devlet Memurları Yasasının "Kapsam" başlıklı 1. maddesinde, "Bu Kanun, Genel ve Katma Bütçeli Kurumları, İl Özel İdareleri, Belediyeler, İl Özel İdareleri ve Belediyelerin kurdukları birlikler ile bunlara bağlı döner sermayeli kuruluşlarda, kanunlarla kurulan fonlarda, kefalet sandıklarında veya Beden Terbiyesi Bölge Müdürlüklerinde çalışan memurlar hakkında uygulanır.

Sözleşmeli ve geçici personel hakkında bu Kanunda belirtilen özel hükümler uygulanır." kuralına yer verilmiştir.

Aynı Yasanın 4. maddesinin (B) bendinde "Sözleşmeli Personel"in tanımı şu şekilde yapılmıştır:"Kalkınma planı, yıllık program ve iş programlarında yer alan önemli projelerin hazırlanması, gerçekleştirilmesi, işletilmesi ve işlerliği için şart olan, zaruri ve istisnai hallere münhasır olmak üzere özel bir meslek bilgisine ve ihtisasına ihtiyaç gösteren geçici işlerde, kurumun teklifi üzerine Devlet Personel Başkanlığı ve Maliye Bakanlığının görüşleri alınarak Bakanlar Kurulunca geçici olarak sözleşme ile çalıştırılmasına karar verilen ve işçi sayılmayan kamu hizmeti görevlileridir."

Dava konusu işlem tarihi itibarıyla yürürlükteki haliyle 2547 sayılı Yükseköğretim Yasasının "Döner Sermaye" başlıklı 58. maddesinin 4. fıkrasında," Her eğitim-öğretim, araştırma veya bölümü ile ilgili öğretim elamanlarının katkısıyla toplanan döner sermaye gayrisafi hasılatının en az % 35'i o kuruluş veya birimin araç, gereç, araştırma ve diğer ihtiyaçlara ayrılır. Kalan kısmı ise üniversite yönetim kurulunun belirleyeceği oranlar çerçevesinde bağlı bulunduğu üniversitenin bilimsel araştırma projeleri ile döner sermaye gelirlerinin elde edildiği fakülte, enstitü, yüksekokul, konservatuvar ile uygulama ve araştırma merkezlerinde görevli öğretim elemanları ve aynı birimlerde görevli Devlet

Memurları Kanununa tabi personel (döner sermaye işletme müdürlüğü ve "döner sermaye saymanlık personeli dahil) arasında katkıları da dikkate alınmak suretiyle paylaştırılır..." düzenlemesi yer almaktadır.

Dosyanın incelenmesinden; davacının 15.10.2007 tarihinden itibaren ... Üniversitesi Hastanesinde 657 sayılı Yasanın 4/B maddesi uyarınca sözleşmeli personel olarak istihdam edildiği, kendisine döner sermaye ek ödemesi yapılması istemiyle 28.01.2008 günlü dilekçeyle davalı idareye başvurduğu, bu başvurunun davalı idarece, sözleşmeli personele sözleşmede belirlenen ücretin dışında herhangi bir ad altında başkaca bir ödeme yapılmayacağından bahisle dava konusu işlemle reddedilmesi üzerine, işlemin iptali istemiyle bu davanın açıldığı anlaşılmaktadır.

Yukarıda anılan 2547 sayılı Yasa hükmü uyarınca, döner sermaye gelirleri, gelirin oluşumunda fiilen katkısı bulunan öğretim elemanı veya 657 sayılı Yasaya tabi personel arasında belli oranlar dahilinde paylaştırılacaktır.

657 sayılı Yasanın 1. maddesinin 2. fıkrasıyla da, sözleşmeli personele 657 sayılı Yasada belirtilen özel hükümlerin uygulanacağı kurala bağlanmış olup, bu personelin ancak yasada belirtilen özel hükümlere tabi olduğu, bunun dışındaki hallerde bu yasaya tabi olmadığı açıktır.

Bu durumda, davacının 657 sayılı Yasaya tabi personel olarak nitelendirilmesi mümkün olmadığından ve 2547 sayılı Yasanın 58. maddesinin 4. fıkrasının dava konusu işlem tarihi itibarıyla yürürlükte bulunan halinde, döner sermaye ek ödemesinin 657 sayılı Yasaya tabi personele yapılabileceği kurala bağlanmış olduğundan, davacıya döner sermaye ek ödemesi yapılması mümkün olmayıp, aksi yönde değerlendirmeye verilen İdare Mahkemesi kararında hukuki isabet bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenle, Bursa 3. İdare Mahkemesi kararının bozulmasına, yeniden bir karar verilmek üzere dosyanın anılan Mahkemeye gönderilmesine 28.04.2009 gününde oybirliği ile karar verildi .

YARGILAMA USULÜ

T.C. DANIŞTAY Sekizinci Daire

Esas No : 2008/9268
Karar No : 2009/2170

Özeti : Diploma denkliği isteminin, eğitim-öğretim hakkı ve çalışma hakkına ilişkin olması, bu konuda daha sonraki tarihlerde ilgili ile benzer hukuki durumda olanların lehine verilmiş yargı kararları bulunması da göz önüne alınarak her zaman denklik verilmesi için 2577 sayılı Yasanın 10. maddesi kapsamında davalı idareye başvurulabileceği hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan : ...

Vekili : Av. ...

Karşı Taraf : Yükseköğretim Kurulu Başkanlığı

Vekili : Av. ...

İstemin Özeti : Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Uluslararası Amerikan Üniversitesi Mimarlık ve Mühendislik Fakültesi mezunu olan davacının, 2001 tarihli işlemin geri alınarak

diploma denklik belgesi verilmesi istemiyle yaptığı 2.4.2007 günlü başvurunun reddine ilişkin Yükseköğretim Kurulu Başkanlığının 5.5.2008 gün ve 11539 sayılı işleminin iptali istemiyle açılan davada; dosyanın incelenmesinden, davacıya 4.12.1998 tarihinde lisans geçici denklik belgesi verildiği, 27.2.2001 günlü YÖK Yürütme Kurulu kararı ile anılan denklik belgesinin iptal edildiği, bu işlemin iptali istemiyle açılan davanın Ankara 10. İdare Mahkemesinin 18.4.2002 günlü E:2001/742, K:2002/554 sayılı kararıyla reddedildiği, anılan karara karşı yapılan temyiz ve karar düzeltme istemlerinin Danıştayca incelenerek reddedildiği ve kararın kesinleştiği, davacının davalı idareye yaptığı 2.4.2007 günlü başvurunun reddi üzerine bakılan davanın açıldığına anlaşıldığı, bu durumda, davacı tarafından lisans denklik belgesinin iptali yolundaki 27.2.2001 günlü davalı idare işleminin bir kere yargısal denetime tabi tutulduğu gibi, 2.4.2007 tarihli dilekçe ile yapılan başvuru ile dava açma süresinin ihya edilemeyeceği, 2.4.2007 günlü başvuruya verilen 5.5.2008 günlü işlemle istemin reddi üzerine açılan davanın süre aşımı nedeniyle esasının incelenme olanağının bulunmadığı gerekçesiyle 2577 sayılı Yasanın 15/1-b maddesi uyarınca davayı süre aşımı nedeniyle reddeden Ankara 6. İdare Mahkemesinin 9.7.2008 gün ve E:2008/740, K:2008/1168 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 kabulü ile İdare Mahkemesi kararının bozulması 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 görüldü:

Uyuşmazlık, yükseköğrenimini yurt dışında yapan davacının 2001 tarihli işlemin geri alınarak diploma denklik belgesi verilmesine ilişkin başvurunun reddine yönelik işlemden doğmuştur.

Dosyasının incelenmesinden; davacının, öğrenimini tamamlaması üzerine Uluslararası Amerikan Üniversitesi Öğrenci İşleri Müdürlüğüne 17.4.1998 gününde Mimarlık Bölümünden mezuniyete hak kazandığına ilişkin belge verildiği, bu belge üzerine Yükseköğretim Kurulunca davacının Mimarlık Programını başarıyla tamamlayarak bu alanda lisansa eşdeğer öğrenim gördüğüne ilişkin 4.12.1998 günlü 27991 sayılı Mezuniyet Geçici Denklik Belgesinin düzenlendiği, daha sonra anılan denklik belgesi iptal edilerek, denklik işlemlerinin yapılacak seviye tespit sınavı sonucuna göre değerlendirileceğinin bildirildiği, bu işlemin dava konusu edilmesi üzerine Ankara 10. İdare Mahkemesinin 18.4.2002 günlü E:2001/742, K:2002/554 sayılı kararıyla davanın reddedildiği, davacının temyiz isteminin de Dairemizin 10.12.2002 gün ve E:2002/3832, K:2002/5688 sayılı kararıyla reddedildiği, daha sonra davacı vekilinin Yükseköğretim Kurulu Başkanlığına yaptığı 2.4.2007 günlü başvuru ile davacı ile aynı durumda olan başka öğrencilerin yargı kararı üzerine denklik belgeleri aldıkları, davacının anılan okuldan Nisan 1998 de mezun olduğu, okuldaki sorunlu dönemin Temmuz 1998 tarihinden sonra başladığı, okul tarafından diplomanın geç hazırlanmasından davacının sorumlu tutulamayacağı öne sürülerek, konuyla ilgili yeni emsal yargı kararları ve belgeler sunulurken, idarenin hatalı yapılan işlemleri her zaman için geri alabileceği ilkesi hatırlatılarak, davacının denklik belgesinin iptali işleminin geri alınarak denkliğinin kabulü isteminde bulundukları, davalı idarenin ise, YÖK Yürütme Kurulunun 27.2.2001 günlü kararı

uyarınca davacının denklik belgesinin iptal edildiği, Kurulun anılan kararının iptali istemiyle açılan davanın Ankara 10. İdare Mahkemesince reddedildiği belirtilerek istemin reddedilmesi üzerine E:2008/740 sayılı davanın açıldığı, bu davaya konu edilen talebin aynı iddia ve istemlerle Ankara 10. İdare Mahkemesinin E:2001/742 sayılı dava dosyasında dava konusu edildiği ve davanın reddine karar verildiği, böylelikle işlemin bir kere yargısal denetime tabi tutulduğu, 2.4.2007 günlü dilekçe ile yapılan başvuruya dava açma süresinin de ihya edilemeyeceği, dolayısıyla davanın süre aşımı nedeniyle esasının incelenemeyeceği gerekçesiyle davanın süre aşımı nedeniyle reddine karar verildiği anlaşılmıştır.

Davacının isteminin eğitim-öğretim hakkı ve çalışma hakkına ilişkin olması bu konuda daha sonraki tarihlerde ilgili ile benzer hukuki durumda olanların lehine verilmiş yargı kararları bulunması da göz önüne alınarak her zaman denklik verilmesi için 2577 sayılı Yasanın 10. maddesi kapsamında davalı idareye başvurabileceği açıktır.

Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulunun 26.2.2009 gün ve E:2007/735, K:2009/146 sayılı kararı da bu yöndedir.

Ancak, temyiz istemine konu karara ilişkin uyumsuzlukta 2001 tarihli işlemin geri alınması isteminin reddi yönündeki işlemin iptali talep edildiğinden, davayı süre aşımı nedeniyle reddeden Mahkeme kararında hukuka aykırılık bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle, İdare Mahkemesi kararının onanmasına, yargılama giderlerinin temyiz isteminde bulunan üzerinde bırakılmasına 30.3.2009 gününde oybirliği ile karar verildi.

T.C.
DANIŞTAY
Sekizinci Daire

Esas No : 2009/3631
Karar No : 2009/3579

Özeti : Davacının adli yardım talebi, bu yönde hakkı olduğuna dair delillerin dosyaya sunulmadığından bahisle Mahkemece reddedilmiş ise de, muhtar ve iki aza tarafından imzalanmış fakirlik kağıdı ve ilgili kurumlardan alınan herhangi bir aylık veya yardıma bağlı olmadığına ilişkin yazıların dosyaya sunulmuş olması karşısında adli yardım talebinin reddi ile bunun ardından harç ve posta masraflarının yatırılmadığından bahisle davanın açılmamış sayılmasına karar veren Mahkeme kararında hukuka uyarlık bulunmadığı hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan : ...

Vekili : Av. ...

Karşı Taraf : Hakkari Valiliği

İstemin Özeti : Geçici Köy korucusu olarak görev yapmakta iken askere alınması sebebiyle 1996 yılında görevine son verilen davacının tarafına tazminat ödenmesi istemiyle yaptığı başvurunun reddi üzerine 8.000,00 TL'nin görevine son verilme tarihinden itibaren işleyecek yasal faiziyle birlikte ödenmesi istemiyle açılan davada; adli yardım talepli olarak harç ve posta ücreti ödenmeden açılan davada, 11.02.2008 tarihinde adli yardım talebinin reddine, harç ve posta ücretinin davacıya tamamlattırılmasına karar verildiği, harç bedeli ile posta ücretinin tamamlanması gerektiği hususunu bildiren Mahkeme Başkanlığı yazılarının birincisinin 28.03.2008 tarihinde, ikincisinin ise 02.06.2008 tarihinde davacı vekiline tebliğ

edildiği, ancak belirtilen eksikliğin süresi içinde tamamlanmadığı gerekçesiyle davanın açılmamış sayılmasına karar veren Van İdare Mahkemesinin 24.07.2008 gün ve E:2007/2611, K:2008/1905 sayılı kararının, harç ve masrafları karşılama imkanının bulunmadığı ileri sürülerek, 2577 sayılı Yasanın 49. maddesi uyarınca temyizden incelenerek bozulması istemidir.

Savunmanın Özeti : Savunma verilmemiştir.

Danıştay Tetkik Hakimi Nilüfer SÜLKÜ'nün Düşüncesi : İstem kabulü ile Mahkeme Kararının bozulması gerekeceği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı Radiye TİRYAKİ'nin Düşüncesi: İdare ve vergi mahkemelerince verilen kararların temyizden incelenerek bozulabilmesi için, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 49 uncu maddesinin birinci fıkrasında belirtilen nedenlerin bulunması gerekmektedir.

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

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Sekizinci Dairesince işin gereği görüşüldü:

Uyuşmazlık, Geçici Köy korucusu olarak görev yapıyorken askere alınması sebebiyle 1996 yılında görevine son verilen davacının tarafına tazminat ödenmesi istemiyle yaptığı başvurunun reddi üzerine, 8.000,00 TL'nin görevine son verilme tarihinden itibaren işleyecek yasal faiziyle birlikte ödenmesi isteminden doğmuştur.

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Yasasının 4001 sayılı Yasa ile değişik 31. maddesinin 1. fıkrası ile adli yardım konusunda atıfta bulunulan 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Yasasının 465. maddesinde; "Kendisiyle ailesini maiseetçe ehemmiyetli zarurete düşürmeksizin mesarifi lazimeyi kısmen veya tamamen ifadan aciz olan kimselerle müessesatı hayriye iddia ve müdafaalarında veya icraya ve ihtiyati tedbirlere müracaatlarında haklı olduklarına dair delil gösterirlerse müzaheretli adliyeye nail olabilirler" hükmü yer almış olup, aynı Yasanın 466. maddesinde ise adli müzaheretin tüm yargılama masraflarından geçici olarak muafiyeti gerektireceği, aynı Yasa'nın adli müzaheretten kimlerin yararlanacağını düzenleyen 468. maddesinde de adli müzaheret talep edenlerin; belediyeden veya ihtiyar heyetinden alacakları dava masraflarını ödeyecek kudretlerinin olmadığını gösterir bir ilmühaber mahkemeye ibrazının yasal zorunluluk olduğu hükmüne bağlanmıştır.

Dosyanın incelenmesinden, davacı tarafından idari zorunluluklarla göreve son verme hallerinde 442 sayılı Yasa'nın 3175 sayılı Yasayla değişik 74.maddesi ile bu maddenin uygulanmasına ilişkin 10.07.1985 tarih ve 85/9678 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı gereğince hizmetin sonunda her hizmet yılı için en son aldığı aylık ücretin iki katı üzerinden ödeme yapılacağına ilişkin düzenlemeden yararlanmak için yapılan başvurunun reddi üzerine, 8.000,00 YTL tazminatın ödenmesi istemiyle Hakkari Valiliğine karşı açılan davada adli yardım talebinin kabul edilmeyerek, gerekli harç ve posta masraflarının yatırılmaması üzerine davanın açılmamış sayılmasına karar verildiği anlaşılmıştır.

Her ne kadar, Mahkemesince adli yardım talebinin kabul edilmemesinde bu yönde haklı olunduğuna dair delillerin dosyaya sunulmadığı gerekçesine dayanılmış ise de, davacı tarafından muhtar ve iki aza tarafından imzalanmış olan fakirlik kağıdı, adına kayıtlı herhangi bir araç bulunmadığına dair trafik şube müdürlüğünden alınmış yazılar ile Bağ-Kur ve Sosyal Sigortalar Müdürlüğünden kendisine herhangi bir aylık veya yardım bağlı olmadığına dair yazıların dosyaya sunulmuş olması karşısında adli yardım talebinde haklı olunmadığından söz etmeye olanak yoktur.

Bu durumda, bu konuda haklılığın ortaya konulmadığından bahisle adli yardım talebinin reddi ile bunun ardından harç ve posta masraflarının yatırılmadığından bahisle

davanın açılmamış sayılmasına karar veren Mahkeme kararında hukuka uyarlık bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle, Van İdare Mahkemesi kararının bozulmasına, dosyanın yeniden bir karar verilmek üzere dosyanın anılan Mahkemeye gönderilmesine 01.06.2009 gününde oybirliğiyle karar verildi .

T.C.
DANIŞTAY
Sekizinci Daire

Esas No : 2009/3485

Karar No : 2009/4384

Özeti : 5442 sayılı İl İdaresi Yasası ile Sınır Anlaşmazlığı, Mülki Ayrılma ve Birleşme ile Köy Kurulması ve Kaldırılması Hakkında Yönetmeliğin 29. ve 47. maddeleri uyarınca mülki birleşme sürecinde İl Genel Meclisinin aldığı kararın istisari nitelikte olduğu ve bu konuda icrai işlem yapma yetkisine İçişleri Bakanlığı haiz bulunduğundan, İl Genel Meclisi kararının kesin ve yürütülebilir bir işlem olmaması nedeniyle idari davaya konu edilemeyeceği hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan(Davacı): Gencellidere Köyü Muhtarlığı

Vekili : Av. ...

Karşı Taraf(Davalı) : Aydın İl Özel İdaresi

Vekili : Av. ...

İstemin Özeti : Aydın İli, Kuyucak İlçesi, Gencellidere Köyü ve Gencelli

Köylerinin Yeni Gencelli Köyü adı altında birleştirilmesinin uygun olacağı yönündeki Aydın İl Genel Meclisinin 21.11.2007 gün ve 594 sayılı kararının iptali istemiyle açılan davada; 5442 sayılı Yasanın 2. maddesi ile Sınır Anlaşmazlığı Mülki Ayrılma ve Birleşme ile Köy Kurulması ve Kaldırılması Hakkında Yönetmeliğin 29. ve 47. maddeleri uyarınca mülki birleşme sürecinde İl Genel Meclisi kararlarının iki köyün birleştirilmesi adına istisari nitelikte olduğu, mülki birleşme konusunda icrai nitelikte işlem yapma yetkisini İçişleri Bakanlığının haiz bulunduğu ve bu nedenle, dava konusu işlemin kesin ve yürütülebilir nitelikte bir işlem olmadığı gerekçesiyle davayı incelenmeksizin reddeden Aydın 1. İdare Mahkemesinin 28.11.2008 gün ve E:2008/142, K:2008/1588 sayılı kararının, işlemin İçişleri Bakanlığı işlemine temel teşkil etmesi nedeniyle icrai olduğu ileri sürülerek, 2577 sayılı Yasanın 49. maddesi uyarınca temyizen incelenerek bozulması istemidir.

Savunmanın Özeti : İstemin reddi gerektiği savunulmaktadır.

Danıştay Tetkik Hakimi Volkan ÇAKMAK'ın Düşüncesi : İstemin reddi gerektiği düşünülmektedir.

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

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

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Sekizinci Dairesince işin gereği 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 30.6.2009 gününde oybirliği ile karar verildi.

DOKUZUNCU DAİRE KARARLARI

BELEDİYE GELİRLERİ

T.C.
DANIŞTAY
Dokuzuncu Daire
Esas No : 2008/1774
Karar No : 2009/1125

Özeti : Belediyeden kiralama yoluyla mezbaha işleten şahıslardan hayvan kesim, muayene denetleme harcı alınamayacağı, ayrıca bu şahısların harcın tahsil edilmesine ilişkin sorumluluğu bulunmadığı hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan: ...

Karşı Taraf : Develi Belediye Başkanlığı

Vekili : Av. ...

İstemin Özeti : Davalı Belediyeye ait mezbaha binasında hayvan kesimi yapmakta olan davacıdan 2005/Temmuz-Aralık, 2006/Ocak-Aralık ve 2007/Ocak-Mart dönemleri için hayvan kesim, muayene ve denetleme harcı istenmesine ilişkin işlemin iptali istemiyle açılan davayı, 2464 sayılı Belediye Gelirleri Kanununun 72. maddesinde, belediye sınırları ve mücavir alanlar içinde, belediyelerce veya yetkili mercilerce verilen izne dayanılarak özel kişi ve kuruluşlarca tesis edilen mezbaha ve kanaralarda kesilen hayvanların kesim öncesi ve sonrası muayenesi veya belediye sınırları ve mücavir alanlar dışında kesilmiş olup da belediye sınırı içinde satışa arz edilecek etlerin sağlık bakımından muayene ve denetlenmesinin, hayvan kesimi muayene ve denetleme harcına tabi olduğu, 2678 sayılı Kanuna göre kurulan resmi ve özel kombinaların bu harçtan muaf olduğu, 73. maddesinde de, harcın, hayvan veya et sahiplerince ödeneceğinin kurala bağlandığı, dosyanın incelenmesinden, davalı belediye mezbaha binasını kiralamak suretiyle hayvan kesimi yapmakta olan davacıdan hayvan kesim, muayene ve denetleme harcını et sahiplerinden alarak belediyeye ödemesi gerekirken bu yükümlülüğü yerine getirmedeğinden bahisle belirtilen dönemler için hesaplanan harcın ödenmesi gerektiğini bildiren dava konu işlemin tesis edilmesi üzerine söz konusu işlemin iptali istemiyle bakılan davanın açıldığının anlaşıldığı, olayda davacı tarafından Belediyeye ait mezbaha kiralanarak hayvan kesimi yapıldığının görüldüğü, davacı her ne kadar veterinerlik hizmetinin kendi sözleşmeli personelleri tarafından yerine getirildiği, dolayısıyla davalı belediyeden hiçbir hizmet alınmadığını iddia etmekte ise de, belediye veteriner hekimi olarak görev yapan ...'in hem davalı belediyeye hem de davacı adına hizmet verdiği, davalı idare tarafından dosyaya eklenen tutanakların adı geçen veteriner tarafından belediye veteriner hekimi olarak düzenlendiğinin görüldüğü, dolayısıyla söz konusu harcın, davalı idare tarafından verilen bir hizmetin karşılığı olarak davacıdan istenildiğinin anlaşıldığı, bunu yanısıra davacı tarafından, 2678 sayılı Kanuna göre kurulan resmi ve özel kombinaların harçtan muaf olduğu iddia edilmekte ise de, davacı ve davalı idare tarafından yapılan sözleşmenin incelenmesinden, söz konusu binanın mezbaha olduğu davalı idare tarafından da bu durumun belirtildiği ve kombine statüsünde olmadığı anlaşıldığından davacının bu iddiasına itibar edilemeyeceği gerekçesiyle reddeden Kayseri Vergi Mahkemesinin 29.2.2008 tarih ve E:2007/578,

K:2008/108 sayılı kararının; harcın muhatabının hayvan ve et sahipleri olduğu, harcı tahsil etme sorumluluklarının bulunmadığı ileri sürülerek bozulması istenilmektedir.

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

Danıştay Savcısı Buket Oral'ın Düşüncesi : 2464 sayılı Belediye Gelirleri Kanununun 73.maddesinde hayvan kesimi muayene ve denetleme harcını, hayvan ve et sahiplerinin ödemekle yükümlü olduğu, 75.maddesinde de harcın makbuz karşılığında peşin olarak alınacağı belirtildiğinden, uyuşmazlık konusu olan harcın, kesim işini yapan davacıdan istenmesinde ve Mahkemece verilen kararda isabet görülmemiştir.

Bu nedenle temyiz isteminin kabulü ile Mahkeme kararının bozulmasının uygun olacağı düşünülmektedir.

Tetkik Hakimi Fatih Torun'un Düşüncesi : 2464 sayılı Kanunun 73. maddesinde, harcı, hayvan veya et sahipleri ödemekle yükümlü olduğu hükmüne yer verilmesi karşısında Belediyenin mezbahasını kiralama yoluyla işleten özel şahısların, hayvan veya et sahibi olmadıkları sürece hayvan kesim muayene ve denetleme harcının mükellefi olmadıkları anlaşılmakta olup. bunun yanısıra, davalı idare vekili tarafından, mezbahanın özel kişiler tarafından işletilmesi nedeniyle harcın tahsilinden davacının sorumlu olduğu iddia edilmekte ise de, gerek 213 sayılı Kanunun, gerekse 2464 sayılı Kanunun değerlendirilmesinden, söz konusu harcın tahsili konusunda sorumlu oldukları yolunda açık bir hüküm bulunmadığı ve dava konusu hayvan kesim muayene ve denetleme harcının tahsili konusunda özel hukuk kişilerine verilmiş bir yetki söz konusu olmadığı görüldüğünden davacıdan 2005/Temmuz-Aralık, 2006/Ocak-Aralık ve 2007/Ocak-Mart dönemleri için hayvan kesim, muayene ve denetleme harcı istenmesine ilişkin dava konusu işlemde hukuka uyarlık bulunmadığı sonucuna varıldığından aksi yönde tesis edilen temyize konu vergi mahkemesi kararının bozulması gerektiği düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Dokuzuncu Dairesince işin gereği görüşüldü:

Davalı Belediyeye ait mezbaha binasında hayvan kesimi yapmakta olan davacıdan 2005/Temmuz-Aralık, 2006/Ocak-Aralık ve 2007/Ocak-Mart dönemleri için hayvan kesim, muayene ve denetleme harcı istenmesine ilişkin işlemin iptali istemiyle açılan davayı reddeden vergi mahkemesi kararının temyizden incelenerek bozulması istenilmektedir.

213 sayılı Vergi Usul Kanununun 8. maddesinde, mükellefin, vergi kanunlarına göre kendisine vergi borcu terettübeden gerçek veya tüzel kişi olduğu, vergi sorumlusunun, verginin ödenmesi bakımından, alacaklı vergi dairesine karşı muhatap olan kişi olduğu, vergi kanunlarıyla kabul edilen haller müstesna olmak üzere, mükellefiyete veya vergi sorumluluğuna mütaallik özel mukavelelerin vergi dairelerini bağlamayacağı düzenlemesine yer verilmiştir.

2464 sayılı Belediye Gelirleri Kanununun 72. maddesinde, belediye sınırları ve mücavir alanlar içinde, belediyelerce veya yetkili mercilerce verilen izne dayanılarak özel kişi ve kuruluşlarca tesis edilen mezbaha ve kanaralarda kesilen hayvanların kesim öncesi ve sonrası muayenesi veya belediye sınırları ve mücavir alanlar dışında kesilmiş olup da belediye sınırı içinde satışa arz edilecek etlerin sağlık bakımından muayene ve denetlenmesinin, hayvan kesimi muayene ve denetleme harcına tabi olduğu, 2678 sayılı Kanuna göre kurulan resmi ve özel kombinaların bu harçtan muaf olduğu hükme bağlanmıştır.

Aynı Kanunun "Mükellef" başlıklı 73. maddesinde, harcı, hayvan veya et sahiplerinin ödemekle yükümlü olduğu düzenlemesine yer verilmiş, "Harcın Ödenmesi" başlıklı 75. maddede ise, harcın, makbuz mukabilinde peşin olarak alınacağı kurala bağlanmıştır.

Bu hükümlerin birlikte değerlendirilmesinden, bir kamu borcu olan vergi borcundan vergi kanunlarında belirtilen şahısların sorumlu olduğu, bu sorumluluğun sözleşmelerle

değiştirilemeyeceği görülmekte olup dava konusu hayvan kesim muayene ve denetleme harcını ise, hayvan ve et sahiplerinin ödemekle yükümlü oldukları anlaşılmaktadır.

Dosyanın incelenmesinden, davacı tarafından mülkiyeti davalı Belediyeye ait ... Mezbaha Binasını kiralamak suretiyle mezbaha işletmeciliği yapmakta olduğu, davalı idare tarafından, davacının söz konusu mezbaha binasını işlettiği 2005/Temmuz-Aralık, 2006/Ocak-Aralık ve 2007/Ocak-Mart dönemleri için hesaplanan harcin ödenmesi gerektiğini bildiren 11.4.2007 tarih ve 147 sayılı işlemin tesis edildiği, davacı tarafından bu işlemin iptali istemiyle bakılan davanın açıldığı anlaşılmaktadır.

5393 sayılı Belediye Kanununun 15maddesinin j bendinde, belediyelerin yetkileri arasında, toptancı ve perakendeci hâlleri, otobüs terminali, fuar alanı, mezbaha, ilgili mevzuata göre yat limanı ve iskele kurmak, kurdurmak, işletmek, işletmek veya bu yerlerin gerçek ve tüzel kişilerce açılmasına izin vermek sayılmış olup, olayda, davalı belediye tarafından davacı arasında tesis edilen sözleşme ile mezbaha binası işletme hakkı kiralama yoluyla davacıya verilmiştir. Görüldüğü üzere, anılan sözleşme ile belediye tarafından yerine getirilmesi gereken hizmetlerden birisi olan mezbaha işletmek görevinin sözleşme yoluyla devredilmiş olduğu, davacının, söz konusu mezbahada büyük ve küçükbaş hayvan kesimi yaptığı anlaşılmaktadır. Ancak, dosya içeriğinde yer alan kesim raporlarının incelenmesinden, söz konusu mezbahada kesimi yapılan büyük ve küçükbaş hayvanların davacıya ait olmadığı, hayvan ve et sahiplerinin farklı kişiler olduğu, davacının sadece bu hayvanların kesim işini gerçekleştirdiği ve mezbahada verilebilecek hizmetleri yerine getirdiği, bu hizmetler karşılığında yine sözleşme ile belirlenen bir ücret aldığı görülmektedir.

Bu durumda, 2464 sayılı Kanunun 73. maddesinde, harcı, hayvan veya et sahipleri ödemekle yükümlü olduğu hükmüne yer verilmesi karşısında Belediyenin mezbahasını kiralama yoluyla işleten özel şahısların, hayvan veya et sahibi olmadıkları sürece hayvan kesim muayene ve denetleme harcının mükellefi olmadıkları anlaşılmaktadır. Bunun yanı sıra, davalı idare vekili tarafından, mezbahanın özel kişiler tarafından işletilmesi nedeniyle harcin tahsilinden davacının sorumlu olduğu iddia edilmekte ise de, gerek 213 sayılı Kanunun, gerekse 2464 sayılı Kanunun değerlendirilmesinden, söz konusu harcin tahsili konusunda sorumlu oldukları yolunda açık bir hüküm bulunmadığı ve dava konusu hayvan kesim muayene ve denetleme harcının tahsili konusunda özel hukuk kişilerine verilmiş bir yetki söz konusu olmadığı görülmektedir.

Bu nedenle, davacıdan 2005/Temmuz-Aralık, 2006/Ocak-Aralık ve 2007/Ocak-Mart dönemleri için hayvan kesim, muayene ve denetleme harcı istenmesine ilişkin dava konusu işlemde hukuka uyarlık bulunmadığı sonucuna varıldığından aksi yönde tesis edilen temyizle konu vergi mahkemesi kararının bozulması gerekmektedir.

Açıklanan nedenlerle, temyiz isteminin kabulü ile Kayseri Vergi Mahkemesinin 29.2.2008 tarih ve E:2007/578, K:2008/108 sayılı kararının bozulmasına 4.3.2009 tarihinde oyçokluğu ile karar verildi.

KARŞI OY

X- Temyiz isteminin reddi ile temyize konu vergi mahkemesi kararının onanması gerektiği oyuyla karara katılmıyorum.

EMLAK VERGİSİ
(ARAZİ VERGİSİ)

T.C.
DANIŞTAY
Dokuzuncu Daire
Esas No : 2008/2926
Karar No : 2009/3161

Özeti : Davacı şirketin taşınmazını kayıtlı değeri üzerinden yine kendisinin kurucu ortaklarından olduğu şirkete aynı sermaye olarak koyması işlemi (kısmi bölünme), gerçek bir satış işlemi olarak kabul edilemeyeceğinden, olayda 1319 sayılı Emlak Vergisi Kanununun 30. maddesinde belirtilen kısıtlılık şartlarının ihlal edildiğinden bahisle tecil edilen emlak vergilerinin muaccel hale geldiğinden sözedilemeyeceği hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan : ... Holding A. Ş.

Vekilleri : Av. ... - Av. ...

Karşı Taraf : Bahçelievler Belediye Başkanlığı

İstemin Özeti : Davacı şirket adına düzenlenen ödeme emrinin iptali istemiyle açılan davayı; 1319 sayılı Emlak Vergisi Kanununun 30. maddesinde, kanunlar veya diğer kamu düzeni koyan mevzuatla tasarrufu kısıtlanan bina, arsa ve arazinin vergisinin, kısıtlamanın devam ettiği sürece 1/10 oranında tahsil olunacağı, 9 ve 19. madde hükümlerinin saklı olduğu, kısıtlamanın kaldırılması halinde, kaldırılma tarihini takip eden bütçe yılından itibaren emlakın vergisinin, tüm vergi değeri üzerinden ödeneceği, kısıtlamanın devam ettiği sürede tecil edilen verginin 9/10'unun bina, arsa veya arazinin satılması, istimlakı veya hibe yoluyla ahara devir ve temlik halinde tahsilat zamanasına uğramamış olanlarının muaccel hale geleceğinin, 5520 sayılı Kurumlar Vergisi Kanununun devir, bölünme ve hisse değişimi başlıklı 19. maddesinin kısmi bölünmeye ilişkin (b) fıkrasında da; tam mükellef bir sermaye şirketinin veya sermaye şirketi niteliğindeki bir yabancı kurumun Türkiye'deki işyeri veya daimi temsilcisinin bilançosunda yer alan taşınmazlar ile en az iki tam yıl süreyle elde tutulan iştirak hisseleri ya da sahip oldukları üretim veya hizmet işletmelerinin bir veya birkaçını kayıtlı değerleri üzerinden aynı sermaye olarak mevcut veya yeni kurulacak tam mükellef bir sermaye şirketine devretmesinin, bu Kanunun uygulanmasında kısmi bölünme hükmünde olduğunun hükme bağlandığı, dosyanın incelenmesinden, davacı şirketin 43.600 m²lik arsasının yukarıda anılan Kanunun 19/b maddesi uyarınca kısmi bölünme kapsamında ... İnşaat Proje Turizm San. ve Tic. A. Ş.ne devrettiği, bu şirket adına tescil edildiği, mülkiyetin el değiştirdiği, karşılığında da taşınmazın devredildiği ... İnşaat Proje Turizm San. ve Tic. A. Ş.ne ait hisselerin alındığı anlaşıldığından ve bu durumda kısıtlılığa ilişkin şartlar ihlal edildiğinden, muaccel hale gelen amme alacağının ödenmemesi nedeniyle düzenlenen ödeme emrinde isabetsizlik görülmediği gerekçesiyle reddeden İstanbul 7. Vergi Mahkemesi'nin 29.2.2008 tarih ve E:2007/1972, K:2008/745 sayılı kararının; davacı şirket vekili tarafından; müvekkiline ait taşınmazın kısmi bölünme yolu ile ... İnşaat Proje Turizm San. ve Tic. A. Ş.ne aynı sermaye olarak konulduğu, bu şirketin, müvekkili holding tarafından kurulduğu, müvekkiline ait olan bir taşınmazın, yine kendisine ait olan bir başka şirket kayıtlarına alındığı, bu durumun taşınmazın mülkiyetini veya zilyetliğini değiştirmeyeceği, 1319 sayılı Emlak Vergisi Kanununun 30. maddesinde, bir

taşınmazın kısmi bölünme yoluyla bir şirkete aynı sermaye olarak konulmasının, kısıtlılık nedeniyle tecil edilen emlak vergisinin 9/10'unun tahsiline sebebiyet veren bir durum olarak sayılmadığı, kısmi bölünme yoluyla aynı sermaye olarak bir şirkete malvarlığı konulmasının satış, istimlak ve hibe yoluyla ahara devir ve temlik kapsamına girmediği, zira, gayrimenkulün niteliğinin değişmediği, bu nedenle ilgili taşınmazın kısıtlılığı nedeniyle tecil edilen vergilerin ödenmesinin istenilemeyeceği, kısmi bölünmede, bölünmeye esas kıymetin mevcut veya yeni kurulacak bir sermaye şirketine aynı sermaye olarak konulduğu, iktisadi kıymetin değerinin kayıtlı değer üzerinden belirlendiği, rayiç bedeline ilişkin olarak herhangi bir değerlemenin yapılmadığı, bunun da kısmi bölünme işlemini satıştan ayırdığı, kısmi bölünme ile ilgili iktisadi kıymetin defter değeri ile yani maliyet bedeli ile bünyelerindeki başka bir şirkete devredildiği, kısmi bölünme işleminin Katma Değer Vergisi Kanununun 17/4-r maddesi uyarınca katma değer vergisinden, Damga Vergisi Kanununun Ek (2) sayılı Tablonun IV-17 maddesi uyarınca damga vergisinden ve Harçlar Kanununun 123. maddesi uyarınca harçlardan muaf ve istisna olduğu, olay açık olduğu için Emlak Vergisi Kanununa herhangi bir hükmün eklenmediği, davalı idarece taşınmazın tüm yüzölçümü esas alınarak emlak vergisi tahakkuk ettirildiği, ancak taşınmazın yarıya yakını yeşil alana ayrıldığından, istenilen verginin bu yönüyle de hukuka aykırı olduğu, dava, hesaplanan gecikme zammına karşı da açıldığı halde Vergi Mahkemesince bu konuya ilişkin olarak hüküm tesis edilmediği, olayda, emlak vergisinin doğduğu kabul edilse dahi, bu vergiye faizin işletilebilmesinin kanunen muacceliyet tarihinden itibaren başlatılabileceği, bu nedenle faizin kısmi bölünme tarihi olan 9.2.2007 tarihinden önceki tarihler için istenilemeyeceği ileri sürülerek bozulması istenilmektedir.

Savunmanın Özeti : Cevap verilmemiştir.

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

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

Tetkik Hakimi Güneş Kurtoğlu Karacık'ın Düşüncesi : Uyuşmazlıkta, Yasa'nın aradığı anlamda gerçek bir satış işlemi bulunmadığından ve bu durumda tecil edilen vergilerin muaccel hale geldiğinden söz edilemeyeceğinden, sözkonusu 9/10'u tecil edilen emlak vergilerinin zamanaşımına uğramamış olan 2003-2007 yıllarına ilişkin olan kısımlarının gecikme zammı ile birlikte tahsili amacıyla düzenlenen ödeme emrinde isabet bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle temyiz isteminin kabulü ile Vergi Mahkemesi kararının bozulması gerekeceği düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Dokuzuncu Dairesince işin gereği görüldü:

Duruşma istemi, 2577 sayılı Kanunun 17. maddesi uyarınca yerinde görülmeyle işin esasına geçildi;

İstem; davacı şirkete ait olan ve kısıtlılık hükümlerinden yararlandırılarak emlak vergilerinin 9/10'u tecil edilen tarla niteliğindeki 43.600m²lik taşınmazın kısmi bölünme kapsamında Kurumlar Vergisi Kanununun 19/b ve 20. maddeleri uyarınca net mukayyet değeri üzerinden 996 hisse ile davacı şirketin kurucu ortaklarından olduğu ve yeni kurulan ... İnşaat Proje Turizm San. ve Tic. A. Ş.ne aynı sermaye olarak konulması nedeniyle bu işlemin satış olduğundan bahisle tecil edilen vergilerin Emlak Vergisi Kanununun 30/V maddesindeki tahsilat zamanaşımına uğramamış olanlarının muaccel hale geleceği hükmünden hareketle 2003-2007 yıllarında 9/10'u tecil edilen emlak vergilerinin gecikme zammı ile birlikte tahsili

amacıyla düzenlenen ödeme emrinin iptali istemiyle açılan davayı reddeden Vergi Mahkemesi kararının bozulmasına ilişkin bulunmaktadır.

Borçlar Kanununun 182. maddesinde, satımın bir akit olduğu, onunla satıcının satılan malı alıcının iltizam ettiği semen (satış bedeli) mukabilinde alıcıya teslim ve mülkiyeti ona nakletmek borcunu tahammül edeceği hükme bağlanmıştır.

5520 sayılı Kurumlar Vergisi Kanununun 19. maddesinin 3. fıkrasının (b) bendinde kısmi bölünme; tam mükellef bir sermaye şirketinin veya sermaye şirketi niteliğindeki bir yabancı kurumun Türkiye'deki işyeri veya daimi temsilcisinin bilançosunda yer alan taşınmazlar ile en az iki tam yıl süreyle elde tutulan iştirak hisseleri ya da sahip oldukları üretim veya hizmet işletmelerinin bir veya birkaçını kayıtlı değerleri üzerinden aynı sermaye olarak mevcut veya yeni kurulacak tam mükellef bir sermaye şirketine devretmesi olarak tanımlanmıştır.

Kısmi bölünme işleminde, anonim ve limited şirketlerin mal varlıklarının bir kısmı mevcut veya yeni kurulacak tam mükellef bir sermaye şirketine bilançoda kayıtlı (mukayyet) değeri üzerinden devrolunur ve bunun karşılığında bölünen şirket veya ortakları devralan şirketin ortaklık paylarını iktisap eder.

Kısmi bölünme suretiyle aynı sermaye koyma işlemi rayiç değerle değil, kayıtlı değerle yapıldığından, ortaya vergilendirilecek kazanç çıkmamaktadır. Bu nedenle bu işlem katma değer vergisi, kurumlar vergisi, damga vergisi ve harçtan istisna edilmiştir. Kayıtlı değer korunduğu için varlıkları devralan şirket, ileride bunları sattığı takdirde kazanç o aşamada doğmakta ve daha önce alınmayan vergiler, o aşamada alınmaktadır. Kısmi bölünme, bu nedenle vergi erteleme olanağı olarak görülmektedir. Devredilen iktisadi kıymetleri devralan kurum, bu iktisadi kıymetleri devirden sonra sattığı takdirde kayıtlı değer ile satış bedeli arasındaki fark kurum kazancı olarak değerlendirilip, vergilendirilecektir. Kısmi bölünme ile; bölünerek yeniden yapılanmaya olanak sağlamak, uluslararası düzeyde rekabet edebilmek, ekonomik gelişmelere ayak uydurabilmek, kıt kaynakları daha verimli bir şekilde kullanmak ve karlılığı artırmak, maliyetleri düşürmek , aynı şirket bünyesinde yürütülen birden çok hizmet veya üretim faaliyetlerini ayrıştırarak işletmelerin mevcut hantal yapılarından kurtarılması, anlayış ve görüş farklılığı olan ortakların ortaklıklarının ayrıştırılması ve uzmanlaşmanın önündeki engellerin kaldırılması gibi hususların gerçekleşmesi amaçlanmıştır. Böylece şirketler yerinden yapılanabilecek, aynı şirket bünyesinde yürütülen birden çok hizmet veya üretim faaliyetini ayrıştırarak bu faaliyetlerin her birini ayrı şirketler bünyesinde yürütülebilecektir.

Holding şirketleri, ekonomik bir bütünlük sağlamak amacıyla bir veya daha fazla şirkete yönetim ve denetim olanağı veren oranda katılan ortaklık olarak tanımlamak mümkündür.

1319 sayılı Emlak Vergisi Kanununun 30. maddesinin 3. fıkrasında, kanunlar veya diğer kamu düzeni koyan mevzuatla tasarrufu kısıtlanan bina, arsa ve arazinin vergisinin, kısıtlamanın devam ettiği sürece 1/10 oranında tahsil olunacağı, aynı maddenin 5. fıkrasında da; kısıtlamanın devam ettiği sürede, tecil edilen verginin 9/10'unun, bina, arsa veya arazinin satılması, istimlakı veya hibe yoluyla ahara devir ve temlik halinde, tahsilat zamanına uğramamış olan kısmının muaccel hale geleceği hükme bağlanmıştır.

Belirlenen mevzuat incelendiğinde, emlak vergisi mükelleflerine, iradeleri dışında kanun veya sair mevzuatla tasarrufları kısıtlanan emlaklarına ait verginin 1/10'u oranındaki kısmını ödeme mükellefiyeti getirildiği, tahakkuk eden verginin 9/10'unun tecil edildiği, tecil edilen bu verginin kısıtlamaya konu emlakın satılması, istimlakı veya hibe edilmesi halinde tahsil zamanına uğramamış ise tahsil edilmesi gerektiği anlaşılmaktadır.

Anılan Kanun hükmünde kısıtlılık hükümleri uygulanan ve vergisi tecil edilen taşınmazın satışı halinde tecil edilen verginin muaccel hale geleceği öngörülmüş ise de, maddede öngörülen satış, taşınmazın gerçek değeriyle ve karşılıklı serbest iradeyle yapılan satış olarak anlamak gerekmektedir.

Uyuşmazlıkta, yukarıda sözü edilen Kanun hükümleri uyarınca emlak vergilerinin 9/10'u tecil edilen taşınmazın, kısmi bölünme hükümleri uyarınca davacı şirket tarafından 996 hisse ile kurulan şirkete aynı sermaye olarak konulduğu, bu sermaye koyma işlemi ile davacı şirketin yeni kurulan şirkette pay sahibi olduğu, karşılığında bu şirketin hisselerini aldığı, şirketteki mesuliyetinin aynı sermaye olarak koyduğu taşınmaz nedeniyle aldığı paylarla sınırlı bulunduğu ve şirkete karşı bir takım haklara sahip olduğu gibi borç ve sorumluluklar da yüklendiği, aynı sermaye olarak koyduğu taşınmaz nedeniyle sahip olduğu hisse senetlerini Yasa hükmü uyarınca iki yıl geçmeden devredemeyeceği ve en önemlisi aynı sermaye koyma işleminin kayıtlı değerle yapıldığı ve bu şartlarla devredildiği görülmüş olup, olayda yasanın aradığı anlamda gerçek bir satış işlemi bulunmadığından, tecil edilen vergilerin muaccel halde geldiğinden söz etmeye olanak bulunmamaktadır.

Bu durumda, davacı şirketin taşınmazını kayıtlı değeri üzerinden yine kendisinin kurucu ortaklarından olduğu şirkete aynı sermaye olarak koyması işlemi, satış niteliğinde kabul edilemeyeceğinden, Vergi Mahkemesince tecil edilen vergilerin gecikme zammı ile birlikte tahsili amacıyla düzenlenen ödeme emrinin iptali gerekirken onanmasında isabet görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle temyiz isteminin kabulüne, İstanbul 7. Vergi Mahkemesi'nin 29.2.2008 tarih ve E:2007/1972, K:2008/745 sayılı kararının bozulmasına 16.7.2009 tarihinde oybirliği ile karar verildi.

HARÇLAR

T.C.
DANIŞTAY
Dokuzuncu Daire
Esas No : 2007/3566
Karar No : 2009/1704

Özeti : Hazineye ait taşınmazın ihale suretiyle davacı şirkete yapılan satış işleminin iptal edilmesi üzerine taşınmazın tekrar hazineye devri sırasında davacı şirket tarafından tapu harcı ödenip ödenmeyeceği hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan : 2 Eylül Vergi Dairesi Müdürlüğü

Karşı Taraf : ... A. Ş.

Vekili : Av. ...

İstemin Özeti : Milli Emlak Müdürlüğünce ihale suretiyle davacı şirkete yapılan satış işleminin iptal edilmesi üzerine taşınmazın tekrar hazineye devri sırasında davacı şirket tarafından ihtirazi kayıtlı ödenen tapu harcının yasal faizi ile birlikte ret ve iadesi istemiyle açılan davada; olayda, ihale yolu ile satışı yapılan taşınmazın satış işleminin mahkeme kararı gerekçe gösterilerek iptali üzerine tapunun tekrar hazineye devri sırasında davacı şirketten ihtirazi kayıtlı tapu harcı alındığından, iptal edilen satış işlemine dayalı tapu devir işleminden dolayı vergiyi doğuran olayın ve tapu harcının tahsil ve tahakkukunu gerektiren satış işleminin gerçekleşmediği, harcın, bir hizmetin karşılığında, bu hizmetten yararlananlardan alınacağı, olayda da, davacı şirket lehine verilmiş bir hizmet bulunmadığı için, tahsil edilen tapu harcında isabet bulunmadığının gerekçesiyle, tapu harcının ret ve iadesine hükmeden, yasal faiz talebini ise reddeden Eskişehir 1. Vergi Mahkemesi'nin 11.4.2007 tarih ve E:2006/771, K:2007/171 sayılı kararının; Milli Emlak Müdürlüğü tapu harcından muaf

olduğundan, satış işleminin tarafı olan davacı şirketten tahsil edilen tapu harcında isabetsizlik bulunmadığı 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, istemin reddi ile temyiz edilen Mahkeme kararının onanmasının uygun olacağı düşünülmektedir.

Tetkik Hakimi Güneş Kurtoğlu Karacak'ın Düşüncesi : İleri sürülen iddialar usule ve hukuka uygun Vergi Mahkemesi kararının bozulmasını gerektirecek nitelikte bulunmadığından, temyiz isteminin reddi gerekeceği düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Dokuzuncu Dairesince işin gereği görüşüldü:

Dayandığı hukuki ve kanuni nedenlerle gerekçesi yukarıda açıklanan Vergi Mahkemesi kararı, aynı gerekçe ve nedenlerle Dairemizce de uygun görülmüş olup, temyiz istemine ilişkin dilekçede ileri sürülen iddialar, sözü geçen kararın bozulmasını sağlayacak durumda bulunmadığı gibi, 429 sayılı Harçlar Kanununun "Harçtan Müstesna Tutulan İşlemler" başlıklı 59. maddesinin (a) bendinde; genel ve katma bütçeli dairelerle, il özel idareleri, belediyeler ve köylerin iktisap edecekleri gayrimenkullerin vesair aynı hakların tescilinin, şerhi gerektiren işlemlerin ve bunların terkinlerinin harçtan müstesna oldukları hükme bağlandığından, temyiz isteminin reddine ve kararın onanmasına 14.4.2009 tarihinde oybirliği ile karar verildi.

T.C.
DANIŞTAY
Dokuzuncu Daire
Esas No : 2007/1162
Karar No : 2009/1998

Özeti : Taahhüt senedinin bazı maddelerinde değişiklik yapılması davacı şirket lehine yeni bir irtifak tesisi sağlamadığından irtifak tesis harcı alınamayacağı hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan : Rıhtım Veraset ve Harçlar Vergi Dairesi Müdürlüğü

Karşı Taraf : ... Tersane ve Deniz İşletmeciliği A. Ş.

Vekili : Av. ...

İstemin Özeti : Davacı şirket adına tahakkuk ettirilen ve ihtirazi kayıtla ödenen irtifak tesis harcının ret ve yasal faizi ile birlikte iadesi istemiyle açılan davada; dosyanın incelenmesinden, gemi inşaa ve onarım işi yapan davacı şirket lehine Hazine arazisi üzerinde 41 yıl süreli olarak irtifak hakkı tesis edildiği, tapuya şerh işlemi yapılarak tescil işlemi gereğince tahakkuk eden harcın ödendiği, çoğunluk hisselerinin bir başka şirkete devri sonucu taraflar arasında düzenlenen taahhüt senedinin güncellendiği, buna göre senetteki "Bedel" ve "Devir"e ilişkin maddelerde değişiklik yapıldığı, olayda, yeni bir irtifak hakkı tesisinin, devrinin ya da taraflarda değişikliğin sözkonusu olmadığı anlaşıldığından ve 492 sayılı Harçlar Kanununun 57. maddesi ve bu Kanuna ekli 4 sayılı Tarifenin 20/e maddesi uyarınca gayrimenkul üzerine irtifak hakkı tesis ve devrinde tesis ve devir için ödenen bedel

üzerinden devir alan için harç alınacağı öngörüldüğünden, taahhüt senedinin bazı maddelerinin değiştirilmesinin davacı şirket lehine yeni bir irtifak hakkı tesisi sağladığından bahisle tahakkuk ettirilen ve tahsil edilen irtifak tesis harcında isabet görülmediği gerekçesiyle tahsil edilen irtifak tesis harcının ret ve iadesine hükmeden, yasal faiz istemini ise reddeden İstanbul 4. Vergi Mahkemesinin 14.11.2006 tarih ve E:2006/876, K:2006/2793 sayılı kararının; davacı şirket lehine tesis edilen irtifak hakkının bazı maddelerinin değiştirilmesi nedeniyle düzenlenen resmi senetten 492 sayılı Kanuna ekli 4 sayılı Tarifenin 20/e maddesi uyarınca tahsil edilen harçta isabetsizlik bulunmadığı 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, istemin reddi ile temyiz edilen Mahkeme kararının onanmasının uygun olacağı düşünülmektedir.

Tetkik Hakimi Güneş Kurtoğlu Karacık'ın Düşüncesi : İleri sürülen iddialar usule ve hukuka uygun Vergi Mahkemesi kararının bozulmasını gerektirecek nitelikte bulunmadığından temyiz isteminin reddi gerekeceği düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Dokuzuncu Dairesince işin gereği görüşüldü:

Dayandığı hukuki ve kanuni nedenlerle gerekçesi yukarıda açıklanan Vergi Mahkemesi kararı, aynı gerekçe ve nedenlerle Dairemizce de uygun görülmüş olup, temyiz istemine ilişkin dilekçede ileri sürülen iddialar, sözü geçen kararın bozulmasını sağlayacak durumda bulunmadığından, temyiz isteminin reddine ve kararın onanmasına 6.5.2009 tarihinde oybirliği ile karar verildi.

KAMU ALACAKLARININ TAHSİLİ

T.C.
DANIŞTAY
Dokuzuncu Daire

Esas No : 2007/5715
Karar No : 2009/1174

Özeti : Devlet malı niteliğinde olan Devlet Su İşleri Genel Müdürlüğüne ait malların haczinin mümkün olmadığı hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan : DSİ Genel Müdürlüğü

Vekili : Av. ...

Karşı Taraf : Aslanbey Vergi Dairesi Müdürlüğü

İstemin Özeti : Davacı kurum adına Birecik Asliye Hukuk Mahkemesince verilmiş kararlardan doğan yargı harcının takibine ilişkin 11.9.2002 tarih ve 2002/5525 sayılı haciz işleminin kaldırılması istemiyle açılan davayı; dosyanın incelenmesinden, Birecik Asliye Hukuk Mahkemesi tarafından davacı kurumdaki tahsil edilmesi gereken yargı harçlarına ilişkin harç tahsil müzekkerelerini davalı idareye gönderildiği, söz konusu harçların tahsili amacıyla

düzenlenen 21.5.2001 tarih ve 2001/663-665 sayılı ödeme emirlerinin davacı kuruma tebliğ edildiği, borcun bir kısmının ödendiği, kalan 5.756,53 YTL borcun ödenmemesi, ödeme emirlerine karşı dava açılmaması ve mal bildiriminde bulunulmaması üzerine dava konusu haciz varakasının düzenlendiğinin anlaşıldığı, bu durumda davacı kuruma yargı harcına ilişkin ödeme emirlerinin usulüne uygun tebliğ edildiği halde, bunlara karşı dava açılmadığı ve kamu alacağının vadesinde ödenmediği görüldüğünden düzenlenen haciz işleminde hukuka aykırılık görülmediği gerekçesiyle reddeden Gaziantep Vergi Mahkemesinin 29.3.2007 tarih ve E:2006/311, K:2007/381 sayılı kararının; davacı kurumun 6200 sayılı Devlet Su İşleri Umum Müdürlüğü Teşkilat ve Vazifeleri hakkında Kanunun 49. maddesine göre her türlü harçtan muaf olduğu ileri sürülerek bozulması istenilmektedir.

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

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

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

Tetkik Hakimi Engin Karabacak'ın Düşüncesi : Devlet malı niteliğinde bulunan DSİ Genel Müdürlüğü'ne ait malların, haczi mümkün olmadığından davacı kurumdan tahsil edilemeyen kamu alacağının takibi amacıyla alınan haciz kararının iptali gerekeceğinden, Vergi Mahkemesi kararının bozulması gerektiği düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Dokuzuncu Dairesince işin gereği görüşüldü:

Uyumsuzlukta, davacı kurum adına Birecik Asliye Hukuk Mahkemesince verilmiş kararlardan doğan yargı harcının takibine ilişkin 11.9.2002 tarih ve 2002/5525 sayılı haciz işleminin kaldırılması istemiyle açılan davayı reddeden Vergi Mahkemesi kararının bozulması istenilmektedir.

6183 sayılı Amme Alacakları Tahsil Usulü Hakkında Kanununun 62. maddesinin 1. fıkrasında borçlunun, mal bildiriminde gösterilen veya tahsil dairesince tesbit edilen borçlu veya üçüncü şahıslar elindeki menkul malları ile gayrimenkullerinden, alacak ve haklarından amme alacağına yetecek miktarı tahsil dairesince haczolunacağı, aynı Kanunun 70. maddesinin 1. bendinde ise "233 sayılı Kamu İktisadi Teşebbüsleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname hükümlerine tabi iktisadi devlet teşekkülleri, kamu iktisadi kuruluşları, bunların müesseseleri, bağlı ortaklıkları, iştirakleri ve mahalli idarelerin malları hariç olmak üzere Devlet malları ile hususi kanunlarında haczi caiz olmadığı gösterilen malların, haczedilemeyecek mallar kapsamında olduğu düzenlenerek genel hükme istisna getirilmiştir.

Öte yandan, 6200 sayılı Devlet Su İşleri Umum Müdürlüğü Teşkilat ve Vazifeleri hakkında Kanunun 51. maddesinde "Umum Müdürlüğün ve işletmelerinin bütün malları ve kıymetleri Devlet malı hükmünde olduğu" düzenlenmiştir.

Bu durumda, devlet malı niteliğinde bulunan DSİ Genel Müdürlüğü'ne ait malların, haczi mümkün olmadığından davacı kurumdan tahsil edilemeyen kamu alacağının takibi amacıyla alınan haciz kararının yasaya uygun olmadığı görüldüğünden, yukarıda yazılı gerekçe ile davayı reddeden Vergi Mahkemesi kararının bozulması gerekmektedir.

Açıklanan nedenlerle, temyiz isteğinin kabulü ile Gaziantep Vergi Mahkemesinin 29.3.2007 tarih ve E:2006/311, K:2007/381 sayılı kararının bozulmasına 5.3.2009 tarihinde oybirliği ile karar verildi.

T.C.
DANIŞTAY
Dokuzuncu Daire
Esas No : 2007/2494
Karar No : 2009/1295

Özeti : Ödeme emrine karşı açılan davada, davacının faaliyetinin bulunmadığı yolundaki iddiasının "borcum yoktur" kapsamında değerlendirilerek incelenmesi gerektiği hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan : ... Ltd. Şti.

Vekili : Av. ...

Karşı Taraf : Kordon Vergi Dairesi Müdürlüğü

İstem Özet i : Davacı adına 1998/Mayıs-Aralık dönemlerine ilişkin ağır kusur cezalı katma değer vergisi ile gecikme fazinin tahsili amacıyla düzenlenen ödeme emirlerinin iptali istemiyle açılan davayı; 6183 sayılı Kanunun 58. maddesinde, kendisine ödeme emir tebliğ olunan şahsın, böyle bir borcu olmadığı veya kısmen ödediği veya zamanasımına uğradığı iddialarıyla dava açabileceğinin kurala bağlandığı, dosyanın incelenmesinden, davacı şirket tarafından ihtilafli dönemlere ilişkin beyanname verilmediğinden bahisle alınan takdir komisyonu kararına istinaden yapılan tarhiyatlara karşı dava açılmaması ve süresinde ödenmemesi sonucu kesinleşen kamu alacağının tahsili amacıyla dava konuu ödeme emirlerinin tanzim ve tebliğ edildiğinin anlaşıldığı, her ne kadar davacı şirket tarafından yeterince araştırma yapılmadan takdire sevk edilerek matrah takdir edildiği ileri sürülmüşse de, ödeme emri aşamasında bu tür iddiaların değerlendirilmesine olanak bulunmadığı, şirketin ve şirketi temsile yetkili ortaklarının bilinen adreslerine tebliğat yapılamaması üzerine ilan tebliğ yoluna gidilerek vergi aslı ve cezalarının kesinleştirildiğinin görüldüğü, bu durumda tahakkuk eden vergilere süresinde dava açılmadığından ihtilafsız kesinleşen kamu alacağının tahsili amacıyla düzenlenen dava konusu ödeme emirlerinde hukuka aykırılık bulunmadığı gerekçesiyle reddeden İzmir 1. Vergi Mahkemesinin 27.11.2006 tarih ve E.2006/733, K.2006/1004 sayılı kararının; dava konusu ödeme emirlerinin ilişkin olduğu dönemde davacının herhangi bir faaliyetinin bulunmadığı ileri sürülerek bozulması istenilmektedir.

Savunmanın Özet i : Savunma 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 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, davalı idare tarafından ilgili dönemde davacı şirketin faaliyette bulunduğu konusunda bir tespit yer almadığı, aksine davacı şirketin işyeri adresinde yapılan yoklamada, ilgili dönemde başka bir mükellefin faaliyette bulunduğu saptanmış olması karşısında, davacı vekili tarafından, davacı şirketin ilgili dönemde ticari faaliyetin bulunmadığı yolundaki iddiasının, Vergi Mahkemesince 6183 sayılı Kanunun 58. maddesinde öngörülen "borcum yoktur" kapsamında değerlendirilmek ve buna göre karar verilmek üzere temyize konu vergi mahkemesi kararının bozulması gerektiği düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Dokuzuncu Dairesince işin gereği görüşüldü:

Davacı adına 1998/Mayıs-Aralık dönemlerine ilişkin ağır kusur cezalı katma değer vergisi ile gecikme fazinin tahsili amacıyla düzenlenen ödeme emirlerinin iptali istemiyle açılan davayı reddeden vergi mahkemesi kararının temyizen incelenerek bozulması istenilmektedir.

213 sayılı Kanununun 30. maddesinde, resen vergi tarhı, vergi matrahının tamamen veya kısmen defter, kayıt ve belgelere veya kanuni ölçülere dayanılarak tespitine imkan bulunmayan hallerde takdir komisyonları tarafından takdir edilen veya vergi incelemesi yapmaya yetkili olanlarca düzenlenmiş vergi inceleme raporlarında belirtilen matrah veya matrah kısmı üzerinden vergi tarh olunması olarak tanımlanmış, aynı maddenin 6. bendinde ise, tutulması zorunlu olan defterlerin veya verilen beyannamelerin gerçek durumu yansıtmadığına dair delil bulunması halinde resen takdir sebebi olduğu belirtilmiştir.

6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanunun 54. maddesinde ise, ödeme müddeti içinde ödenmeyen amme alacağının tahsil dairesince cebren tahsil olunacağı, 55. maddesinde amme alacağını vadesinde ödemeyenlere 7 gün içinde borçlarını ödemeleri veya mal bildiriminde bulunmaları lüzumunun bir ödeme emriyle tebliğ olunacağı, 58. maddesinde de kendisine ödeme emri tebliğ olunan şahsın böyle bir borcu olmadığı veya kısmen ödediği veya zamanaşımına uğradığı hakkında tebliğ tarihinden itibaren 7 gün içinde itirazda bulunabileceği öngörülmüştür.

Dosyanın incelenmesinden, davacı şirketin 1998/Mayıs-Aralık dönemlerine ilişkin katma değer vergisi beyannamelerini vermediğinden bahisle takdir komisyonuna sevk edildiği, takdir komisyonunca resen takdir olunan matrahlar üzerinden şirket adına tarh olunan cezalı katma değer vergisine ilişkin ihbarnamelerin davacının işyerinin kapalı olması nedeniyle tebliğ edilememesi üzerine ilan tebliğ edildiği, daha sonra söz konusu ihbarnameler içeriği dava konusu ödeme emirlerinin düzenlendiği anlaşılmaktadır.

Ancak dosya içeriği belgelerin incelenmesinden, şirketin işyeri adresinde 4.10.1999 tarihinde yapılan yoklama sonucu düzenlenen yoklama fişinde, davacı şirketin adreste bulunmadığı, söz konusu adreste, 1998 yılı mayıs ayından itibaren ... Ltd. Şti'nin faaliyette bulunduğu tespitlerine yer verildiği, ayrıca Kordon Vergi Dairesinin 14.2.2005 tarih ve 7873 sayılı yazısından, davacı şirketin mükellefiyet kaydının 31.4.1998 tarihi itibarıyla kapatıldığının görüldüğü, Kordon Vergi Dairesi Müdürlüğü'nün tarihsiz yazısında da, davacı şirketin 31.4.1998 tarihinde resen terk ettirilen mükellefiyet kaydının tekrar açılarak 31.12.1998 tarihi olarak kapatılmasının istenildiği görülmekte olup tüm bu tespitlerin değerlendirilmesinden, davalı idare tarafından davacının ilgili dönemde faaliyeti olduğu yolunda herhangi bir tespitin bulunmadığı, aksine yoklama tutanağı ile davacının faaliyetini terkettiği ve adreste başka bir mükellefin bulunduğu saptandığı, bunun yanısıra davalı idarenin kurum içi yazışmalarında da davacı şirketin mükellefiyet terkin tarihi konusunda dahi tereddüt bulunduğu anlaşılmaktadır.

Bu durumda, davacı vekili tarafından, davacı şirketin ilgili dönemde ticari faaliyetin bulunmadığı yolundaki iddiasının, Vergi Mahkemesince 6183 sayılı Kanunun 58. maddesinde öngörülen "borcum yoktur" kapsamında değerlendirilmesi ve buna göre karar verilmesi gerekirken, davanın reddine karar verilmesinde isabet görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle temyiz isteminin kabulüne, İzmir 1. Vergi Mahkemesinin 27.11.2006 tarih ve E.2006/733, K.2006/1004 sayılı kararının bozulmasına 11.3.2009 tarihinde oyçokluğu ile karar verildi.

KARŞI OY

X- Temyize konu kararın onanması gerektiği oyu ile karara katılmıyorum.

KATMA DEĞER VERGİSİ

T.C.
DANIŞTAY
Dokuzuncu Daire
Esas No : 2008/1701
Karar No : 2009/736

Özeti : Serbest bölgeye yapılan hizmet ihracının yurtdışına yapılan mal teslimi gibi değerlendirilmesi ve katma değer vergisi iadesinden yararlanması gerektiği hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan : ...

Vekili : Av. ...

Karşı Tara : Karşıyaka Vergi Dairesi Müdürlüğü

İstemin Özeti : Davacının 2006 yılı işlemlerinin incelenmesi sonucu haksız olarak mahsuben katma değer vergisi iadesinden yararlandığından bahisle aynı yılın Ocak-Aralık dönemleri için adına salınan katma değer vergisi ile kesilen vergi ziyai cezasının kaldırılması istemiyle açılan davayı; dosyanın incelenmesinden, davacının serbest bölgede bulunan firma için yaptığı işin fason tekstil işi olup faturaların da fason işçilik bedeli olarak düzenlendiği, buna göre davacının söz konusu faaliyetinin mal teslimi değil hizmet ifası olduğu, 3065 sayılı Katma Değer Vergisi Kanununun 12. maddesinde hizmet ifasının katma değer vergisi istisnasından yararlanabilmesi için hizmetin yurtdışındaki bir müşteri için yapılması ve hizmetten yurtdışında faydalanması gerektiğinin hükme bağlandığı, davacın hizmet ifa ettiği firmanın serbest bölge olup serbest bölgelerin mal teslimi bakımından yurtdışı sayılmasına karşın hizmet ifasında yurtdışı olarak sayılmadığı, bu durumda davacının yaptığı işin katma değer vergisi istisnasından yararlandırılmaması sonucu mahsuben alınan katma değer vergisi iadesinin cezalı olarak istenilmesinde isabetsizlik bulunmadığı gerekçesiyle reddeden İzmir 2. Vergi Mahkemesinin 23.1.2008 tarih ve E:2007/1202 K:2008/97 sayılı kararının; yapılan işin hizmet değil mal teslimi olduğu, hizmet sayılsa dahi serbest bölgeye yapılan işin ihracat olarak kabul edilmesi gerektiği ileri sürülerek bozulması istenilmektedir.

Savunmanın Özeti : Temyiz isteminin reddi gerektiği savunulmaktadır.

Danıştay Savcısı Mehmet Sağlam'ın Düşüncesi : Uyuşmazlık, davacının serbest bölgede faaliyet gösteren bir firmaya yaptığı teslimlerin hizmet ihracı kapsamına alınamıyacağı bu nedenle 2006/1-12 dönemlerinde mahsuben aldığı katma değer vergilerinin haksız olduğu gerekçesiyle geri alınması için tarhedilen katma değer vergisi ile kesilen vergi ziyai cezasından doğmuş bulunmaktadır.

3065 sayılı Katma Değer Vergisi Kanununun 11. maddesinin (a) bendinde ihracat teslimleri ve bu teslimlere ilişkin hizmetler ile yurt dışındaki müşteriler için yapılan hizmetlerin vergiden müstesna olduğu hükme bağlanmış, aynı Kanun'un "ihracat teslimi ve yurt dışındaki müşteriler için yapılan hizmetler" başlıklı 12/2 maddesinde yurtdışındaki müşteri tabirinin ikametgahı, işyeri, kanuni ve iş merkezi yurtdışında olan alıcılar ile yurt içinde bulunan bir firmanın yurt dışında kendi adına müstakilen faaliyet gösteren şubelerini ifade edeceği belirtilmiş, bir hizmetin yurt dışındaki müşteriler için yapılan hizmet sayılabilmesi için;

a) Hizmetlerin yurt dışındaki bir müşteri için yapılması

b) Hizmetten yurt dışında faydalanılması şartlarının birlikte gerçekleşmesi koşuluna bağlanmıştır.

Yine aynı Kanunun 4/1. maddesinde hizmet, teslim ve teslim sayılan haller ile mal ithalatı dışında kalan işlemler olarak ifade edilmiş, bu işlemlerin bir şeyi yapmak, işlemek, meydana getirmek, imal etmek, onarmak, temizlemek, muhafaza etmek, hazırlamak, değerlendirmek, kiralamak, bir şeyi yapmayı taahhüt etmek ve bu gibi şekillerde gerçekleştirilebileceği belirtilmiştir.

Öte yandan ihracata yönelik istisnaların uygulanmasına ilişkin usul ve esasları belirleme yetkisi bulunan Maliye Bakanlığınca 4. maddede yazılı düzenlemeler dikkate alınmak suretiyle hazırlanıp yayımlanan 27 no'lu Katma Değer Vergisi Genel Tebliği ile ücret karşılığı fason iş yapanlarını imalatçı sayılmayacağı yaptıkları işin hizmet teslimi olarak kabul edileceği açıklanmıştır.

Bu nedenle davacının fason ücret karşılığı imal edip serbest bölgede faaliyet gösteren firmaya yaptığı teslimlerin yurt içinde yapılmış olması nedeniyle verginin konusuna girdiğinden tarh edilen katma değer vergisi ile kesilen vergi ziyai cezasında yukarıda açıklanan yasa hükümlerine aykırılık görülmediği için açılan davayı reddeden mahkeme kararının onanması gerektiği düşünülmektedir.

Tetkik Hakimi İhsan Saçmalının Düşüncesi : Davacının ifa ettiği hizmetin serbest bölgeye olduğu açık olup Serbest Bölgeler Kanununun 6. maddesinde de serbest bölgeler gümrük hattı dışı sayılmıştır. Gümrük hattı dışı ifadesi ticari anlamda yurtdışı sayılması anlamına geleceğinden ve söz konusu hizmet ihracı diğer tüm koşulları itibarıyla (gümrük çıkış belgeleri, döviz alış belgeleri, üç ay içinde ihracatın gerçekleşmesi gibi) yurt dışı mal teslimi ve hizmet ifasıyla aynı kurallara tabi olması nedeniyle yurtdışı sayılması gerekmektedir.

3065 sayılı Kanunun 12. maddesinde mal tesliminde serbest bölgeleri ihracat için serbest bölgeye yapılan hizmet ifasını hizmet ihracı kabul etmemek kanunun lafzına uygun olsa da, burdaki amacın ihracatta rekabeti desteklemek ve döviz girdisi sağlamak olduğundan ve yurtdışı ifadesinden siyasi değil ticari anlamda yurtdışı ifadesi anlaşılması gerektiğinden, davacının teslimlerinin katma değer vergisi istisnasından yararlanması gerekmektedir.

Bu durumda davacı adına salınan katma değer vergisi ile kesilen vergi ziyai cezasında ve buna karşı açılan davayı reddeden Vergi Mahkemesi kararında isabet bulunmayıp bozulması gerektiği düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Dokuzuncu Dairesince duruşma için önceden belirlenen günde temyiz isteminde bulunan ... Vekili Av. ... ile karşı tarafı temsilen Av. ...'ün geldiği görülerek Danıştay Savcısı Mehmet Sağlam'ın katılması ile açık duruşmaya başlandı. Tarafların iddiaları dinlenip Savcının düşüncesi alındıktan ve taraflara yeniden söz verildikten sonra Tetkik Hakimi İhsan Saçmalının yazılı ve sözlü düşüncesi alınarak işin gereği görüldü:

3065 sayılı Kanunun mal ve hizmet ihracı başlıklı 11. maddesinin a) fıkrasında ihracat teslimleri ve bu teslimlere ilişkin hizmetler ile yurtdışındaki müşteriler için yapılan hizmetler ve karşılıklı olmak kaydıyla uluslararası roaming anlaşmaları çerçevesinde yurt dışındaki müşteriler için Türkiye'de verilen roaming hizmetlerinin vergiden müstesna olduğu belirtilmiş ihracat teslimi ve yurt dışındaki müşteriler için yapılan hizmetler başlıklı 12. maddesinin a) fıkrasında yurtdışındaki bir müşteriye veya bir serbest bölgedeki alıcıya ya da yetkili gümrük antreposu işleticisine yapılan teslimlerin ihracat teslimi olduğu, hükmüne yer verilmiş maddenin b) fıkrasının 2. bendinde ise yurtdışındaki müşteri tabirinin ikametgahı işyeri kanuni ve iş merkezi yurt dışında olan alıcılar ile yurt içinde bulunan bir firmanın yurt dışında kendi adına müstakilen faaliyet gösteren şubelerini ifade ettiği, bir hizmetin yurt dışındaki müşteriler için yapılan hizmet sayılabilmesi için a) hizmetlerin yurtdışındaki bir

müşteri için yapılmış olması b) hizmetten yurt dışında faydalanılması gerektiği hükmü öngörülmüştür.

Dosyanın incelenmesinden, davacının serbest bölgede faaliyet gösteren alıcı için fason tekstil işi yaptığı ve düzenlediği faturaların da fason işçilik bedeli olduğu, davacının dahilde işleme için taahhüdüne, alıcı firmanın dahilde işleme izin belgesine sahip oldukları, teslim edilen ürünlerin serbest bölgeye gittiğini ve 3 ay içinde ihraç edildiğini gösteren gümrük çıkış belgelerinin ve karşılığı dövizin alındığını gösterir döviz alım belgelerinin mevcut olduğu, ancak davacının yaptığı işin hizmet ifası olacağı bu durumda serbest bölgeye yaptığı hizmetin katma değer vergisi istisnasından yararlanamayacağı, sonuçta mahsuben alınan katma değer vergisi iadelerinin geri istenilmesi amacıyla dava konusu cezalı tarhiyatın yapıldığı anlaşılmaktadır.

İhracatta katma değer vergisi istisnasının getiriliş amacı ihracatın teşviki ve döviz kazandırıcı faaliyetlerde rekabetin desteklenmesi olup bu amaçla mal ve hizmet ihracında katma değer vergisi istisnası getirilmiştir. Günümüzde mal ve hizmet ihracı doğrudan yabancı ülkelere olduğu gibi ülke sınırları içerisinde olmakla birlikte gümrük hattı dışında sayılan serbest bölgelere de yapılabilmektedir. Serbest Bölgelerin kuruluş gayesi de buraya yapılacak teslim ve hizmet ifasıyla yine döviz kazandırılmasıdır.

3065 sayılı Katma Değer Vergisi Kanununda mal tesliminde katma değer vergisi istisnası için serbest bölgelerin açıkça sayılarak serbest bölgeye yapılan teslimlerin yurtdışına yapılmış sayılması, ancak hizmet ihracında katma değer vergisi istisnasında serbest bölge ifadesine yer verilmediği görülmekteyse de, bu durum yurtdışı ifadesine siyasi ve coğrafi anlam yüklenilmesi halinde geçerli olmakla birlikte ticari ve ekonomik anlamda serbest bölgelerin yurtdışı kabul edilmesi gerektiği gerçeğini değiştirmemektedir.

Bu nedenle ihracatı ve döviz kazandırıcı faaliyetleri desteklemek amacıyla kurulan serbest bölgelere yapılan hizmet ifasının yurtdışı sayılmaması hukuka aykırı olacaktır.

Kaldı ki serbest bölgelere yapılan hizmet ifasının mal tesliminden farklı olmadığını gören yasa koyucu tarafından 3065 sayılı Kanunun 12. maddesine 6.6.2008 tarih ve 5766 sayılı Kanunun 12/e maddesiyle eklenen b fıkrasının 3. bendinde serbest bölgelere yapılan fason hizmetlerin katma değer vergisi istisnasından yararlanmasını getiren düzenleme yapılmıştır.

Bu durumda davacının serbest bölgedeki firmaya yaptığı fason işçilik hizmetinin katma değer vergisi istisnasından yararlandırılmaması yoluyla mahsuben yapılan iadenin geri istenilmesi amacıyla adına salınan katma değer vergisi ile kesilen vergi ziyası cezasında isabet görülmediğinden, aksi yönde verilen mahkeme kararında isabet bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle temyiz isteminin kabulüne, İzmir 2. Vergi Mahkemesinin 23.1.2008 tarih ve E:2007/1202, K:2008/97 sayılı kararının bozulmasına, Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi Uyarınca hesaplanan 625 TL vekalet ücretinin davalıdan alınarak davacıya verilmesine 11.2.2009 tarihinde oyçokluğu ile karar verildi.

KARŞI OY

X- Temyizde ileri sürülen iddialar usule ve hukuka uygun Mahkeme kararının bozulmasını gerektirecek nitelikte görülmediğinden temyiz isteminin reddi gerekeceği görüşü ile karara katılmıyoruz.

T.C.
DANIŞTAY
Dokuzuncu Daire
Esas No : 2008/8384
Karar No : 2009/1507

Özeti : Yurtdışı GSM operatörlerinden alınan roaming hizmetinin tamamen yurtdışında gerçekleşen bir hizmet olduğu ve bu nedenle yurtdışı GSM operatörüne ödenen bedellerin katma değer vergisine tabi olmadığı hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan : ... İletişim Hizmetleri A. Ş.

Vekili : Av. ...

Karşı Taraf : Boğaziçi Kurumlar Vergi Dairesi Müdürlüğü

İstemin Özeti : Davacı şirketin 2003 yılı işlemlerinin incelenmesi sonucu yurtdışı

GSM operatörlerinden alınan roaming hizmetleri nedeniyle ödenen bedellerin 2 no'lu katma değer vergisi beyannamesiyle ve sorumlu sıfatıyla beyan edilip ödenmediğinden bahisle aynı yılın Mayıs dönemi için adına salınan katma değer vergisi ile kesilen vergi ziyai cezasının kaldırılması istemiyle açılan davayı; dosyanın incelenmesinden, davacı şirketin yurtdışı GSM operatörleri vasıtasıyla abonelerine verilen hizmetlerden esas itibarıyla yurtiçinde faydalandığı, bu nedenle yurtdışı GSM operatörlerine ödenen bedellerin sorumlu sıfatıyla beyan edilmediğinden bahisle dava konusu cezalı katma değer vergisinin salındığının anlaşıldığı, olayda uyumsuzluğun çözümü için katma değer vergisine konu edilen haberleşme hizmetinin kim tarafından, nerede verildiğinin ve yine hizmetten kim tarafından ve nihai olarak nerede yararlandığının tespitinin önem arzettiği, davacı şirketin hizmetin yurtdışında verilip, yurtdışında faydalandığı, dolayısıyla, vergileneceği yerin yurtdışı olması gerektiği iddiasının kabulünün mümkün olmadığı, zira davacı şirket abonelerinin yurtdışında yerleşik bir GSM operatörü tarafından verilen bir hizmetten yurtiçinde veya yurtdışında yararlanması halinde, bu hizmetin asıl olarak yurtdışı GSM operatörünce davacı tüzel kişiliğe verildiği, şahsın hizmetten yararlanacak ve yararlanıyor olmasının hizmetin yurtdışı GSM operatörünce yurtdışında şahsa verildiği anlamına gelmeyeceği, nitekim bu konudaki anlaşmaların yalnızca GSM operatörleri arasında akdedildiği, davacı şirket abonelerinin yurtdışında hizmetten yararlandırılacak olmasıyla birlikte bu hizmetten nihai ve kati olarak yararlananın davacı şirket olduğu, bu hizmetin varlığı ile abone sayısını ve kârlılığını artırdığı, sonuç itibarıyla hizmetin niteliği itibarıyla şahsa ve coğrafi duruma göre değişkenlik göstermesinin ve yine hizmetin şahsileştirilmesinin mümkün olmadığı, davacı şirketin hizmeti alıp bedelini ödeyerek bu hizmeti ithal ettiği, nihai olarak hizmetten Türkiye'de davacı şirketin yararlandığı, bu nedenle yurtdışı GSM operatörlerince davacı şirkete fatura edilen tutarlar üzerinden sorumlu sıfatıyla katma değer vergisi beyan edilerek ödenmesi gerektiği, bu nedenle salınan katma değer vergisi ile kesilen vergi ziyai cezasında isabetsizlik bulunmadığı gerekçesiyle reddeden İstanbul 5. Vergi Mahkemesinin 22.5.2008 tarih ve E:2007/2876, K:2008/1834 sayılı kararının; roaming hizmetinden yararlanılabilmesi için bir abonenin yurtdışına çıkarak yabancı GSM operatörüne ait telekomünikasyon hizmetini kullanması gerektiği, bu durumda maddi olarak olayın yurtdışında cereyan ettiği, yurtdışında gerçekleşen bu hizmet için Türkiye'de katma değer vergisi doğmayacağı ileri sürülerek bozulması istenilmektedir.

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

Danıştay Savcısı Mehmet Sağlam'ın Düşüncesi : 3065 sayılı Kanunun 1. maddesi hükmü ile Türkiye'de verilen ve Türkiye'de faydalanılan hizmetler katma değer vergisinin konusuna alınmıştır.

Dava konusu olayda ise hizmet yurtdışındaki aboneye verilmiş ve hizmetten yurtdışında faydalanılmıştır.

Bu nedenle tarh edilen katma değer vergisi ile kesilen vergi ziyai cezasında yasal isabet görülmemiştir.

Belirtilen nedenle temyize konu mahkeme kararının bozulması gerektiği düşünülmektedir.

Tetkik Hakimi İhsan Saçmalının Düşüncesi : Yabancı GSM operatörlerine yapılan ödemeler, abonelerin bu GSM şirketlerinin faaliyet gösterdiği yabancı ülkelerde bulunmaları ve çağrı yapmalarıyla mümkün olduğundan, tamamen yabancı ülkede gerçekleşen bu hizmet katma değer vergisinin konusuna girmemektedir. Bu durumda hizmetten yararlananın abone değil GSM operatörü olduğu, ve bunun bir hizmet ithali olup sorumlu sıfatıyla katma değer vergisi ödenmesi gerektiğinden bahisle yapılan cezalı tarhiyatta isabet bulunmadığından, aksi görüşle verilen Mahkeme kararının bozulması gerektiği düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Dokuzuncu Dairesince işin gereği görüşüldü:

Uyuşmazlıkta, davacı şirket abonelerine uluslararası roaming anlaşmaları uyarınca yurtdışında bulundukları sırada bu ülkedeki GSM operatörlerince verilen hizmet karşılığında davacı şirket tarafından bu operatörlere ödenen bedeller üzerinden sorumlu sıfatıyla katma değer vergisi ödenmesi gerektiğinden bahisle salınan katma değer vergisi ile kesilen vergi ziyai cezasının kaldırılması istemiyle açılan davayı reddeden Vergi Mahkemesi kararının temyizen incelenerek bozulması istenilmektedir.

3065 sayılı Katma Değer Vergisi Kanununun "verginin konusunu teşkil eden işlemler" başlıklı 1. maddesinde Türkiye'de yapılan aşağıdaki işlemler katma değer vergisine tabidir hükmü getirilerek maddenin devamında sayılan işlemler katma değer vergisine tabi tutulmuştur.

Kanunun "işlemlerinin Türkiye'de yapılması" başlıklı 6. maddesinde ise işlemlerin Türkiye'de yapılmasının:

a) Malların teslim anında Türkiye'de bulunmasını

b) (4503 sayılı Kanunda değişik) Hizmetin Türkiye'de yapılmasını veya hizmetten Türkiye'de faydalanılmasını ifade edeceği belirtilmiş, yine Kanunun "Verginin Sorumlusu" başlıklı 9 maddesinin 1. fıkrasında ise; mükellefin Türkiye içinde ikametgahının işyerinin, kanuni merkezinin ve işmerkezinin bulunmaması hallerinde ve gerekli görürken diğer hallerde Maliye Bakanlığı'nın vergi alacağının emniyet altına alınması amacıyla vergiye tabi işlemlere taraf olanları verginin ödenmesinden sorumlu tutabileceği hükmü öngörülmüştür.

Bu hükümler uyarınca katma değer vergisinin doğması için malın tesliminin veya hizmet ifasının ya da hizmetten faydalanmanın Türkiye'de gerçekleşmesi gerekmektedir. Diğer bir anlatımla yurtdışında yurtdışındaki bir şirket veya şahıs tarafından mal tesliminde veya hizmet ifasında bulunulması ya da yurtdışında hizmetten faydalanılması halinde katma değer vergisi doğmamaktadır.

Olayda ise davacı GSM operatörü abonelerinin yurt dışında bulunarak o ülkedeki davacı operatörle anlaşmalı GSM operatöründen telekomünikasyon hizmeti alındığı görülmektedir.

Bu durumda yabancı ülke sınırları içinde bulunan davacı şirket abonelerinin yabancı GSM operatörlerinden aldıkları telekomünikasyon hizmeti, bulunan yabancı ülkede gerçekleştiğinden ve hiç bir şekilde Türkiye'de katma değer vergisi doğuran bir hizmet olmadığından, sorumlu sıfatıyla katma değer vergisi beyan edilerek ödenmesi gerektiğinden bahisle salınan cezalı katma değer vergisinde ve buna karşı açılan davayı reddeden Vergi Mahkemesi kararında isabet görülmemiştir.

Öte yandan davacı GSM operatörünün yaptığı roaming sözleşmesinin ancak bir davacı şirket abonesinin yurtdışı GSM operatörünün ülkesinde bulunması ve telekomünikasyon hizmetlerinden orada yararlanması durumunda hüküm ifade edeceği açık olup, hizmetten davacı şirketin yararlandığını veya roaming sözleşmesiyle verginin doğduğunu, sözleşmenin tarafının da davacı şirket olduğunu bu yöntem ile Türkiye'ye hizmet ithal edildiğini kabul etmek olanaklı değildir.

Açıklanan nedenlerle temyiz isteminin kabulüne, İstanbul 5. Vergi Mahkemesinin 22.5.2008 tarih ve E:2007/2876, K:2008/1834 sayılı kararının bozulmasına 24.3.2009 tarihinde oyçokluğu ile karar verildi.

KARŞI OY

X-Temyizde ileri sürülen iddialar usule ve hukuka uygun Mahkeme kararının bozulmasını gerektirecek nitelikte görülmediğinden temyiz isteminin reddi gerekeceği oyu ile karara katılmıyorum.

T.C.
DANIŞTAY
Dokuzuncu Daire
Esas No : 2007/5234
Karar No : 2009/1707

Özeti : Adi ortaklık adına vergi-ceza ihbarnamesi düzenlenebileceği hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan : Afşin Vergi Dairesi Müdürlüğü

Karşı Taraf : ... ve ...

Vekili : Av. ...

İstem Özet i : Kum ocağı işletmeciliği yapan davacı adi ortaklık adına 2000/Ekim, Kasım, Aralık dönemlerine ilişkin olarak re'sen tarh edilen vergi ziyaı cezalı katma değer vergisi ile kesilen özel usulsüzlük cezasının kaldırılması istemiyle açılan davayı; dosyanın incelenmesinden, davacı adi ortaklığın 2000 yılında sahte ve muhteviyatı itibarıyla yanıltıcı belgeleri kullanarak haksız katma değer vergisi indiriminde bulunduğu tespit üzerine adi ortaklık adına düzenlenen vergi ceza ihbarnameleri ile dava konusu cezalı tarhiyatın yapıldığının anlaşıldığı, ancak, Borçlar Kanununun 520. ve devamı maddelerinde belirtildiği üzere adi ortaklık, tüzel kişiliğe sahip olmadığından, adına vergi ceza ihbarnamesi düzenlenemeyeceği, tarhiyatın her ortak adına ayrı ayrı düzenlenecek vergi ceza ihbarnameleri ile yapılabileceği, bu nedenle adi ortaklık adına düzenlenen vergi-ceza ihbarnamelerinde isabet bulunmadığı gerekçesiyle kabul eden Gaziantep Vergi Mahkemesi'nin 17.11.2006 tarih ve E:2005/1513, K:2006/990 sayılı kararının; 3065 sayılı Katma Değer Vergisi Kanununun 44. maddesinde, adi ortaklıklarda, verginin ödenmesinden müteselsilen sorumlu olmak üzere ortaklardan herhangi birinin tarhiyata muhatap tutulacakları hükme bağlandığından, idarelerince ortaklar adına ayrı ayrı ihbarnamenin düzenlenmediği ve katma değer vergisi tarhiyatının yapılmadığı, adi ortaklık adına düzenlenen ihbarnamelerin yasal olduğu ileri sürülerek bozulması istenilmektedir.

Savunmanın Özet i : Temyiz isteminin reddi gerektiği savunulmaktadır.

Danıştay Savcısı Buket Oral'ın Düşüncesi : 3065 sayılı Katma Değer Vergisi Kanununun 44.maddesinde, katma değer vergisinin,bu vergiyle mükellef gerçek veya tüzel kişiler adına tarh olunacağı, şu kadar ki; adi ortaklıklarda verginin ödenmesinden müteselsilen sorumlu olmak üzere ortaklardan herhangi birinin tarhiyata muhatap tutulacağı belirtilmiştir.

Bu hüküm ile adi ortaklığın katma değer vergisi borçlarından dolayı ortaklar müteselsilen sorumlu tutulduğundan, ortaklık adına yapılan tarhiyata karşı ortaklardan birisinin, vergi mahkemesinde tek başına dava açma hakkı bulunmaktadır.

Bu durumda, açılan davanın esasın incelenmesi gerekirken vergi mahkemesince verilen kararda isabet görülmemiştir.

Bu nedenle temyiz isteminin kabulü ile mahkeme kararının bozulmasının uygun olacağı düşünülmektedir.

Tetkik Hakimi Güneş Kurtoğlu Karacık'ın Düşüncesi : 818 sayılı Borçlar Kanununun 520 ve 534. maddeleri ile 3065 sayılı Katma Değer Vergisi Kanununun 44. maddesi hükümleri uyarınca adi ortaklık adına düzenlenen vergi ceza ihbarnamelerine karşı ortaklardan biri tarafından açılan davanın esasının incelenmesi gerekirken, adi ortaklık adına vergi ceza ihbarnamesi düzenlenemeyeceği gerekçesiyle davayı kabul eden Vergi Mahkemesi kararının bozulması gerekeceği düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Dokuzuncu Dairesince işin gereği görüşüldü:

Dosyanın incelenmesinden, kum ocağı işletmeciliği yapan adi ortaklığın 2000 yılına ait işlemlerinin incelenmesi sonucu düzenlenen rapora dayanılarak anılan yılda sahte ve muhteviyatı itibarıyla yanıltıcı fatura kullandığından bahisle 2000/Ekim, Kasım, Aralık dönemleri için adi ortaklık adına vergi ziyai cezalı katma değer vergisi tarh edildiği ve özel usulsüzlük cezasının kesildiği, bu cezalı tarhiyatın kaldırılması istemiyle adi ortaklardan ...'in vergi mahkemesinde dava açtığı, bu davanın da Vergi Mahkemesince; Borçlar Kanununun 520 ve devamı maddeleri uyarınca adi ortaklık, tüzel kişiliğe sahip olmadığından, adına vergi ceza ihbarnamesi düzenlenemeyeceği gerekçesiyle kabul edildiği anlaşılmıştır.

Adi ortaklıkların hukuki statüleri Borçlar Kanununun 520 ve takip eden maddelerinde düzenlenmiştir. 818 sayılı Borçlar Kanununun 520. maddesinde, Türk Ticaret Kanununda tarif edilen şirketlerin mümeyyiz vasıflarını taşımayan, iki veya daha fazla kişinin mallarını ve emeklerini, belli iş yapmak için bir akit ile birleştirmelerine adi şirket denildiği ve bu şirketlerin Borçlar Kanununda bu yönde düzenlenen hükümlere tabi oldukları, yine aynı Kanunun temsil hükümlerini düzenleyen 534. maddesinde de, mukavelede belirtilmedikçe, şirketlerin birlikte yahut bir mümessil vasıtasıyla üçüncü şahıslara karşı yaptıkları işlemlerden müteselsilen sorumlu oldukları hükme bağlanmıştır.

Diğer taraftan, 3065 sayılı Katma Değer Vergisi Kanununun 8. maddesinin 1. fıkrasının (a) bendinde, mal teslimi ve hizmet ifası hallerinde, katma değer vergisi mükellefinin bu işleri yapanlar olduğu, aynı Kanunun 44. maddesinde ise, katma değer vergisinin, bu vergiyle mükellef gerçek ve tüzel kişiler adına tarh olunacağı, şu kadar ki; adi ortaklıklarda, verginin ödenmesinden müteselsilen sorumlu olmak üzere, ortaklardan herhangi birinin tarhiyata muhatap tutulacağı hükme bağlanmıştır.

Katma değer vergisi uygulamasında ise; adi ortaklıklar, bağımsız işletme birimleri olarak ayrı vergi mükellefiyetine sahiptir. Buna göre, adi ortaklıklarca defter tutma, belge düzenleme, muhafaza ve ibraz ödevleri ile beyanname verme ve vergi ödeme gibi mükellefiyetlerin ortaklardan ayrı olarak yerine getirilmesi gerekmektedir.

Söz konusu madde hükümlerinin birlikte incelenmesinden, açıkça anlaşılabileceği üzere katma değer vergisi uygulaması bakımından işletme bazında değerlendirilen adi ortaklıklarda mal teslimi ve hizmet ifası adi ortaklık tarafından yapıldığından, katma değer vergisi mükellefi adi ortaklık olacak, katma değer vergisi beyannamesi ortaklık adına düzenlenecek, ortaklardan birisi tarafından imzalanmak suretiyle vergi dairesine verilecek, ancak verginin ödenmesinden müteselsilen sorumlu olmak üzere ortaklardan herhangi biri tarhiyata muhatap tutulacaktır. Aynı zamanda adi ortaklıklar Vergi Usul Kanununda belirtilen bütün mükellefiyetleri yerine getirmek zorundadırlar. Bu açıdan, Kanunun belirtmiş olduğu belge düzenine uymaları, yani, fatura, gider pusulası gibi belgeleri bastırmaları, defter tutmaları,

kullandıkları defter ve belgeleri zamanaşımı süresi içinde muhafaza ve istenildiğinde ibraz etmeleri gerekmektedir.

Bu durumda, vergi mükellefi olan adi ortaklık adına mükellefi olduğu vergilerin takibi amacıyla vergi-ceza ihbarnamesi düzenlenebileceğinden ve bu ihbarnameye karşı da ortaklığın borçlarından müteselsilen sorumlu bulunan, bu sorumlulukları sınırsız olan ve müteselsilen sorumlu olmak üzere ortaklardan herhangi biri dava açabileceğinden, Vergi Mahkemesince işin esasının incelenmesi gerekirken, adi ortaklığın tüzel kişiliğinin olmaması nedeniyle adına vergi-ceza ihbarnamesi düzenlenemeyeceği gerekçesiyle davanın kabulüne karar verilmesinde isabet bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle temyiz isteminin kabulüne, Gaziantep Vergi Mahkemesi'nin 17.11.2006 tarih ve E:2005/1513, K:2006/990 sayılı kararının bozulmasına 14.4.2009 tarihinde oybirliği ile karar verildi.

T.C.
DANIŞTAY
Dokuzuncu Daire
Esas No : 2008/6875
Karar No : 2009/2665

Özeti : GSM operatör bayii olan şirket yönetici ve yakınları lehine yapılan sigorta primleri ödemelerinin kanunen kabul edilmeyen gider olduğu ve buna dayalı katma değer vergisi indirimlerinin mümkün olmadığı hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan : Bolu Vergi Dairesi Müdürlüğü

Karşı Taraf : ...

Vekili : Av. ...

İstemin Özeti : Davacının 2004 yılı işlemlerinin incelenmesi sonucu aynı yılın Kasım dönemi için adına salınan vergi ziyayı cezalı katma değer vergisinin kaldırılması istemiyle açılan davayı; dosyanın incelenmesinden, ... A. Ş. 'nin bayisi olan davacının ... A. Ş. tarafından kendisine düzenlenen pirim bedeline ilişkin faturalara dayalı katma değer vergisi indiriminde bulunduğu, ancak bu prim bedellerinin ... A. Ş. tarafından davacı ile eş ve çocuklarının yaşam ve sağlık sigortası bedellerinin ödenmesinde kullanıldığı görüldüğü, söz konusu yaşam ve sağlık sigortaları bedellerinin kanunen kabul edilmeyen gider olduğu, bu gidere dayalı katma değer vergisinin de indiriminin mümkün olmadığı görüşüyle dava konusu cezalı katma değer vergisinin salındığının anlaşıldığı, davacı ile eş ve çocuklarına ait yaşam ve sağlık sigortaları karşılığında kazanılan prim ile yapılan ödemelerin ticari kazancın elde edilmesiyle ilgili yapılan bir gider olmadığı, ancak hakedilen primler ile ... A. Ş. tarafından ödenen yaşam ve sağlık sigortalarına hak kazanılabilmesi için 10 yıl bayilik ilişkisinin devamı şartının bulunduğu, diğer yandan ... A. Ş. tarafından kendilerine düzenlenen faturalarda gösterilen bedellerle aynı bedeli içeren faturaların davacı tarafından aktivasyon hizmet bedeli olarak düzenlenerek kayıtlara intikal ettirildiğinin anlaşıldığı, bu durumda gerek ... A. Ş. gerek davacı gibi bayiler tarafından düzenlenen faturaların fiktif olduğu, buna göre herhangi bir vergi kaybı olmadığı, mükellef aleyhine olan durumlarla birlikte mükellef lehine olanların da dikkate alınması gerektiği davacının satışlarına göre hesaplanan ve ... A. Ş. adına sigorta hesabına yatırılarak nemalandırılan ciro primleriyle ilgili gerçekte davacıya herhangi bir ödeme yapılmadığından ve ödemenin de 10 yıllık süre şartına bağlandığı anlaşıldığından, davacı lehine tahakkuk ettirilerek ödenmeyen ve şarta bağlandığı için daha sonra ödenip ödenmeyeceği belli olmayan ciro primlerinin vergilendirmesinde

isabet bulunmadığı gerekçesiyle kabul eden Sakarya Vergi Mahkemesinin 24.6.2008 tarih ve E:2008/106, K:2008/696 sayılı kararının; davacının hak ettiği prim bedellerinin kendisi ve eşi ile çocuklarının yaşam ve sağlık sigortası bedellerinin ödenmesinde kullanıldığı, bunun kanunen kabul edilmeyen gider olduğu, sigorta karşılığı ancak 10 yıl sonra ödeme yapılacak olmasının durumu değiştirmeyeceği ileri sürülerek bozulması istenilmektedir.

Savunmanın Özeti : Temyiz isteminin reddi gerektiği savunulmaktadır.

Danıştay Savcısı Mehmet Sağlam'ın Düşüncesi : Uyuşmazlık, ihtilaflı dönemde ... A.Ş. tarafından davacı şirkete düzenlenen ve yasal kayıtlara intikal ettirilerek gider ve indirim konusu yapılan "şahsi sigorta primi"ne ilişkin faturaların kanunen kabul edilmeyen giderlerden olduğundan bahisle düzenlenen inceleme raporuna dayanılarak re'sen tarhedilen katma değer vergisi ile kesilen bir kat vergi ziyai cezasından doğmuş bulunmaktadır.

3065 sayılı Katma Değer Vergisi Kanununun "İndirilemeyecek katma değer vergisi" başlığını taşıyan 30.maddesinin (d) fıkrasında, Gelir ve Kurumlar Vergisi Kanunlarına göre kazancın tespitinde indirimi kabul edilmeyen giderler dolayısıyla ödenen katma değer vergisinin indirilemeyeceği hükme bağlanmış, 193 sayılı Gelir Vergisi Kanununun işle ilgili olup indirilmesi gereken giderlerin sayıldığı 40.maddesinde de "şahsi sigorta prim" bedellerine yer verilmemiştir.

İşle ilgili giderler arasında sayılmayan şahsi sigorta prim bedellerine ait olup indirim konusu yapılan katma değer vergisinin kabul edilmemesi suretiyle yapılan vergilendirme işleminde yukarıda açıklanan yasa hükümlerine aykırılık görülmemiştir.

Belirtilen nedenle cezalı tarhiyatı terkin eden mahkeme kararının bozulması gerektiği düşünülmektedir.

Tetkik Hakimi İhsan Sağmalcı'nın Düşüncesi : Davacının ticari olarak hakettiği prim bedellerinin, kendisinin, eşinin ve çocuklarının yaşam ve sağlık sigortaları ödemelerinde kullanılması özel harcama olup ticari kazancın hesaplanmasında kanunen kabul edilmeyen giderdir. Bu durumda bu harcamalara ait katma değer vergisinin reddiyle salınan cezalı katma değer vergisinde hukuka aykırılık bulunmayıp, aksi yöndeki Vergi Mahkemesi kararının bozulması gerektiği düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Dokuzuncu Dairesince işin gereği görüşüldü:

Uyuşmazlıkta; davacının kendisi, eşi ile çocuklarına ait yaşam ve sağlık sigortası giderlerinin kanunen kabul edilmeyen gider sayılması yoluyla buna dayalı katma değer vergisi indiriminin reddi sonucu salınan cezalı katma değer vergisinin kaldırılması istemiyle açılan davayı kabul eden Vergi Mahkemesi kararının bozulması istenilmektedir.

3065 sayılı Katma Değer Vergisi Kanununun "indirilemeyecek katma değer vergisi" başlıklı 30. maddesinin d bendinde; Gelir ve Kurumlar Vergisi Kanunlarına göre kazancın tespitinde indirimi kabul edilmeyen giderler dolayısıyla ödenen katma değer vergisinin hesaplanan katma değer vergisinden indirilemeyeceği hükme bağlanmıştır.

Diğer yandan 193 sayılı Gelir Vergisi Kanununun 40. maddesinin 1. bendinde; ticari kazancın elde edilmesi ve idame ettirilmesi için yapılan genel giderlerin, safi kazancın tespit edilmesinde indirilebileceği öngörülmüştür.

Bu hükümler uyarınca ticari kazancın elde edilmesi ve sürdürülebilmesi için gerekli giderlere dayalı katma değer vergisinin indirimine izin verilmiş, ancak ticari kazancın elde edilmesiyle ilgili olmayan şahsi giderlere dayalı katma değer vergisi indirimine olanak tanınmamıştır.

Dosyanın incelenmesinden, davacının bayisi olduğu ... A. Ş. 'den olan prim alacaklarının ... A. Ş. tarafından davacı namına davacının kendisinin, eş ve çocuklarının yaşam ve sağlık sigortalarının ödenmesinde kullanıldığı, davacının ... A. Ş. tarafından sigorta ödemelerinde kullanılan bu ödemeler için düzenlediği faturalarda gösterilen katma değer vergisini indirim konusu yaptığı görülmektedir.

Davacının indirim konusu yaptığı faturalar karşılığı olarak hakedilen primlerle ile yapılan ödemeler ticari kazancın elde edilmesi ve sürdürülmesiyle ilgili olmayan tamamen şahsi gider mahiyetindeki yaşam ve sağlık sigortası giderleri olduğundan, bu giderlere dayalı katma değer vergisinin indirimi mümkün olmadığından, söz konusu indirimin reddi yoluyla salınan cezalı katma değer vergisinde kanuna aykırılık görülmeyp, cezalı tarhiyatı terkin eden Vergi Mahkemesi kararında isabet bulunmamaktadır.

Diğer yandan davacının aynı tutarda karşılık olarak fatura düzenlemesi de kanunen kabul edilmeyen gidere dayalı katma değer vergisi indirimini hukuka uygun hale getirmeyeceğinden, vergi kaybı doğmadığına yönelik davacı iddialarında da isabet bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle temyiz isteminin kabulüne, Sakarya Vergi Mahkemesinin 24.6.2008 tarih ve E:2008/106, K:2008/696 sayılı kararının bozulmasına 16.6.2009 tarihinde oybirliği ile karar verildi.

VERGİ USULÜ

T.C.
DANIŞTAY
Dokuzuncu Daire
Esas No : 2008/1569
Karar No : 2009/2698

Özeti : Mükellefin uzlaşma görüşmesine katılmaması nedeniyle uzlaşma sağlanamaması durumunda "uzlaşmanın vaki olmadığına" ilişkin tutanağın davacıya tebliğinin gerektiği hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan : ... Yapı Kooperatifi

Vekili : Av. ...

Karşı Taraf : Çeşme Vergi Dairesi Müdürlüğü

İstemin Özeti : Davacı kooperatif adına 2001/Mart, Mayıs, Ekim, Aralık dönemlerine ilişkin vergi ziyai cezalı tapu harcı ile gecikme faizinin tahsili amacıyla düzenlenen ödeme emirlerinin iptali istemiyle açılan davayı; dosyanın incelenmesinden, davacı kooperatif hakkında düzenlenen vergi inceleme raporuna istinaden tarh edilen vergi ziyai cezalı tapu harcına ilişkin ihbarnamelerin 2.11.2006 tarihinde davacı kooperatif başkanına tebliğ edilmesi üzerine aynı tarihte uzlaşma talebinde bulunulduğu, davacı kooperatifçe uzlaşmaya icabet edilmemesi üzerine tahakkuk ettirilen cezalı vergilerin yasal süresinde ödenmediğinden bahisle dava konusu ödeme emirlerinin düzenlendiğinin anlaşıldığı, bu durumda davacı kooperatifin alacağın kesinleşmediğine ilişkin iddiasına itibar edilemeyeceği, bunun yanı sıra, davacı kooperatif tarafından ileri sürülen diğer iddiaların ise, kamu alacağının tarhiyat aşamasına ilişkin iddialar olduğundan ödeme emri aşamasında bu iddiaların incelenme olanağı bulunmadığı gerekçesiyle reddeden İzmir 3. Vergi Mahkemesinin 31.10.2007 tarih ve E.2007/438, K.2007/971 sayılı kararının; davacı kooperatifin katılmaması nedeniyle uzlaşmanın temin edilemediğine ilişkin uzlaşma tutanağının kendilerine tebliğ edilmediğinden kesinleşmiş bir kamu alacağından bahsedilemeyeceği, dolayısıyla dava konusu ödeme emirlerinin hukuka uygun olmadığı ileri sürülerek bozulması istenilmektedir.

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

Danıştay Savcısı Mehmet Sağlam'ın Düşüncesi : 213 V.U.K'nun "uzlaşma ve vergi mahkemelerinde dava açma" başlığını taşıyan Ek 7. maddesinin dördüncü fıkrasında yer alan düzenlemeden, uzlaşmanın vaki olmadığına dair tutanağın uzlaşmaya katılmayan mükellef veya ceza muhatabına tebliğinin şart olduğu açıkça anlaşılmaktadır.

Bu durum karşısında uzlaşmanın vaki olmadığına dair tutanağın tebliğ edilmemesi nedeniyle kesinleşen bir kamu alacağından söz edilemez.

Belirtilen durum karşısında yasal dayanaktan yoksun olarak düzenlenen ödeme emrine karşı açılan davayı reddeden temyize konu mahkeme kararının bozulması gerektiği düşünülmektedir.

Tetkik Hakimi Fatih Torun'un Düşüncesi : 213 sayılı Kanunun ek 7'nci maddede yükümlü ya da ceza muhatabının uzlaşmanın vaki olmadığına dair tutanağın kendisine tebliğinden itibaren genel hükümler dairesinde dava açabileceğinin belirtilmesi karşısında, davacı kooperatif tarafından ihbarnameler içeriği kamu alacağı için uzlaşma talebinde bulunduğu görüldüğünden ve uzlaşmanın vaki olmaması durumunda kamu alacağının kesinleşebilmesi için uzlaşmanın vaki olmadığına ilişkin tutanağın yükümlü veya ceza muhatabına tebliğ edilmesi gerektiği sonucuna ulaşıldığından, olayda davacı kooperatife uzlaşma tutanağın tebliğ edilmediği ve kamu alacağının usulüne uygun olarak kesinleştirilmediği anlaşılmaktadır.

Bu nedenle, dava konusu ödeme emirlerinin iptali istemiyle açılan davanın reddine karar veren vergi mahkemesi kararının bozulması gerektiği düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Dokuzuncu Dairesince işin gereği görüldü:

Davacı adına, 2001/Mart, Mayıs, Ekim, Aralık dönemlerine ilişkin vergi ziyai cezalı tapu harcı ile gecikme faizinin tahsili amacıyla düzenlenen ödeme emirlerinin iptali istemiyle açılan davayı reddeden vergi mahkemesi kararının temyizen incelenerek bozulması istenilmektedir.

213 sayılı Kanunun "Uzlaşma ve Vergi Mahkemesinde Dava Açma" başlıklı ek 7. maddesinin 1. fıkrasında, müddeti içinde uzlaşma talebinde bulunan mükellef veya ceza muhatabının uzlaşma talep ettiği vergi veya ceza için, ancak uzlaşma vaki olmadığı takdirde dava açma yoluna gidebileceği, 4. fıkrasında da, 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 düzenlenmesine yer verilmiştir.

213 sayılı Kanunda yer alan tarhiyat sonrası uzlaşmaya ilişkin usul ve esasları belirlemek amacıyla çıkarılan Uzlaşma Yönetmeliğinin "Uzlaşma Talebinin İncelenmesi ve Görüşmelerinin Yapılması" başlıklı 10. maddesinin 8. fıkrasında, uzlaşmanın temin edilemediği takdirde (mükellef veya vekilinin uzlaşma komisyonunun davetine icabet etmemesi, komisyona geldiği halde uzlaşma tutanağını imzalamaması veya tutanağı ihtirazi kayıtlı imzalamak istemesi halinde uzlaşma temin edilememiş sayılır.) komisyonca bu husus belirtilmek üzere üç nüsha tutanak düzenleneceği, tutanağın bir nüshasının mükellefe verileceği, mükellefin uzlaşma davetine icabet etmemesi veya tutanağı almaktan imtina etmesi halinde tutanağın iki örneğinin gereği yapılmak üzere üç gün içerisinde ilgili vergi dairesine gönderileceği, 10. fıkrasında ise, uzlaşmanın vaki olmaması halinde (komisyon teklifinin mükellefçe kabul edilmediği durumda) komisyon nihai teklifinin tutanağa geçirileceği, mükellefin, dava açma süresinin son günü akşamına kadar komisyonun nihai teklifini kabul ettiğini bir dilekçe ile vergi dairesine bildirdiği takdirde bu tarih itibarıyla uzlaşma vaki olmuş sayılacağı ve buna göre işlem tesis edileceği düzenlenmesine yer verilmiştir.

Anılan Yönetmelik hükümlerin değerlendirilmesinden, uzlaşma görüşmesi sonunda, anlaşmaya varılamayan hallerde, uzlaşmanın vaki olmaması ve temin edilememesi olarak bir ayrıma gidildiği görülmekte ise de, 213 sayılı Kanunda uzlaşmanın vaki olmaması veya temin edilememesi hallerine ilişkin bir ayrıma gidilmemiştir. 213 sayılı Kanunun ek 7. maddesinde geçen "uzlaşmanın vaki olmaması" deyiminin, yükümlünün veya adına ceza kesilenin uzlaşma komisyonunun davetine icabet etmemesi, komisyon geldiği halde uzlaşma tutanağını imzalamaması veya bu tutanağı ihtirazi kayıtlı imzalamak istemesi halleri içereceği kabul edilmelidir. Bir başka anlatımla uzlaşma görüşmesinin yapılması fakat ödenmesi gereken vergi ve ceza tutanağında anlaşılabilmesi ile ilgilinin tutanağı imza etmemesi ihtirazi kayıtlı imza etmek istemesi veya uzlaşma toplantısına katılmaması arasında sonuç itibarıyla bir fark bulunmamaktadır.

Uzlaşmanın vergi idaresi ile yükümlüyü uyumsuzluk çıkarmadan önce bir kez düşündürmek ve mümkün olursa anlaşılabilmesi sağlamak amacıyla yasaya konulduğu göz önünde bulundurulduğundan, Kanun koyucunun uzlaşma çağrısına uyan ancak uzlaşmayan yükümlü ile davete icabet etmeyen ya da tutanağı imzalamayan yükümlü arasında dava yoluna başvurmak bakımından bir farklılık yaratmak istediği düşünülemez.

Bu durumda, ek 7'nci maddede yükümlü ya da ceza muhatabının uzlaşmanın vaki olmadığına dair tutanağın kendisine tebliğinden itibaren genel hükümler dairesinde dava açabileceğinin belirtilmesi karşısında, yükümlünün uzlaşma davetine icabet etmemesi durumunda ilgilinin ek 7'nci maddede öngörülen süre içinde dava açma hakkını kullanabilmesi için tutanağın mükellefe tebliği gerektiği sonucuna ulaşılmaktadır.

Dosyanın incelenmesinden, davacı kooperatif hakkında düzenlenen vergi inceleme raporuna istinaden tarh edilen vergi ziyai cezalı tapu harcına ilişkin ihbarnamelerin 2.11.2006 tarihinde davacı kooperatif başkanına tebliğ edilmesi üzerine aynı tarihte uzlaşma talebinde bulunulduğu, vergi dairesince uzlaşma görüşmesinin 19.12.2006 tarihinde yapılacağına davacı kooperatife bildirilmesine rağmen belirlenen tarihte davacı kooperatifçe uzlaşmaya icabet edilmediği, bunun üzerine davacının uzlaşmaya icabet etmemesi nedeniyle uzlaşmanın temin edilemediği, ancak uzlaşmanın temin edilemediğine ilişkin tutanağın davacı kooperatife tebliğ edilmeden tahakkuk ettirilen cezalı vergilerin yasal süresinde ödenmediğinden bahisle düzenlenen 21.3.2007 tarihli ödeme emirlerinin 6.4.2006 tarihinde davacı kooperatife tebliğ edilmesi üzerine dava konusu ödeme emirlerinin iptali istemiyle bakılan davanın açıldığı anlaşılmaktadır.

Davacı kooperatif adına tarh edilen vergi ziyai cezalı tapu harcının kesinleşmesi ve tahsil aşamasına gelebilmesi için söz konusu vergi ziyai cezalı tapu harcına ilişkin ihbarnamelere karşı dava açma süresinin geçmiş olması gerekmektedir. Ancak, olayda davacı kooperatif tarafından ihbarnameler içeriği kamu alacağı için uzlaşma talebinde bulunulduğu görüldüğünden yukarıda yapılan açıklamalar çerçevesinde, uzlaşmanın temin edilemediği durumda kamu alacağının kesinleşebilmesi için uzlaşmanın temin edilemediğine ilişkin tutanağın yükümlü veya ceza muhatabına tebliğ edilmesi gerektiği sonucuna ulaşıldığından, davacının uzlaşmaya icabet etmemesi nedeniyle uzlaşmanın temin edilemediğine dair tutanağın kendisine tebliğ edilmesi, tutanağın tebliğinden itibaren kalan süre içinde veya dava açma müddeti bitmiş veya 15 günden az kalmış ise bu müddetin, tutanağın tebliği tarihinden itibaren 15 gün içinde ödeme emri dayanağı ihbarnamelere dava açılmamış olması gerekmektedir.

Olayda ise, davacı kooperatife uzlaşma tutanağın tebliğ edilmediği, ve ek 7'nci madde gereğince, davacı kooperatifin adına yapılan cezalı tarhiyata karşı dava açma süresi yeniden başlatılarak kamu alacağının kesinleştirilmediği görüldüğünden dava konusu ödeme emirlerinde hukuka uyarlık bulunmadığı anlaşılmaktadır.

Açıklanan nedenlerle, temyiz isteminin kabulü ile İzmir 3. Vergi Mahkemesinin 31.10.2007 tarih ve E.2007/438, K.2007/971 sayılı kararının bozulmasına 17.6.2009 tarihinde oybirliği ile karar verildi.

YARGILAMA USULÜ

T.C.
DANIŞTAY
Dokuzuncu Daire
Esas No : 2007/4510
Karar No : 2009/91

Özeti : Mahkemece verilen ara kararı dava dilekçesinde gösterilen adreste tebliğ edilen davacıya, birinci cevap dilekçesinin tebliğ edilememesi üzerine dosyanın işlemde kaldırılması ve sonuçta davanın açılmamış sayılmasının hukuka uygun olmadığı hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan : ... Medikal Ticaret Ltd. Şti

Karşı Taraf : Gaziler Vergi Dairesi Müdürlüğü

İstemnin Özeti : Davacı şirket adına 2001/Ocak-Aralık dönemleri için tarh edilen vergi ziyai cezalı katma değer kaldırılması istemiyle açılan davada; dosyanın incelenmesinden, savunma dilekçesinin dava dilekçesinde belirtilen adrese tebligata çıkartıldığı, ancak 8.6.2006 günlü tebliğ alındığında tebligatın yapılamadığından iade edildiğinin görüldüğü, Mahkemelerince 15.6.2006 tarihinde dosyanın işlemde kaldırıldığı, işlemde kaldırma tarihinden itibaren bir yıl içerisinde yeni adresin bildirilmek suretiyle dosyanın yeniden işleme konulmasının istenilmediğinin anlaşıldığı gerekçesiyle 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 26 ncı maddesinin 3 üncü fıkrası uyarınca davanın açılmamış sayılmasına hükmeden Samsun Vergi Mahkemesinin 19.6.2007 tarih ve E:2006/207, K:2007/356 sayılı kararının; dava dilekçesindeki adresin doğru ve halen geçerli olduğu, tebligatın yapılamamasında kendilerinin kusuru olmadığı ileri sürülerek bozulması istenilmektedir.

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

Danıştay Savcısı Mehmet Sağlam'ın Düşüncesi : 7201 sayılı Tebligat kanunu'nun 35. maddesinin birinci fıkrasında, kendisine veya adresine kanunun gösterdiği usullere göre tebliğ yapılmış olan kimse, adresini değiştirirse, yerini hemen tebliğ yaptırmış olan kaza merciine bildirmeye mecbur olduğu, bu takdirde bundan sonraki tebliğlerin bildirilen yeni adrese yapılacağı hükmü yer almış olup, müteakip fıkralarda da, bu Kanun uyarınca yapılacak tebliğ işlemlerinin ne şekilde gerçekleştirileceği açıklanmıştır.

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 26/3 maddesinde ise, davacının gösterdiği adrese tebligat yapılamaması halinde bu Kanun hükmünün uygulanacağı hükmüne yer verilmiştir.

Dava konusu olayda, Samsun Vergi Mahkemesinin 05.04.2006 sayılı ara kararı davacının gösterdiği adrese tebliğ edilmiş olması nedeniyle, bundan sonraki tebliğler için 2577 sayılı Yasanın 26/3 maddesinde yazılı kuralların olaya uygulanma olanağı bulunmadığından, bu madde uyarınca davalı idarenin savunma dilekçesi davacının gösterdiği adresten ayrılmış olması nedeniyle tebliğ edilememesinden dolayı verilen işlemde kaldırma kararında anılan yasa ve usul hükümlerine uyarlık görülmemiştir.

Belirtilen nedenle temyize konu Mahkeme kararının bozulması gerektiği düşünülmektedir.

Tetkik Hakimi Engin Karabacak'ın Düşüncesi : Dava dilekçesinde gösterdiği adreste kendisine evvelce Mahkemece 5.4.2006 tarihinde verilen ara kararın tebliğ yapıldığı

tartışmasız olan davacının, eski adresini değiştirdiği ve tebligata elverişli yeni adresini bildirmediği veya böyle bir adresin saptanamadığı durumlarda tebligatın, Tebligat Kanununun 35 inci maddesine göre yapılması gerektiği, bu kurallara uyulmaksızın yürütülen işlemler sonucunda dosyanın işlemten kaldırılması ve bir yıl içinde yeni adresin bildirilmediği gerekçesiyle davanın açılmamış sayılması yolundaki Mahkeme kararının bozulmasının uygun olacağı düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Dokuzuncu Dairesince işin gereği görüşüldü:

Uyuşmazlıkta, davacı şirket adına 2001/Ocak-Aralık dönemleri için tarh edilen vergi ziyai cezalı katma değer kaldırılması istemiyle açılan davada 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 26 ncı maddesinin 3 üncü fıkrası uyarınca davanın açılmamış sayılmasına hükmeden Mahkeme kararının bozulması istenilmektedir.

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 26 ncı maddesinin 3 üncü fıkrasında; davacının gösterdiği adrese tebligat yapılamaması halinde, yeni adresin bildirilmesine kadar dava dosyasının işlemten kaldırılacağı ve varsa yürütmenin durdurulması kararının kendiliğinden hükümsüz kalacağı, dosyanın işlemten kaldırıldığı tarihten başlayarak bir yıl içinde yeni adres bildirilmek suretiyle dosyanın yeniden işleme konulması istenmediği takdirde davanın açılmamış sayılmasına karar verileceği belirtilmiştir.

Bu kural, dava dilekçesinde gösterilen adreste henüz herhangi bir tebligatın yapılmadığı durumlarda uygulanabilir.

2577 sayılı Yasanın 60 ıncı maddesinde; Danıştay ile bölge idare, idare ve vergi mahkemelerine ait her türlü tebliğ işlerinin Tebligat Kanunu hükümlerine göre yapılacağı kurala bağlanmıştır. Bu kural uyarınca uygulanması gereken 7201 sayılı Tebligat Kanununun 35 inci maddesinde; kendisine veya adresine, kanunun gösterdiği usullere göre tebliğ yapılmış olan kimsenin, adresini değiştirmesi halinde yeni adresini hemen tebliğ yaptırmış olan kaza merciine bildirmeye mecbur olduğu, bu taktirde bundan sonraki tebliğlerin bildirilen yeni adrese yapılacağı, adresini değiştiren kimse yeni adres bildirmediği ve tebliğ memurunca da tespit edilemediği takdirde tebliğ olunacak evrakın bir nüshasının eski adrese ait binanın kapısına asılacağı ve asılma tarihinin tebliğ tarihi sayılacağı kabul edilmiştir.

Dosyanın incelenmesinden, davacı şirketin dava dilekçesinde gösterdiği adreste Mahkemelerince 5.4.2006 tarihinde verilen ara kararın 21.4.2006 tarihinde tebliğ edildiği ve bunun üzerine davacı şirket tarafından ara kararın gereğinin yerine getirildiği, ancak davalı idarece verilen savunmanın anılan adreste davacı şirkete tebliğ edilemediği gerekçesiyle Vergi Mahkemesince 15.6.2006 tarihinde dosyanın işlemten kaldırıldığı, işlemten kaldırma tarihinden itibaren bir yıl içerisinde yeni adresin bildirilmek suretiyle dosyanın yeniden işleme konulmasının istenilmediği gerekçesiyle 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 26 ncı maddesinin 3 üncü fıkrası uyarınca davanın açılmamış sayılmasına karar verildiği anlaşılmaktadır. Davalı idarenin savunmasının "muhatapın adresinden ayrıldığı yeni adresinin bilinmediğinin mahalle muhtarının beyanından anlaşıldığı" şerhiyle mahkemeye iade edildiği ve savunmadan önce dava dilekçesinde gösterilen adreste Mahkemece verilen ara kararının davacıya tebliğ edildiği tartışmasız olduğundan yukarıda açıklanan Tebligat Kanununun 35 inci maddesine göre tebliğ olunacak evrakın bir nüshasının eski adrese ait binanın kapısına asılmak suretiyle yeniden tebligata çıkarılması gerekirken mahkemece dosyanın işlemten kaldırılmasına ve bir yıl içinde yeni adresin bildirilmediği gerekçesiyle davanın açılmamış sayılmasına ilişkin olarak verilen kararda hukuka uygunluk bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle, temyiz isteminin kabulüne Samsun Vergi Mahkemesinin 19.6.2007 tarih ve E:2006/207, K:2007/356 sayılı kararının bozulmasına 21.1.2009 tarihinde oybirliği ile karar verildi.

ONUNCU DAİRE KARARLARI

AHVALİ ŞAHSİYE İŞLERİ

T.C.
DANIŞTAY
Onuncu Daire

Esas No : 2007/1629
Karar No : 2009/6470

Özeti : İçişleri Bakanlığı'nın nüfus hizmetlerine ilişkin görev ve yetkisinin, nüfus kayıtlarının aslına uygun olarak düzenlenmesiyle sınırlı olması nedeniyle, ahvali şahsiyeye ilişkin olan evlatlık ilişkisinin kurulup kurulmadığının tespitinin adli yargı yerinin görev alanına girdiği; bu nedenle davacının, evlatlık ilişkisinin nüfus kütüğüne tescil istemi üzerine, idarece, evlatlık ilişkisinin kurulup kurulmadığına yönelik herhangi bir belirleme yapılmaksızın, yeni yasada öngörülen şartların aranmasının bulunmadığı takdirde, tescil isteminin reddi yolunda işlem tesis edilmesinin, idarenin aktarılan görevinin sınırlarıyla bağdaşır nitelikte olduğu hakkında.

Temyiz Eden (Davalı) : İçişleri Bakanlığı

Karşı Taraf (Davacı) : ...

Vekili : Av. ...

İstemin Özeti : Danıştay 10. Dairesinin 21.4.2006 tarih ve E:2004/9838, K:2006/ 2586 sayılı görev yönünden bozma kararına uyan Ankara 4. İdare Mahkemesince dava konusu işlemin iptali yolunda verilen 10.11.2006 tarih ve E:2006/2325, K:2006/2504 sayılı kararın temyizen incelenerek bozulması istenilmektedir.

Savunmanın Özeti : Yerinde olmadığı ileri sürülen temyiz isteminin reddi gerektiği savunulmaktadır.

Danıştay Tetkik Hakimi : Nihan Didem Çakmak

Düşüncesi : Dava konusu olayda, davalı idarenin görev ve yetkisi, nüfus kayıtlarını aslına uygun olarak düzenlenmekle sınırlı bulunduğundan, davacının tescil istemi üzerine, idarece, yeni yasanın aradığı şartların somut olayda mevcut olup olmadığının araştırılması, mevcut değilse tescil isteminin reddi yolunda işlem tesis edilmesi gerektiğinden, dava konusu işlemde hukuka aykırılık bulunmamaktadır.

Bu nedenle, aksi yöndeki mahkeme 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 Kanunu'nun 49 uncu maddesinin birinci fıkrasında belirtilen nedenlerin bulunması gerekmektedir.

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

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Onuncu Dairesince gereği görüldü:

Dava; davacının, evlâtlık ilişkisinin nüfus kütüğüne tescili isteminin reddine ilişkin İçişleri Bakanlığı Nüfus ve Vatandaşlık İşleri Genel Müdürlüğü'nün 9.9.2002 tarih ve 13974 sayılı işlemin iptali istemiyle açılmıştır.

Ankara 4. İdare Mahkemesince; 4721 sayılı Yasanın 315. maddesinde, evlat edinme başvurusundan sonra evlat edinmenin ölümü veya ayırt etme gücünü kaybetmesinin, diğer koşulların bundan etkilenmemesi halinde evlat edinmeye engel oluşturmayacağı kuralına yer verildiği, buna göre evlat edinmede temel ve yeterli şartın evlat edinme iradesinin varlığı olduğu; bu bağlamda, dava konusu olayda, mahkemece verilen izin üzerine noterde evlat edinme sözleşmesi imzalayan Macide Yalabuk isimli şahsın vefatı nedeniyle yeni yasaya göre evlatlık ilişkisinin kurulması mümkün bulunmamakta ise de; Mülga 743 sayılı Yasa uyarınca mahkemeye başvurulmak suretiyle evlat edinme iradesinin ortaya konulması karşısında, evlat edinmenin nüfus kütüğüne tescil edilmesi gerekirken, aksi yönde tesis edilen dava konusu işlemlerde hukuka uyarlık bulunmadığı gerekçesiyle işlemin iptaline karar verilmiştir.

Davalı idare tarafından, anılan İdare Mahkemesi kararının hukuka aykırı olduğu ileri sürülerek temyizen incelenip bozulması istenilmektedir.

Mülga 743 sayılı Türk Kanunu Medenisinin 256. maddesinde; evlat edinmenin, evlat edinenin oturduğu yer sulh hakiminin izni üzerine yapılacak resmi bir senetle olacağı hükme bağlanmış iken; bu Yasayı yürürlükten kaldıran ve 1.1.2002 tarihinde yürürlüğe giren 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 315. maddesinde, evlatlık ilişkisinin, evlat edinenin oturma yeri; birlikte evlat edinmede eşlerden birinin oturma yeri mahkemesince verilecek kararla birlikte kurulacağı kuralına yer verilmiştir.

4722 sayılı Türk Medeni Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanunun 1. maddesinde, Türk Medeni Kanununun yürürlüğe girdiği tarihten önceki olayların hukuki sonuçlarına, bu olaylar hangi kanun yürürlükte iken gerçekleşmişse kural olarak o kanun hükümlerinin uygulanacağı; Türk Medeni Kanununun yürürlüğe girdiği tarihten önce yapılmış olan işlemlerin hukuken bağlayıcı olup olmadıkları ve sonuçlarının, bu tarihten sonra dahi, yapıldıkları sırada yürürlükte bulunan kanunlara göre belirleneceği; Türk Medeni Kanununun yürürlüğe girdiği tarihten sonra gerçekleşen olaylara, Kanunda öngörülmuş ayrık durumlar saklı kalmak kaydıyla, Türk Medeni Kanunu hükümlerinin uygulanacağı hükmüne yer verilmiş; 4. maddesinde, eski hukuk yürürlükte iken gerçekleşmiş olup da, Türk Medeni Kanununun yürürlüğe girdiği sırada henüz herhangi bir hak doğurmamış olaylara, bu Kanun hükümlerinin uygulanacağı düzenlenmiş; 14. maddesinde ise, Türk Medeni Kanununun yürürlüğe girmesinden önce kurulmuş olan evlat edinme sözleşmelerinin, bütün hükümleri ile birlikte geçerliliğini koruyacağı öngörülmüştür.

3152 sayılı İçişleri Bakanlığı Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanunun 10. maddesinde; nüfus hizmetlerini düzenlemek, yürütmek, takip etmek, denetlemek ve değerlendirmek, usulüne göre tesis edilmemiş kayıtların silinmesini karara bağlamak, maddi hataları düzeltmek, aile kayıtlarını birleştirmek, mükerrer kayıtları birbirine göre tamamlamak ve diğerlerini silmek, nüfus hizmetleri ile ilgili olarak diğer bakanlık, kurum ve kuruluşlar arasında koordinasyon sağlamak Nüfus ve Vatandaşlık İşleri Genel Müdürlüğü'nün görevleri arasında sayılmış; 5490 sayılı Nüfus Hizmetleri Kanununun 1. maddesinde ise, bu Yasanın amacının, kişinin doğumundan ölümüne kadar kişisel ve medenî durumuna, uyrukluğuna ve bunlarda meydana gelebilecek değişikliklere ait doğal ve hukukî olayların belirlenip saptanması, bu amaçla düzenlenmiş kütüklere yazılması, elektronik ortamda ulusal adres veri tabanının oluşturulması, nüfus kayıtları ile adres bilgilerinin ilişkilendirilmesini sağlamak olduğu; 4. maddesinde de nüfus hizmetlerinin, İçişleri Bakanlığı'nın merkez ve taşra teşkilâtı ile dış temsilcilikleri tarafından yürütüleceği kuralına yer verilmiştir.

Dava dosyasının incelenmesinden; ... isimli şahsın, Mülga 743 sayılı Yasanın yürürlükte bulunduğu dönemde, yeğeni olan davacıyı evlat edinmesine izin verilmesi

istemiyle Zeytinburnu Sulh Hukuk Mahkemesinde açtığı dava sonucunda, Mahkemenin 19.10.1994 tarih ve E:1994/871, K:1994/925 sayılı kararıyla davacıyı evlat edinmesine izin verildiği; bununla birlikte, adı geçen şahıs ile davacı arasında evlatlık ilişkisinin kurulabilmesi için Mülga 743 sayılı Yasanın öngördüğü resmi senedin, yeni yasanın yürürlüğe girdiği 1.1.2002 tarihinden sonra 19.6.2002 tarihinde imzalandığı, 7.8.2002 tarihinde de davacıyı evlat edinmek isteyen adı geçen şahsın yaşamını yitirdiği; bunun üzerine davacı tarafından, söz konusu şahıs ile aralarında kurulduğu belirtilen evlatlık ilişkisinin nüfus kütüğüne tescili istemiyle davalı idareye başvurulduğu; başvurunun, 4721 sayılı Yasanın yürürlüğünden sonra, Yasanın amir hükmü gereği yalnızca mahkeme kararıyla kurulan evlatlık ilişkilerinin tescil edilebildiği gerekçesiyle reddi üzerine bakılan davanın açıldığı anlaşılmaktadır.

Davalı idarenin, dava konusu olaydaki görev ve yetkisi, 3152 sayılı Yasa ile 5490 sayılı Yasanın aktarılan maddelerinden de görüleceği üzere, yasalar uyarınca kendisine verilen nüfus kayıtlarını aslına uygun olarak düzenlenmekle sınırlıdır. Bu bağlamda, evlatlık ilişkisinin kurulup kurulmadığının idarece tespiti mümkün olmayıp, ahvali şahsiyeye ilişkin olan bu husus tamamen adli yargı yerinin görev alanına girmektedir.

Bu nedenle, uyumsuzlukta, davacının tescil istemi üzerine, davalı idarece, evlatlık ilişkisinin kurulup kurulmadığına yönelik herhangi bir belirleme yapılmaksızın, yeni Yasada öngörülen şartların (1.1.2002 tarihinden sonra verilmiş mahkeme kararının) aranması, bulunmadığı takdirde tescil isteminin reddi yolunda işlem tesis edilmesi, idarenin aktarılan görevinin sınırlarıyla bağdaşır niteliktedir.

Buna göre, İdare Mahkemesince, dava konusu işlemde hukuka aykırılık bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmesi gerekirken, adli yargının görev alanında bulunan evlatlık ilişkisinin kurulup kurulmadığı hususunda tespiti yer verilmesi suretiyle dava konusu işlemin iptali yolunda hüküm kurulmasında hukuki isabet görülmemektedir.

Öte yandan; davacı tarafından, evlatlık ilişkisinin kurulup kurulmadığının tespiti amacıyla adli yargı yerinde dava açılması halinde, bu dava sonucunda verilen kararın nüfus kütüğüne tescili istemiyle idareye başvurularak yeniden işlem tesis ettirilebileceği tabiidir.

Açıklanan nedenlerle, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 49. maddesi uyarınca davalı idarenin temyiz isteminin kabulü ile Ankara 4. İdare Mahkemesinin 10.11.2006 tarih ve E:2006/2325, K:2006/2504 sayılı kararının bozulmasına, dava dosyasının yeniden bir karar verilmek üzere anılan İdare Mahkemesine gönderilmesine 19.6.2009 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

BİLGİ EDİNME İŞLERİ

T.C.
DANIŞTAY
Onuncu Daire

Esas No : 2009/4540
Karar No : 2009/3725

Özeti : Kamu kurumu niteliğinde bir meslek kuruluşu olan davacı Tabip Odasının bilgi edinme başvurusunun, tüzel kişi bilgi edinme başvurusu olarak değerlendirilmesi gerektiği; disiplin cezasını vermekle görevli ve yetkili olan meslek kuruluşunca, yürüttüğü incelemeye esas olmak üzere, iki doktor arasında yaşanan kavga nedeniyle hastane başhekimliğince başlatılan disiplin soruşturmasına ait bilgi ve

belgelerin birer örneğinin verilmesi yönündeki istemin, 4982 sayılı Yasaya ve 6023 sayılı Yasaya aykırı bir yönü bulunmadığı hakkında.

Temyiz Eden (Davacı) : İstanbul Tabip Odası

Vekili : Av. ...

Karşı Taraf (Davalı) : İstanbul Valiliği

İstemin Özeti : İstanbul 9. İdare Mahkemesince, davanın reddi yolunda verilen 23.5.2008 tarih ve E:2007/487, K:2008/1096 sayılı kararın, temyizden incelenerek bozulması istenilmektedir.

Savunmanın Özeti : Yerinde olmadığı ileri sürülen temyiz isteminin reddi gerektiği savunulmaktadır.

Danıştay Tetkik Hakimi : Aydın Akgül

Düşüncesi : Dava, ... Eğitim ve Araştırma Hastanesinde çalışan iki doktor arasında yaşanan kavga nedeniyle hastane başhekimliğince başlatılan disiplin soruşturmasına ait bilgi ve belgelerin davacı Odaya iletilmesi isteminin reddine ilişkin İstanbul Valiliği İl Sağlık Müdürlüğü'nün 22.6.2007 tarih ve 11077 sayılı işleminin iptali istemiyle açılmıştır.

Davacı odaya kayıtlı olsun veya olmasın tüm meslek mensuplarının, mesleki ahlak ve deontoloji kurallarına aykırı iş ve işlemleri ile ilgili olarak gerekli incelemeyi yapmak ve 6023 sayılı Yasada yazılı disiplin cezasını vermekle görevli ve yetkili olan meslek odasının, ... Eğitim ve Araştırma Hastanesinde çalışan iki doktor arasında yaşanan kavga nedeniyle hastane başhekimliğince başlatılan disiplin soruşturmasına ait bilgi ve belgelerin birer örneğinin verilmesi yönündeki isteminin reddine ilişkin işlemde hukuka 4982 sayılı Yasa'ya uyarlık görülmemektedir.

Açıklanan nedenle, temyiz isteminin kabulü ile mahkeme kararının bozulması gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı : Hüseyin Yıldız

Düşüncesi : ... Eğitim ve Araştırma Hastanesinde görev yapan Dr. ...'ın şikayet dilekçesinde, meslektaşı olan Dr. ...'ın kendisine yönelik fiziki saldırıda bulunup, hakaret ettiği iddia edilerek olayın çalıştığı birimde soruşturma konusu yapıldığının belirtilerek cezalandırılmasının istemi üzerine İstanbul Tabip Odası Başkanlığının yürütülen soruşturma belge ve bilgilerinin birer örneğinin İstanbul İl sağlık müdürlüğünden istenilmesinin reddine ilişkin işlemin iptali istemiyle açılan davayı reddeden, İstanbul 9. İdare Mahkemesinin 23.5.2008 gün ve E:2007/487 K:2008/1096 sayılı kararının., davacı Tabip Odası tarafından temyizden incelenerek bozulması istenilmektedir.

İdare Mahkemesince, meslek kuruluşlarına üye olmayanlar hakkında meslek kuruluşlarının disiplin cezası verme yetkisi bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir.

Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulunun 24.11.2005 tarih ve YD. İtiraz No:2005/642 sayılı kararında; Disiplin hukuku bakımından meslek mensubu olup, kamu görevlisi statüsünde olanlarla, mesleğini serbest olarak icra edenler arasında kesin bir yetki alanı ayrımı yoktur. Başka bir deyişle, meslek mensubu olup, kamu görevlisi olanların bağlı olduğu kamu tüzel kişiliğine karşı, mesleğini serbest icra edenlerin ise meslek kuruluşuna karşı disiplin hukuku açısından sorumlu olduğu şeklinde kesin bir sonuca ulaşılması mümkün değildir. Disiplin hukuku bakımından önemli olan, disiplin cezasına konu eylemin ağırlıklı olarak hangi görevden kaynaklandığının tesbitidir. Bu açıdan eylemin hangi görevden kaynaklandığının öncelikle tesbiti gerekir, belirlenmesine karar verilerek tabip odalarının; kamu görevlisi statüsünde görev yapan meslek mensuplarının deontoloji tüzüğüne aykırı görülen fiil ve hareketlerinden dolayı disiplin cezası verme yetkisizliği yönündeki duraksama giderilmiştir.

Bu durumda, Resmi Kurumda tabip olarak görev yapan kişinin, deontoloji tüzüğüne aykırı davranışından dolayı biriminde açılan disiplin soruşturmasına dair belge ve bilgilerin birer örneğinin Tabip Odasına, aynı kişi hakkında kendilerine de yapılan şikayette; yürütülecek disiplin soruşturmasında dikkate alınmak üzere isteme yetkisi bulunduğundan, aksi yönde verilen İdare Mahkemesi kararında hukuki isabet bulunmamaktadır. Bu itibarla davaya konu belge ve bilgi örneklerinin de ilgilinin çalıştığı birimden getirildikten sonra işin esasının birlikte incelenerek bir karar verilmek üzere Mahkeme kararının bozulmasının uygun olacağı düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Onuncu Dairesince, 2577 sayılı Yasanın 17/2 maddesi uyarınca, davacının duruşma istemi yerinde görülmeyerek işin esasına geçildi, gereği görüldü:

Dava, ... Eğitim ve Araştırma Hastanesinde çalışan iki doktor arasında yaşanan kavga nedeniyle hastane başhekimliğince başlatılan disiplin soruşturmasına ait bilgi ve belgelerin davacı Odaya iletilmesi isteminin reddine ilişkin İstanbul Valiliği İl Sağlık Müdürlüğü'nün 22.6.2007 tarih ve 11077 sayılı işleminin iptali istemiyle açılmıştır.

İstanbul 9. İdare Mahkemesince; meslek kuruluşlarına üye olmayanlar hakkında meslek kuruluşlarının disiplin cezası verme yetkisi bulunmadığı, gizli olması gereken soruşturmaya ilişkin belgelerin istenilmesi üzerine tesis edilen dava konusu işlemde hukuka aykırılık görülmediği gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir.

Davacı tarafından, hukuka aykırı olduğu ileri sürülerek anılan mahkeme kararının temyizen incelenerek bozulması istenilmektedir.

4982 sayılı Bilgi Edinme Hakkı Kanunu'nun 1. maddesinde; bu Yasanın amacının; demokratik ve şeffaf yönetimin gereği olan eşitlik, tarafsızlık ve açıklık ilkelerine uygun olarak kişilerin bilgi edinme hakkını kullanmalarına ilişkin esas ve usulleri düzenlemek olduğu; 2. maddesinde, bu Yasanın; kamu kurum ve kuruluşları ile kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının faaliyetlerinde uygulanacağı; 3. maddesinde, bu Yasada geçen; kurum ve kuruluşun, bu Yasanın 2. maddesinde geçen ve kapsama dahil olan bilgi edinme başvurusu yapılacak bütün makam ve mercileri; başvuru sahibinin, bu Yasa kapsamında bilgi edinme hakkını kullanarak kurum ve kuruluşlara başvuran gerçek ve tüzel kişileri ifade edeceği; 5. maddesinde, kurum ve kuruluşların, bu Yasada yer alan istisnalar dışındaki her türlü bilgi veya belgeyi başvuranların yararlanmasına sunmak ve bilgi edinme başvurularını etkin, süratli ve doğru sonuçlandırmak üzere, gerekli idari ve teknik tedbirleri almakla yükümlü oldukları hükümlerine yer verilmiştir.

Yukarıda belirtilen yasa hükümlerine göre; 4982 sayılı Yasanın, kamu kurum ve kuruluşları ile kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının faaliyetlerinde uygulanacağı, kamu kurum ve kuruluşları ile kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının faaliyetleri ile ilgili bilgi verme yükümlüsü oldukları, bilgi edinme başvurusunu ise bu kurum ve kuruluşlara başvuran gerçek ve tüzel kişilerin yapacakları açık olup; kamu kurumu niteliğinde bir meslek kuruluşu olan davacı Tabip Odasının bilgi edinme başvurusunun, tüzel kişi bilgi edinme başvurusu olarak değerlendirilmesi gerekmektedir.

6023 sayılı Türk Tabipleri Birliği Kanunu uyarınca kamu tüzel kişiliğine sahip kamu kurumu niteliğinde bir meslek kuruluşu olan Türk Tabipleri Birliği; tabipler arasında mesleki deontolojiye ve dayanışmayı korumak, tabipliğin kamu ve kişi yararına uygulanıp geliştirilmesini sağlamak, meslek mensuplarının hak ve yararlarını korumak amacıyla kurulmuştur. Bu amacı gerçekleştirmek için adı geçen kuruluş, meslek mensuplarının onur ve vakarını koruyucu ve halkın mesleğe ve meslek mensuplarına karşı güvenini oluşturacak mesleki ahlak ve disipline ilişkin kuralları belirlemek ve bu kurallara uyulmasını sağlamaya yönelik olarak disiplin cezası verme yetkisine sahiptir.

Bu kuruluşların faaliyet gösterdiği alanda bir mesleği icra etmek isteyen kişi, bu kuruluşa üye olmak zorundadır. Meslek kuruluşu üyesi olanların mesleki ahlak ve deontoloji kurallarına aykırı eylemlerinin önüne geçebilmeyi hedefleyen bu zorunluluğa, Anayasanın 135. maddesinin 2. fıkrasındaki "Kamu kurum ve kuruluşları ile kamu iktisadi teşebbüslerinde asli ve sürekli görevlerde çalışanların meslek kuruluşlarına girme mecburiyeti aranmaz" hükmü ile istisna getirilmiştir.

Bu istisnai kural, esasen idarenin bütünlüğü ilkesi çerçevesinde, kamu görevlisinin mesleğe girişi, görevlendirilmesi, yükselmesi ve denetimi konularında belli bir makamın ya da idari merciin yetkili olması zorunluluğundan kaynaklanmaktadır. Aksi takdirde disiplin cezası vermek suretiyle meslek mensubunun çalıştığı kurum veya kuruluşun düzeninin sağlanması mümkün olmaz.

Bu nedenle, meslek mensubu kimliğinin yanısıra aynı zamanda kamu görevlisi olanların, yürüttükleri kamu hizmeti ve görevi ile ilgili olan iş ve eylemlerinden dolayı bağlı bulundukları kamu tüzel kişiliğine karşı sorumlu olmaları esastır. Ancak, yürütülen bu kamu görevinin niteliği ve sınırları dışında kalan, dolayısıyla meslek mensubu kimliğiyle mesleki ahlak ve deontoloji kurallarına aykırı iş ve işlemleri gerçekleştiren meslek mensuplarına, ilgili meslek odasının disiplin cezası verilebileceği hususunda bir duraksama bulunmamaktadır.

Nitekim, 6023 sayılı Türk Tabipleri Birliği Kanunu'nun 30. maddesinde; Oda Haysiyet Divanınca yapılacak incelemede, meslek adabı ile bağdaşmayan hallere kalkıştıkları görülen meslek mensuplarının, deontolojiye veya kamu hizmet veya selametine aykırı hareketlerinin, hadiseleri ve delilleri ile birlikte tespit edildikten sonra ilgili meslek mensubunun savunmasının alınacağı ve sonucuna göre 39. maddede sayılan disiplin cezasının Oda Haysiyet Divanınca verileceği kurala bağlanmıştır.

Dosyanın incelenmesinden; ... Eğitim ve Araştırma Hastanesinde görev yapan Dr. ...'ın, meslektaşları olan Dr. ...'in kendisine yönelik fiziki saldırıda bulunup, hakaret ettiğini iddia ederek davacı Oda'ya şikayette bulunması üzerine, İstanbul Tabip Odası Başkanlığınca, İstanbul İl Sağlık Müdürlüğünden olaya ilişkin olarak kurumlarının yürüttüğü soruşturmaya ait bilgi ve belgelerin birer örneğinin Odaya gönderilmesi isteminin reddi üzerine bakılan davanın açıldığı anlaşılmaktadır.

Bu durumda, yukarıda değinilen mevzuata ve yapılan açıklamaya göre, odaya kayıtlı olsun veya olmasın tüm meslek mensuplarının, mesleki ahlak ve deontolojiye aykırı iş ve işlemleri ile ilgili olarak gerekli incelemeyi yapmak ve 6023 sayılı Yasada belirtilen disiplin cezasını vermekle görevli ve yetkili olan meslek kuruluşunca, yürüttüğü incelemeye esas olmak üzere, ... Eğitim ve Araştırma Hastanesinde çalışan iki doktor arasında yaşanan kavga nedeniyle hastane başhekimliğince başlatılan disiplin soruşturmasına ait bilgi ve belgelerin birer örneğinin verilmesi yönündeki istemin, 4982 sayılı Yasa'ya ve 6023 sayılı Yasaya aykırı bir yönü bulunmadığı gibi, uyumsuzluğa konu olan istemin, anılan Yasa hükümlerine göre davalı idarece yerine getirilmesi meslek kuruluşunca yürütülen kamu hizmetinin bir gereğidir.

Bu nedenle, dava konusu işlemde hukuka uyarlık bulunmadığından, İdare Mahkemesince; dava konusu işlemin iptaline karar verilmesi gerekirken, aksi yönde davanın reddi yolunda verilen kararda hukuki isabet görülmemektedir.

Açıklanan nedenlerle; 2577 sayılı Yasanın 49. maddesine uygun bulunan temyiz isteminin kabulüyle İstanbul 9. İdare Mahkemesi'nin 23.5.2008 tarih ve E:2007/487, K:2008/1096 sayılı kararının bozulmasına, dosyanın, yeniden bir karar verilmek üzere anılan Mahkemeye gönderilmesine, 8.5.2009 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

ÇİFTÇİ, TARIM VE TOPRAKLANDIRMA İŞLERİ

T.C. DANIŞTAY

Onuncu Daire

Esas No : 2008/10333

Karar No : 2009/3695

Özeti : Çiftçi Malları Koruma Meclisi Başkanlığının koruma sahası olarak belirlediği bazı alanların davacı köy sınırları içerisinde kaldığının ileri sürülmesi ve bu konuda adli yargı yerinde yaptırılan tespit de göz önüne alınmak suretiyle koruma sahasının 4081 sayılı Yasaya uygun olarak belirlenip belirlenmediğinin mahallinde keşif ve bilirkişi incelemesi yaptırılarak tespit edildikten sonra bir karar verilmesi gerekeceği hakkında.

Temyiz Eden (Davacı) : Damladere Köyü tüzel kişiliği adına Köy Muhtarı ...

Karşı Taraf (Davalı) : Hamamözü Kaymakamlığı

İstemin Özeti : Samsun 1. İdare Mahkemesince, davanın reddi yolunda verilen 4.7.2008 tarih ve E:2007/1531, K:2008/1097 sayılı kararın, davacı tarafından temyizen incelenerek bozulması istenilmektedir.

Savunmanın Özeti : Yerinde olmadığı ileri sürülen temyiz isteminin reddi gerektiği savunulmaktadır.

Danıştay Tetkik Hakimi : Yunus Çetin

Düşüncesi : Eksik incelemeye dayalı olarak verilen mahkeme kararının bozulması gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı : Yakup Bal

Düşüncesi : Amasya İli, Hamamözü İlçesi, Damladere Köyü tüzel kişiliğinin, Hamamözü Çiftliği Malları Koruma Başkanlığının 2007 yılı koruma sahasına itirazı ile ilgili başvurusunun reddedilerek, Hamamözü Çiftliği Malları Koruma Meclisi Başkanlığının 2007 yılı koruma sahasının, Hamamözü tapulama hudutları içerisinde kalan alan olarak belirlenmesine ilişkin Hamamözü İlçe Murakebe Heyeti kararının iptali istemiyle açılan davada, idare mahkemesince verilen ve davanın reddine ilişkin bulunan kararı, davacı temyiz etmekte ve bozulmasına karar verilmesini istemektedir.

Davacının koruma sahası olarak belirlenen bazı alanların kendi köy sınırları içerisinde kaldığını ileri sürmesi ve bu konuda adli yargı yerinde yaptırdığı tespit de göz önüne alınmak suretiyle 2007 yılı koruma sahasının 4081 sayılı Yasaya uygun olarak belirlenip belirlenmediğinin mahallinde keşif ve bilirkişi incelemesi yaptırılarak tespit edilmesi ve sonucuna göre 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 davacının yürütmenin durdurulması istemi hakkında bir karar verilmeksizin gereği görüldü:

Dava; Amasya İli, Hamamözü İlçesi, Damladere Köyü tüzel kişiliğinin, Hamamözü Çiftliği Malları Koruma Başkanlığının 2007 yılı koruma sahasına itirazı ile ilgili 24.5.2007 tarihli başvurusunun reddedilerek, Hamamözü Çiftliği Malları Koruma Meclisi Başkanlığının 2007 yılı

koruma sahasının, Hamamözü tapulama hudutları içerisinde kalan alan olarak belirlenmesine ilişkin Hamamözü İlçe Murakabe Heyetinin 22.6.2007 tarih ve 2 sayılı kararının iptali istemiyle açılmıştır.

Samsun 1. İdare Mahkemesince, uyuşmazlıkta, Amasya Valiliği İl İdare Kurulunun 15.2.1977 tarihli kararıyla belirlenen sınırların, Hamamözü Çiftliği Malları Koruma Meclisi Başkanlığınca 2007 yılı koruma sahası olarak kabul edildiği, sınır tespitindeki zorluklar nedeniyle tapulama hudutları içinde kalan alanların koruma sahası olarak belirlenmesine ilişkin işlemde hukuka aykırılık görülmediği gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir.

Davacı tarafından, hukuka aykırı olduğu iddiasıyla anılan kararın temyizen incelenerek bozulması istenilmektedir.

4081 sayılı Çiftçi Mallarının Korunması Hakkında Kanunu'nun 1. maddesinde; korunması gereken çiftçi mallarının neler olduğu sayılmış, 2. maddesinde, anılan Yasanın, köy sınırları içinde ve şehir ve kasaba haricinde olup, belediye hududu içinde veya dışındaki zirai ürün elde edilmekte olan sahalarda uygulanacağı, 3. maddesinde ise, bu Yasada yazılı işlerden köylere ilişkin olanlarının ihtiyar meclisince, köy sınırları içinde ve şehir ve kasaba haricinde olup, belediye hududu içinde veya dışındaki zirai ürün elde edilmekte olan sahalara ilişkin olanlarının ise koruma meclisi tarafından yerine getirileceği belirtilmiş, ayrıca her kaza ve il merkezinde ayrıca bir murakabe heyeti bulunacağı kurala bağlanmıştır.

Aynı Yasanın 8. maddesinde, belediye hududu içinde veya dışındaki zirai ürün elde edilmekte olan sahaların sınırlarını tayin ve tespit etmek görevi murakabe heyetinin görevleri arasında sayılmış, maddenin devamında, "Murakabe heyeti, lüzum gördüğü hallerde bu sahanın hudutlarını değiştirebileceği gibi, yakınlık ve çiftçilik münasebetleri veya korumada kolaylık gibi mülahazalara binaen bu Kanunun tatbiki bakımından mezkur sahanın bazı parçalarını veya tamamını en uygun gördüğü köye bağlayabilir." hükmü getirilmiştir.

Dosyanın incelenmesinden, Amasya İl İdare Kurulunun 15.2.1977 tarihli kararıyla Gümüşhacıköy İlçesi Hamamözü belediye sınırlarının belirlendiği, Hamamözü Çiftçi Malları Koruma Kurulu Başkanlığınca 2007 yılı koruma sahasının tespit edilmesinden sonra, davacının, koruma sahası olarak tespit edilen bazı alanların kendi köylerinin idari sınırları içerisinde kaldığını, bu konuda adli yargı yerinde tespit yaptırdığını, kendi köy sınırları içerisindeki bir alanının köy ihtiyar heyetinden kurulu olan ihtiyar meclisine bağlı olması gerektiğini ileri sürerek koruma sahası sınırlarının değiştirilmesini istediği, İlçe Murakabe Heyetinin 16.4.2007 tarih ve 1 sayılı kararıyla, koruma sahasının Amasya İl İdare Kurulunun 15.2.1977 tarihli kararıyla belirlenen hudutlar olmasına karar verilerek itirazın reddedildiği, davacının yeniden yaptığı itiraz üzerine de dava konusu Hamamözü İlçe Murakabe Heyetinin 22.6.2007 tarih ve 02 sayılı kararının alındığı anlaşılmaktadır.

Yukarıda aktarılan yasal düzenlemeler uyarınca murakabe heyetlerinin korunması gereken çiftçi malları bakımından koruma sahaslarını sınırlarını tayin ve tespit etmek yetkisi bulunmakla birlikte böyle bir belirleme yapılması halinde, sınır tespitinin usulüne uygun olmadığı iddiasıyla söz konusu sınır belirleme işleminin iptali istemiyle açılan davalarda hukuka uygunluk denetimi, koruma sahaslarının 4081 sayılı Yasaya uygun olarak belirlenip belirlenmediğinin tespitine bağlı olup, koruma sahası olarak belirlenen yerlerin hangi yerleşim yerinin sınırları içinde kaldığının tespiti de teknik bilgiyi gerektirdiğinden bu hususun bilirkişi incelemesi yaptırılmak suretiyle çözümlenmesi gerekmektedir.

Bu durumda, davacının Hamamözü koruma sahası olarak belirlenen bazı alanların kendi köy sınırları içerisinde kaldığını ileri sürmesi ve bu konuda adli yargı yerinde yaptırdığı tespit de göz önüne alınmak suretiyle 2007 yılı koruma sahasının 4081 sayılı Yasaya uygun olarak belirlenip belirlenmediğinin mahallinde keşif ve bilirkişi incelemesi yaptırılarak tespit edildikten sonra bir karar verilmesi gerekirken, eksik incelemeye dayalı olarak, idarenin de dava konusu işlemin tesisine gerekçe olarak aldığı, tarafların koruma sahasının belirlenmesi konusunda uzlaşamadıkları gerekçesiyle davanın reddine karar verilmesinde hukuka uyarlık bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle, 2577 sayılı Yasanın 49. maddesine uygun bulunan davacının temyiz isteminin kabulüne, Samsun 1. İdare Mahkemesi'nin 4.7.2008 tarih ve E:2007/1531, K:2008/1097 sayılı kararın bozulmasına, dosyanın, yeniden bir karar verilmek üzere anılan Mahkemeye gönderilmesine, posta giderleri için alınan 6 TL'nin istemi halinde davacıya iadesine, 7.5.2009 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

EL KOYMA İŞLERİ

T.C. DANIŞTAY

Onuncu Daire

Esas No : 2006/6336

Karar No : 2009/7333

Özeti : Belediye tarafından kitap, hediyeelik süs eşyası ve sanat eserlerinin sergilenip satışı için özel olarak düzenlenmiş "Sanat Sokağı"nın, 5846 sayılı Yasanın 81. maddesindeki kitap satışı yasak olan yerler kapsamında sayılamayacağı, bu nedenle davacının el konulan kitaplarının iadesi gerektiği hakkında.

Temyiz Eden (Davacı) : ...

Vekili : ...

Karşı Taraf (Davalı) : İzmir Valiliği

İstemin Özeti : İzmir 1.İdare Mahkemesinin 2.2.2006 tarih ve E:2005/935 K:2006/125 sayılı kararının temyizen incelenerek bozulması istenilmektedir.

Savunmanın Özeti : Cevap verilmemiştir.

Danıştay Tetkik Hakimi : Yahya Şahin

Düşüncesi : Dosyadaki bilgi ve belgelerden, Belediye tarafından "Sanat Sokağı" adında özel bir yer düzenlendiği, bu yerde Belediyeden izin alınarak kitap, hediyeelik süs eşyası ve sanat eserlerinin standlarda satışa sunulduğu dikkate alındığında, 5846 sayılı Yasanın 81.maddesinde kitap satışı yasak olarak sayılan yerler kapsamında olmadığından, dava konusu işlemlerde hukuka uyarlık bulunmamaktadır. Belirtilen nedenlerle temyiz isteminin kabul edilerek mahkeme kararının bozulması gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı : Nevzat Özgür

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

Açıklanan nedenlerle temyiz isteminin reddiyle idare mahkemesi kararının onanmasının uygun olacağı düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Onuncu Dairesince gereği görüldü:

Dava, davacının İzmir İli Bornova İlçesi Süvari Caddesi Sanat Sokağı olarak adlandırılan yerdeki standında satışa sunulan orjinal ve bandrollü 402 adet kitaba el konulmasına ilişkin işlem ile kitaplarının geri verilmesi yolundaki başvurularının reddine ilişkin İzmir Valiliği İl Kültür ve Turizm Müdürlüğü'nün 19.4.2005 tarih ve 2305 sayılı ve İzmir

Valiliği İl Emniyet Müdürlüğü'nün 21.4.2005 tarih ve 202 sayılı işleminin iptali istemiyle açılmıştır.

İzmir 1.İdare Mahkemesince; davacının kitapları bir sokakta oluşturulan standda sergilediği ve sattığı, bu yerin 5846 sayılı Yasanın 81.maddesinin yedinci fıkrası kapsamında sayılan ve kitap satışının yasak olduğu yerlerden olduğu, bu nedenle yayınlara el konulmasında hukuka aykırılık bulunmadığı, davacının Kitap ve Kırtasiyeciler Odasına kayıtlı ve vergi mükellefi olması, kitapların satıldığı sokağın belediyece düzenlenmiş ve davacının belediyeye işgaliye ödemesinin kanunla yasaklanmış fiiline kanunun öngördüğü yaptırımın uygulanmasına engel oluşturmayacağı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir.

Davacı tarafından; anılan Mahkeme kararının hukuka aykırı olduğunu ileri sürülerek, temyizen incelenip bozulması istenilmektedir.

1996 tarihli Telif Hakları Sözleşmesi ve İcralar ve Fonogramlar Sözleşmesi gibi Dünya Fikri Mülkiyet Örgütü tarafından koordine edilen uluslararası sözleşmeler ile AB Müktesebatı ve sektörel talepler dikkate alınarak, korsanlığın önlenmesi ve 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu kapsamında korunan fikri mülkiyete konu ürünlerin kullanımına ilişkin üretici sektörleri temsil eden meslek birlikleri ile kullanıcılar arasında yaşanan sorunların giderilmesi amacıyla çeşitli kanunlarda değişiklikler getiren 3.3.2004 tarih ve 5101 sayılı Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un, 1.maddesinin gerekçesinde, 1580 sayılı Belediye Kanununun 15.maddesinin 11 numaralı fıkrasına hüküm eklenmek suretiyle, kayıt dışı ekonomi yaratılmasına sebep olan fikir ve sanat eserleri alanındaki korsan faaliyetlerin önlenmesi için 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu kapsamında korunan eser, icra ve yapımların tespit edildiği kitap, kaset, CD, VCD ve DVD gibi taşıyıcı materyallerin sokakta satışının engellenmesinin amaçlandığı belirtilmektedir.

5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun dava konusu işlemlerin tesis edildiği tarihte yürürlükte bulunan, 3.3.2004 tarih ve 5101 sayılı Yasa ile değişik 81.maddesinin yedinci fıkrasında da, "Bu Kanun kapsamında korunan, yasal olarak çoğaltılmış, bandrollü nüshaların da yol, meydan, pazar, kaldırım, iskele, köprü ve benzeri yerlerde satışı yasaktır. Bu nüshalara da genel kolluk veya zabıta gördüğü yerde el koymak ve topladığı nüsha ve yayınları yetkili mercilere göndermek zorundadır. Bu şekilde toplanan nüsha ve yayınların, satış veya diğer yollarla değerlendirilme şekli ilgili alan meslek birliklerinin de görüşlerini almak suretiyle Bakanlıkça belirlenir." hükmü yer almaktadır.

Yukarıda belirtilen yasa hükümleri, gerekçeleri birlikte değerlendirildiğinde, yasa koyucunun, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu kapsamında korunan eser, icra ve yapımların tespit edildiği kitap, kaset, CD, VCD ve DVD gibi taşıyıcı materyallerin sokakta satışını engelleyerek, bu alandaki korsan faaliyetlerin önlenmesini ve söz konusu eser sahiplerinin haklarını korumayı amaçladığı anlaşılmaktadır.

Dava dosyasının İzmir 4.İdare Mahkemesinin 21.4.2006 tarih ve E:2005/899 K:2006/640 sayılı kararıyla birlikte incelenmesinden;1580 sayılı Belediye Kanunu uyarınca, Bornova Belediyesi lehine kamuya terkedilmiş alan üzerine anılan Belediye tarafından "Sanat Sokağı" kurularak düzenlendiği, bu yerde Belediyeden izin alınarak kitap, hediyelik süs eşyası ve sanat eserlerinin standlarda satışa sunulduğu, davacının da ... nolu standda faaliyetine Belediye tarafından izin verildiği, davacının bu standda vergi mükellefi olarak bandrollü kitap satışı işi yaptığı, İzmir Valiliği Emniyet Müdürlüğüne bağlı ekiplerce yapılan "korsan kitap ve CD ile mücadele uygulaması" kapsamında, Sanat Sokağına gelinerek bu sokakta kitap satışı yapılmakta olan standlardaki kitaplara el konulduğu, davacının, kitaplarının bandrollü olduğunu belirterek iade edilmesi isteğiyle yaptığı başvuruların reddi üzerine bakılmakta olan davanın açıldığı anlaşılmaktadır.

"Sanat Sokağı"nın, belediyece kitap, hediyelik süs eşyası ve sanat eserlerinin sergilenip satışı için özel olarak düzenlenmiş bir sokak olduğu dikkate alındığında, 5846 sayılı Yasanın 81. maddesindeki kitap satışı yasak olan yerler kapsamında olmadığından, davacının

kitaplarına el konulmasına ve iade edilmemesine ilişkin işlemlerde hukuka uyarlık, davanın reddine ilişkin mahkeme kararında hukuki isabet bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle, 2577 sayılı Yasanın 49.maddesine uygun bulunan davacının temyiz isteminin kabulüyle, İzmir 1.İdare Mahkemesinin 2.2.2006 tarih ve E:2005/935 K:2006/125 sayılı kararının bozulmasına, dosyanın esas hakkında yeniden karar verilmek üzere anılan Mahkemeye gönderilmesine, 1.7.2009 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

İŞÇİ VE İŞVEREN İŞLERİ

T.C.
DANIŞTAY
Onuncu Daire
Esas No : 2006/880
Karar No : 2009/2855

Özeti : Sendika veya üst kuruluşun tüzel kişilik kazanması aşamasında, valiliğin, sendika kuruluş başvurusunu kabul etmeme gibi bir yetki ve görevinin bulunmadığı, sendika başvurusu üzerine 2821 sayılı Yasada belirtilen bilgi ve belgeler tamamlattırılarak sendika kuruluş işlemi yapılması gerekirken, aksi yönde kuruluş başvurusunun geçersiz sayılmasına ilişkin işlemde hukuka uyarlık bulunmadığı hakkında.

Temyiz Eden (Davalı) : İzmir Valiliği
Karşı Taraf (Davacılar) : Tütün Üreticileri Sendikası adına
Yönetim Kurulu Üyeleri
1-... 2-... 3-...
4-... 5-... 6-...
7-... 8-... 9-...

Vekili : Av. ...

İstemin Özeti : Tütün Üreticileri Sendikasının kuruluş başvurusunun geçersiz sayılmasına ilişkin İzmir Valiliği'nin 21.4.2004 tarih ve 34846 sayılı işleminin iptali istemiyle açılan dava sonucunda, İzmir 4. İdare Mahkemesince; Anayasa'nın 51. maddesi ve 2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nun 6. maddesi uyarınca işçi ve işverenlerin önceden izin almaksızın sendika veya üst kuruluş kurma hakkına sahip oldukları, 2821 sayılı Yasa'da belirtilen belgelerin ve sendika tüzüğü'nün ilgili valiliğe sunulması ile birlikte sendika veya üst kuruluşun tüzel kişilik kazanacağı, ancak tüzüğün ve yasada sayılan belgeler ile içerdikleri bilgilerin yasaya aykırılığının tespiti veya yasada öngörülen kuruluş şartlarının gerçekleşmediğinin anlaşılması halinde valiliğin veya ilgili bakanlıkların herbirinin sendika veya üst kuruluşun faaliyetinin durdurulması veya kapatılması için iş davalarına bakmakla görevli mahkemeye başvurabileceği; sendika veya üst kuruluşun tüzel kişilik kazanması aşamasında, valiliğin, sendika kuruluş başvurusunu kabul etmeme gibi bir yetki ve görevinin bulunmadığı, Tütün Üreticileri Sendikasının, kuruluşuna ait dilekçenin 15.4.2004 tarihinde İzmir Valiliğine verildiği, davalı idarece bu başvuru üzerine 2821 sayılı Yasa'da belirtilen bilgi ve belgeler tamamlattırılarak sendika kuruluş işlemi yapılması gerekirken, aksi yönde kuruluş başvurusunun geçersiz sayılmasına ilişkin işlemde hukuka uyarlık bulunmadığı gerekçesiyle dava konusu işlemin iptali yolunda verilen kararın, temyizen incelenip bozulması davalı idare tarafından istenilmektedir.

Savunmanın Özeti : Savunma verilmemiştir.
Danıştay Tetkik Hakimi : Aydın Akgül
Düşüncesi : Temyiz isteminin reddi ile usul ve hukuka uygun bulunan mahkeme kararının onanması gerektiği düşünülmektedir.
Danıştay Savcısı : Ergün Özcan
Düşüncesi : İdare ve vergi mahkemelerince verilen kararların temyizen incelenerek bozulabilmesi için, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 49 uncu maddesinin birinci fıkrasında belirtilen nedenlerin bulunması gerekmektedir.
Temyiz dilekçesinde öne sürülen hususlar, söz konusu maddede yazılı nedenlerden hiçbirisine uymadığından, istemin reddi ile temyiz edilen mahkeme kararının onanmasının uygun olacağı düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Onuncu Dairesince gereği görüldü:
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 İzmir 4. İdare Mahkemesi'nin 5.10.2005 tarih ve E:2004/938, K:2005/1052 sayılı kararının onanmasına, 15.4.2009 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

ÖZEL İDARE İŞLERİ

T.C.
DANIŞTAY
Onuncu Daire
Esas No : 2006/6152
Karar No : 2009/3702

Özeti : Organize Sanayi Bölgesi Müteşebbis Heyetinin üye sayısının müteşebbis heyete katılan kurum ve kuruluşların temsil edilecekleri üye sayısının katılım oranları dikkate alınarak kuruluş protokolünde belirleneceği, il genel meclisinin protokol dışında üye sayısını tek başına değiştirme yetkisinin bulunmadığı hakkında.

Temyiz Eden (Davalı) : Bilecik Valiliği
Karşı Taraf (Davacı) : BORSAB Müteşebbis Teşekkül Heyeti
Başkan Yardımcısı ...
Bozüyük Belediyesi Bozüyük

İstemin Özeti : Bozüyük Organize Sanayi Bölgesi Müteşebbis Heyetinin üye sayısının 11'den 15'e çıkarılmasına ilişkin 13.6.2004 tarih ve 2004/41 sayılı Bilecik İl Genel Meclisi Kararının iptali istemiyle açılan dava sonucunda; Eskişehir İdare Mahkemesince; 4562 sayılı Organize Sanayi Bölgesi Kanunu'nun 7. maddesi ile anılan Yasaya dayanılarak yürürlüğe konulan Organize Sanayi Bölgeleri Uygulama Yönetmeliğin 9. maddesinde, müteşebbis heyete katılan kurum ve kuruluşların temsil edilecekleri üye

sayısının katılım oranları dikkate alınarak kuruluş protokolünde belirleneceği, katılan kurum ve kuruluşlarda değişiklik olması durumunda protokolün yeniden düzenleneceğinin hükmüne yer verildiği, il genel meclisinin protokol dışında üye sayısını tek başına değiştirme yetkisinin bulunmadığı gerekçesiyle dava konusu işlemin iptaline karar verilmiştir.

Davalı idare tarafından, hukuka aykırı olduğu ileri sürülerek anılan idare mahkemesi kararının temyizen incelenerek bozulması istenilmektedir.

Savunmanın Özeti : Savunma verilmemiştir.

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 görüldü:

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 Eskişehir İdare Mahkemesinin 3.2.2006 tarih ve E:2004/1657, K:2006/93 sayılı kararının onanmasına, 7.5.2009 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

TAM YARGI DAVALARI

T.C.
DANIŞTAY
Onuncu Daire

Esas No : 2009/144

Karar No : 2009/3183

Özeti : 1-Haksız yere suç duyurusunda bulunulmak suretiyle davacının yargılanmasına sebep olunmasında hizmet kusuru bulunan idarenin, davacının duyduğu üzüntü ve elem nedeniyle uğradığı manevi zararı gidermekle yükümlü bulunduğu,
2-İdarenin, hizmeti kusurlu yürüten kamu görevlisine Anayasanın 129. maddesi hükmü uyarınca adli yargıda dava açmak suretiyle rücu etmesi gerektiği hakkında.

Temyiz Eden (Davalı) : Maliye Bakanlığı

Karşı Taraf (Davacı) : ...

Vekili : Av. ...

İstemin Özeti : Yeminli mali müşavir olan davacı tarafından, Gelirler Başkontrolörünce hakkında yeterli inceleme yapılmaksızın vergi kaçakçılığına iştirak suçu işlediğinden bahisle suç duyurusunda bulunulması nedeniyle duyduğu elem ve üzüntü karşılığı 10.000 TL manevi tazminatın ödenmesine karar verilmesi istemiyle açılan dava sonucunda, İzmir 2. İdare Mahkemesince; Gelirler Başkontrolörünce düzenlenen raporda, davacının, yeminli mali müşavirliğini yaptığı şirkete ait gerçeğe aykırı fatura ve belgeleri tasdik etmek suretiyle şirketin yersiz KDV iadesi almasına sebep olduğu, bu suretle vergi kaçakçılığı suçuna iştirak ettiğinden bahisle hakkında suç duyurusunda bulunulması gerektiği yolunda görüş belirtildiği, davalı idarece anılan rapora dayanılarak davacı hakkında Cumhuriyet Başsavcılığına suç duyurusunda bulunulmasını takiben, davacının söz konusu şirkete ilişkin herhangi bir inceleme ve teyit raporu düzenlemediğini belirterek davalı idareye başvurduğu, başvuru üzerine yapılan incelemede, davacının söz konusu olayda herhangi bir teyid vermediğinin saptanarak, Gelirler Başkontrolörünce yapılan hata sonucu takibi istenen davacı hakkındaki şikayetten vazgeçildiği; bununla birlikte anılan suçun takibinin şikayete bağlı olmaması nedeniyle devam eden yargılama sonucunda İzmir 5. Ağır Ceza Mahkemesinin 17.12.2004 tarih ve E:2004/17, K:2004/392 sayılı kararıyla davacının beraatine karar verildiği, anılan kararın temyizi üzerine Yargıtay 7. Ceza Dairesinin 28.9.2005 tarih ve E:2005/6253, K:2005/15683 sayılı kararıyla kararın bozulmasına, kamu davasının zaman aşımı nedeniyle ortadan kaldırılmasına karar verildiği; buna göre, haksız yere suç duyurusunda bulunulmak suretiyle davacının yargılanmasına sebep olunmasında hizmet kusuru bulunan idarenin, davacının duyduğu üzüntü ve elem nedeniyle uğradığı manevi zararı gidermekle yükümlü bulunduğu gerekçesiyle, davanın kısmen kabulü ile davacıya takdiren 2.000 TL manevi tazminatın ödenmesi, fazlaya ilişkin isteminin reddi yolunda verilen kararın, kabule ilişkin kısmının temyizen incelenerek bozulması istenilmektedir.

Savunmanın Özeti : Cevap verilmemiştir.

Danıştay Tetkik Hakimi : Nihan Didem Çakmak

Düşüncesi : Temyiz isteminin reddi gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı : Ergün Özcan

Düşüncesi : İdare ve vergi mahkemelerince verilen kararların

temyizen incelenerek bozulabilmesi için, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunun 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; dosyanın tekemmül ettiği görülmekle yürütmenin durdurulması istemi hakkında karar verilmeyerek işin esasına geçildi, gereği görüldü:

İdare ve Vergi Mahkemelerinin nihai kararlarının temyizen bozulması 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 49. maddesinde yer alan sebeplerden birinin varlığı halinde mümkündür.

Dava konusu olayda idarenin hizmet kusuru olarak nitelendirilen "haksız yere suç duyurusunda bulunma" işleminin, gerçekte bu konuda idare adına yetki kullanan kamu görevlilerinin kişisel kusurlarından doğduğu tartışmasızdır.

Anayasanın 129. maddesinin 5. fıkrasında; memurlar ve diğer kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlardan doğan tazminat davalarının, kendilerine rücu edilmek kaydıyla ve yasanın gösterdiği şekil ve şartlara uygun olarak ancak idare aleyhine açılabileceği şeklinde emredici bir kurala yer verilmiştir.

Anayasanın sözü edilen maddesindeki "kendilerine rücu edilmek kaydıyla" ibaresi; kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlar nedeniyle idare aleyhine açılan

davalarda tazminata hükmedilmesi halinde, idarenin ödemek zorunda kaldığı tazminatı yasal yollara başvurarak ilgili kamu görevlisinden tahsil etme zorunluluğunu ifade etmekte olup; davacıların, bu anayasal zorunluluk nedeniyle dava dilekçelerinde ayrıca ve mutlaka rücu talebinde bulunmaları gerekmektedir.

Buna göre; dava konusu olayda, Vergi Usul Kanunu'nun 134 ve devamı maddelerinde yer alan vergi inceleme yetkisine sahip Gelirler Başkontrolörü ... tarafından, anılan Yasanın 367. maddesine dayanılarak düzenlenen suç duyurusu raporunun eksik incelemeye dayalı olması nedeniyle davacı hakkında suç duyurusunda bulunulduğu anlaşıldığından; davalı idarenin, adı geçen kamu görevlisine, hizmeti kusurlu yürütmesi nedeniyle Anayasanın yukarıda yer verilen 129. maddesi hükmü uyarınca adli yargıda dava açmak suretiyle rücu etmesi gerektiği açıktır.

Açıklanan nedenle, temyizden incelenen karar, usul ve hukuka uygun olup, dilekçede ileri sürülen temyiz nedenleri kararın bozulmasını gerektirecek nitelikte görülmediğinden temyiz isteminin reddi ile İzmir 2. İdare Mahkemesinin 14.5.2008 tarih, E:2007/1290, K:2008/844 sayılı kararının onanmasına, 27.4.2009 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

T.C.
DANIŞTAY
Onuncu Daire

Esas No : 2008/11150

Karar No : 2009/5084

Özeti : 5233 sayılı Yasada uyumsuzluğun sulhen çözümü için özel bir usul öngörülmüş olduğundan Mahkemece davacı lehine hükmedilen tazminata, zarar tespit komisyonunca zarar miktarı belirlenip sulhname tasarısı hazırlanabilecek iken, davacının isteğinin reddedildiği, dolayısıyla temerrüde düşüldüğü tarih itibarıyla faiz yürütülmesi gerektiği hakkında.

Temyiz Eden (Davalı) : Mardin Valiliği

Karşı Taraf (Davacı) : ...

Vekili : Av. ...

İstemin Özeti : Mardin İdare Mahkemesinin 14.2.2008 tarih ve E:2007/1843, K:2008/584 sayılı kararının, davalı idarece tazminat isteminin kabulüne ve faize ilişkin kısmının temyizden incelenip bozulması istenilmektedir.

Savunmanın Özeti : Savunma verilmemiştir.

Danıştay Tetkik Hakimi : Yahya Şahin

Düşüncesi : İdare Mahkemesince davacı lehine hükmedilen maddi tazminat miktarına, idarece zarar tespit komisyonunca zarar miktarı belirlenip en erken sulhname tasarısı hazırlanabilecek iken davacının isteğinin reddedildiği dolayısıyla temerrüde düştüğü 23.3.2007 tarihi itibarıyla yasal faiz yürütülmesi gerektiğinden; mahkeme kararının, hükmedilen maddi tazminata davalı idareye başvuru tarihinden itibaren faiz yürütülmesine ilişkin kısmında hukuka uyarlık bulunmadığından, temyiz isteminin kısmen kabulü ile mahkeme kararının faizin başlangıcına ilişkin kısmının bozulması gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı : Ergün Özcan

Düşüncesi : İdare ve vergi mahkemelerince verilen kararların temyizden incelenerek bozulabilmesi için, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunun 49 uncu maddesinin birinci fıkrasında belirtilen nedenlerin bulunması gerekmektedir.

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

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Onuncu Dairesince gereği görüldü:

Dava; davacının ikamet ettiği Mardin İli, Dargeçit İlçesi, Akyol 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 başvurusunun reddine ilişkin işlemin iptali ile uğradığı zarar karşılığı 10.890 TL maddi tazminatın idareye başvuru tarihinden itibaren işletilecek yasal faiziyle birlikte ödenmesine karar verilmesi istemiyle açılmıştır.

Mardin İdare Mahkemesince; davacının evi, bağ ve tarlaları nedeniyle uğradığı zararın tespiti amacıyla davalı idarece yaptırılan bilirkişi incelemesi sonucu düzenlenen raporda, davacının toplam 10.901-TL zarara uğradığının hesaplanmasına karşın, davalı idarece, davacının göç ettiği tarihte 17 yaşında olduğundan mal sahibi olamayacağından bahisle talebinin reddedildiği, 18 yaşını doldurmamış kişilerin malı olamayacağı yolunda herhangi bir yasal düzenleme bulunmadığı gibi, kişilerin fiili zilyetliği altındaki alanlarda bulunan haklarının da 5233 sayılı Yasaya göre korunması gerektiği gerekçesiyle dava konusu işlemin iptali ile davacının maddi tazminat isteminin kabulüne, hükmedilen tazminata idareye başvuru tarihinden itibaren yasal faiz yürütülmesine karar verilmiştir.

Davalı idare tarafından, anılan kararın kabule ve faize ilişkin kısmının hukuka aykırı olduğu ileri sürülerek temyizen incelenip bozulması istenilmektedir.

Temyize konu kararın davacının maddi tazminat isteminin kabulüne ilişkin kısmında, 2577 sayılı Yasanın 49. maddesinde belirtilen bozma nedenleri bulunmadığından, davalı idarenin bu kısma yönelik 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 başvurularına 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 açılabilmesi 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 itibarıyla 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 5233 sayılı Yasanın geçici 1. maddesi kapsamında davalı idareye 18.5.2005 tarihinde başvurduğu, bu başvuru üzerine Mardin Valiliği Zarar Tespit Komisyonunca, davacının zararının tespiti için bilirkişi incelemesi yapıldığı, mahalli ve teknik incelemeler sonucu düzenlenen raporlar dikkate alınarak 14.9.2006 tarihli değerlendirme ve sonuç raporuyla davacının 10.901 TL zarar görmüş olduğu sonucuna varıldığı, ancak idarece sulhname tasarısı düzenlenip davacıya gönderileceği aşamada, Mardin Valiliği Zarar Tespit Komisyonunun 23.3.2007 tarih ve 5184 sayılı sayılı dava konusu kararıyla, davacının köyünü terk ettiği tarihte 17 yaşında olduğu anlaşıldığından, kendisine ait herhangi bir taşınmazı olamayacağı, bu nedenle de, 5233 sayılı Yasa kapsamına girmediği belirtilerek isteğinin reddine karar verildiği, bu kararın 19.4.2007 tarihinde davacıya tebliği üzerine davanın açıldığı anlaşılmaktadır.

Buna göre; İdare Mahkemesince davacı lehine hükmedilen maddi tazminat miktarına, idarece zarar tespit komisyonunca zarar miktarı belirlenip en erken sulhname tasarısı hazırlanabilecek iken davacının isteğinin reddedildiği dolayısıyla temerrüde düşüldüğü 23.3.2007 tarihi itibarıyla yasal faiz yürütülmesi gerektiğinden; mahkeme kararının, 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 1.4.2008 tarih ve E:2007/1843, K:2008/584 sayılı kararının, davanın kabulüne 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 27.5.2009 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

T.C.
DANIŞTAY
Onuncu Daire
Esas No : 2009/3970
Karar No : 2009/5295

Özeti : 5233 sayılı Yasanın 2. maddesinin (f) bendi gereğince, yalnızca söz konusu maddede sayılan suçlardan mahkum olan kişilerin 5233 sayılı Yasadan yararlanamayacağı, hükümlülerin yakınlarının başvurularının aktarılan madde gerekçe gösterilmek suretiyle reddedilmesinin suç ve cezaların şahsiliği ilkesine aykırı olduğu hakkında.

Temyiz Eden (Davalı) : Diyarbakır Valiliği
Karşı Taraf (Davacı) : ...
Vekili : Av. ...

İstemin Özeti : Davacının ikamet ettiği Diyarbakır İli, Lice İlçesi, Yolçatı Köyü'nden terör olayları nedeniyle göç etmek zorunda kaldığından bahisle uğradığı zararın 5233 sayılı Yasa kapsamında tazmini istemiyle yaptığı başvurunun reddine ilişkin işlemin iptali ile uğradığını ileri sürdüğü maddi zararın tazmini istemiyle açtığı dava sonucunda, Diyarbakır 2. İdare Mahkemesince; terör eylemleri veya terörle mücadele kapsamında yürütülen faaliyetler nedeniyle kişilerin malvarlıklarına ulaşamamalarından kaynaklananlar dahil uğradıkları maddi zararların sulhen karşılanması amacıyla yürürlüğe konulan 5233 sayılı Terör ve Terörle Mücadeleden Doğan Zararların Karşılanması Hakkında Kanunun 2. maddesinin (f) bendinde; 3713 sayılı Yasanın 1., 3. ve 4. maddeleri kapsamındaki suçlar ile terör olaylarında yardım ve yataklık suçlarından mahkûm olanların bu fiillerinden dolayı uğradığı zararların Yasa kapsamı dışında tutulduğu; bakılan uyumsuzlukta, davacının başvurusunun, eşinin Yasa maddesinde sayılı suçtan mahkûm olduğu gerekçesiyle reddedildiği; oysa "suç ve cezaların şahsiliği ilkesi" ile aktarılan Yasa hükmünün açık metni karşısında, yalnızca mahkum olan kişilerin (davacının eşinin) 5233 sayılı Yasadan yararlanamayacağı; bu nedenle, zararın oluştuğu tarihte davacıya ait malvarlığı bulunup bulunmadığının, varsa köyün boş kaldığı süreçte bu malvarlığını kullanıp kullanmadığının idarece araştırılması ve 5233 sayılı Yasa kapsamında uğradığı bir zararı olup olmadığının saptanması gerekirken, eksik inceleme sonucu başvurusunun reddedilmesinde hukuka uyarlık bulunmadığı gerekçesiyle dava konusu işlemin iptali; davacının maddi tazminat isteminin ise, Mahkemelerince verilen iptal kararı üzerine, idarece 5233 sayılı Yasa uyarınca davacının uğradığı zararın yeniden hesaplanması gerekeceğinden, bu aşamada tazminata hükmetme olanağı bulunmadığı gerekçesiyle reddi yolunda verilen 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 görüldü:

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 12.5.2008 tarih ve E:2007/1831, K:2008/657 sayılı kararının onanmasına 29.5.2009 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

TÜKETİCİNİN KORUNMASI İŞLERİ

T.C. DANIŞTAY Onuncu Daire

Esas No : 2008/8603

Karar No : 2009/3709

Özeti : Garanti belgesi verilmeden yapılan her bir satışta 4077 sayılı Yasanın ihlal edildiği ve bu şekilde gerçekleşen her bir ürün satışı için ayrı ayrı para cezası uygulanması gerektiği, ancak henüz satışı yapılmamış ürünlere ait garanti belgesi bulunmadığından bahisle verilen para cezasında hukuka uyarlık bulunmadığı hakkında.

Temyiz Eden (Davacı) : ... Ltd. Şti.

Vekili : Av. ...

Karşı Taraf (Davalı) : İstanbul Valiliği

İstemin Özeti : İstanbul 4. İdare Mahkemesince, davanın reddi yolunda verilen 27.3.2008 tarih ve E:2007/336 K:2008/644 sayılı kararın temyizen incelenerek bozulması istenilmektedir.

Savunmanın Özeti : Temyiz isteminin reddi gerektiği savunulmaktadır.

Danıştay Tetkik Hakimi :Yahya Şahin

Düşüncesi : Dosyanın incelenmesinden; dava konusu işleme dayanak alınan inceleme raporunda, garanti belgesi olmadığının tespit edildiği belirtilen 21 çeşit ürünün 4 çeşidinin tespit tarihinden daha önceki tarihlerde alınmış garanti belgeleri olduğu, ayrıca stokta bulunan henüz satılmamış 453 adet ürünün garanti belgesinin olmadığından bahisle idari para cezası hesabına dahil edildiği anlaşılmaktadır.

Dört çeşit ürünün, inceleme ve tespit tarihinden daha önceki tarihlerde alınmış garanti belgelerinin bulunması, satışı yapılmamış ürünler açısından ise, garanti belgesi verme yükümlülüğünün henüz doğmaması nedeniyle, 4077 sayılı Yasanın 13.maddesinin ihlal edildiğinden bahisle para cezası uygulanmasına ilişkin işlemde hukuka uyarlık bulunmamaktadır.

Belirtilen nedenlerle, temyiz isteminin kabulü gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı : Yakup Bal

Düşüncesi : Sanayi ve Ticaret Bakanlığı Tüketicinin ve Rekabetin

Korunması Genel Müdürlüğü kontrolörü tarafından yapılan denetim sonucunda düzenlenen inceleme raporunda, davacı şirketin ithalatını yaptığı 514 adet ürünün Bakanlıktan onaylı garanti belgesinin olmaması ve bu ürünlerin garanti belgesiz satılması (satış adedi 61, stok adedi 453), ayrıca garanti belgesiz 410 adet ürün satışı yapıldığının saptandığından bahisle toplam 924 adet ürün için para cezası verilmesine ilişkin işlemin iptali istemiyle açılan davada, İstanbul 4. İdare Mahkemesince verilen ve davanın reddine ilişkin bulunan kararı, davacı temyiz etmekte ve bozulmasına karar verilmesini istemektedir.

4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun 13 ve 25 maddeleri dikkate alındığında, garanti belgesi verilmeden yapılan her bir satışta 4077 sayılı Yasanın ihlal edildiği ve bu şekilde satışı gerçekleşen her bir ürünün satışı için ayrı ayrı para cezası uygulanması gerektiği, yasanın amacı dikkate alındığında tartışmasız bulunmaktadır.

Dava konusu olayda, satışı yapılmamış ürünler açısından, garanti belgesi verme yükümlülüğü henüz doğmadığından, Yasanın ihlal edildiğinden söz edilemeyeceği gibi, ceza uygulamak da Yasaya ve hakkaniyete uygun düşmemektedir.

Açıklanan nedenlerle temyiz isteminin kabul edilerek mahkeme kararının bozulması gerektiği düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Onuncu Dairesince Dairemizin 21.1.2009 tarih ve E:2008/8603 sayılı ara kararına Sanayi ve Ticaret Bakanlığı ile davalı idarenin cevapları ve savunmanın geldiği, dosyanın tekemmül ettiği görüldükçe, yürütmenin durdurulması istemi hakkında karar verilmeden işin esasına geçildi, gereği görüldü;

Dava, Sanayi ve Ticaret Bakanlığı Tüketicinin ve Rekabetin Korunması Genel Müdürlüğü kontrolörü tarafından yapılan denetim sonucunda düzenlenen 3.10.2006 tarih ve 3 sayılı inceleme raporunda, davacı şirketin ithalatını yaptığı 514 adet ürünün Bakanlıktan onaylı garanti belgesinin olmaması ve bu ürünlerin garanti belgesiz satılması (satış adedi 61, stok adedi 453), ayrıca garanti belgesiz 410 adet ürün satışı yapıldığının saptandığından bahisle toplam 924 adet ürün için toplam 288.288-YTL para cezası verilmesine ilişkin İstanbul Valiliği Sanayi ve Ticaret İl Müdürlüğü'nün 22.1.2007 tarih ve D-605 sayılı işlemin iptali istemiyle açılmıştır.

İstanbul 4. İdare Mahkemesince, davacı şirket nezdinde yapılan denetim sonucu düzenlenen 3.10.2006 tarihli inceleme raporu ile yapılan tespitleri bertaraf edecek nitelikte her hangi bir belge olmadığı, dolayısıyla 4077 sayılı Yasanın 13.maddesinin ihlal edildiğinin sabit olduğu, 8.6.2006 tarihli tespit tutanağı ile aynı fiilin işlenmesi nedeniyle 23.6.2006 tarihli ceza kararının bulunduğu, bu nedenle, tekrerrür hükmü de göz önünde bulundurularak tespit edilen her bir ihlal için ayrı ayrı ceza verilmesine yönelik dava konusu işlemde hukuka aykırılık bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir.

Davacı tarafından, hukuka aykırı olduğu ileri sürülerek anılan mahkeme kararının temyizden incelenip bozulması istenilmektedir.

4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un "Garanti Belgesi" başlıklı 13.maddesinin; birinci fıkrasında, "İmalatçı veya ithalatçılar ithal ettikleri veya ürettikleri sanayi malları için Bakanlıkça onaylı garanti belgesi düzenlemek zorundadır. Mala ilişkin faturanın tarih ve sayısını içeren garanti belgesinin tekemmül ettirilerek tüketiciye verilmesi sorumluluğu satıcı, bayi veya acenteye aittir. Garanti süresi malın teslim tarihinden itibaren başlar ve asgari iki yıldır. Ancak, özelliği nedeniyle bazı malların garanti şartları, Bakanlıkça başka bir ölçü birimi ile belirlenebilir." kuralına yer verilmiş, son fıkrasında da, "Bakanlık, hangi sanayi mallarının garanti belgesi ile satılmak zorunda bulunduğunu ve bu malların

arızalarının tamiri için gereken azami süreleri Türk Standartları Enstitüsünün görüşünü alarak tespit ve ilanla görevlidir." kuralı yer almıştır.

Anılan Yasanın 25.maddesinin dava konusu işlemin tesis edildiği tarihte yürürlükte bulunan ikinci fıkrasında, 13.maddede belirtilen yükümlülüklerle aykırı hareket edenler hakkında 128,500,000.- lira para cezası uygulanacağı, ...Yukarıdaki fıkralarda belirtilen para cezalarının, fiilin bir yıl içerisinde tekrarı halinde iki misli olarak uygulanacağı,. para cezalarının her yılbaşında 765 sayılı Türk Ceza [Kanununun](#) ek 2 nci madde hükümleri uyarınca artırılacağı öngörülmüştür.

14.06.2003 tarih ve 25138 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan Garanti Belgesi Uygulama Esaslarına Dair Yönetmeliğin 5.maddesinde, "İmalatçı-üretici veya ithalatçı firmalar, imal veya ithal ettikleri, ekli listede yer alan mallar için; Bakanlığa başvurarak garanti belgelerini onaylatmak ve tüketicilere verilecek garanti belgesi düzenlemek zorundadırlar. Bu Yönetmelik hükümlerine göre hazırlanacak garanti belgesinin tasdik edilerek tüketicie verilmesini temin etmekle satıcı, bayii, acente ya da temsilcilikler yükümlü ve sorumludurlar. Servis istasyonlarında yapılan onarım ve parça değişimi işlemleri sonucunda verilen fatura, bu Yönetmeliğin öngördüğü garanti şartlarını içermesi kaydıyla, garanti belgesi yerine geçer." kurallarına yer verilmiştir.

Dosyanın incelenmesinden; Sanayi ve Ticaret Bakanlığı Tüketicinin ve Rekabetin Korunması Genel Müdürlüğü kontrolörü tarafından davacı şirket nezdinde yapılan denetim sonucunda düzenlenen 3.10.2006 tarih ve 3 sayılı inceleme raporunda, davacı şirketin ithal ettiği 9 çeşit toplam 514 adet ürünün Bakanlıktan onaylı garanti belgesinin olmadığı, bu ürünlerden 61 adedinin satıldığı, 453 adedinin stokta bulunduğu, ayrıca satıcı olarak Bakanlıktan onaylı garanti belgesi olmaksızın 12 çeşit toplam 410 adet ürünün satışının yapıldığı hususlarının tespit edildiği, bu rapordaki tespitler ve öneriler doğrultusunda, dava konusu 22.1.2007 tarih ve D-605 sayılı işlemle, 4077 sayılı Yasanın 13.maddesinin ihlal edildiğinden bahisle aynı Yasanın 25.maddesi uyarınca, toplam 924 adet ürünün Bakanlıktan onaylı garanti belgesinin olmadığı ve daha önce de 8.6.2006 tarihinde aynı firmada yapılan tespitte bir adet "... markası ısıldağa ait garanti belgesinin olmadığına tespit edilmesi nedeniyle 23.6.2006 tarihli ceza kararıyla 156-TL para cezası verildiği, dolayısıyla bir yıl içerisinde fiilin tekrarlandığı dikkate alınarak, para cezası iki kat uygulanmak suretiyle (924x156x2) 288.288-TL para cezası verildiği anlaşılmaktadır.

Garanti belgesi verilmeden yapılan her bir satışta 4077 sayılı Yasanın ihlal edildiği ve bu şekilde satış gerçekleşen her bir ürünün satış için ayrı ayrı para cezası uygulanması gerektiği, yasanın amacı dikkate alındığında tartışmasız bulunmaktadır.

Ancak satış yapılmamış ürünler açısından, garanti belgesi verme yükümlülüğü henüz doğmadığından, Yasanın ihlal edildiğinden söz edilemeyecek ve bu durumda ceza uygulamak da hukuka uygun düşmeyecektir.

Dairemizin 21.1.2009 tarih ve E:2008/8603 sayılı ara kararına Sanayi ve Ticaret Bakanlığınca verilen cevap ve eklerinin dosyadaki bilgi ve belgelerle birlikte incelenmesinden; davacı şirketin ithalatını yaptığı 9 çeşit toplam 514 ürün için 14.6.2003 tarih ve 25138 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan Garanti Belgesi Uygulama Esaslarına Dair Yönetmelik ekindeki listeye göre, garanti belgesi düzenleme zorunluluğu bulunduğu, ancak ithalat sırasında gümrük idarelerince İthalinde Garanti Belgesi Aranacak Maddelere İlişkin Tebliğ(2005/6, 2006/6) kapsamında Sanayi ve Ticaret Bakanlığınca onaylı garanti belgesi istenilmediği, Sanayi ve Ticaret Bakanlığınca verilen cevap ekindeki listede, şirket nezdindeki tespitin 12.9.2006 tarihinde yapıldığı, inceleme raporunda, şirketin ithal ettiği 9 çeşit ürün listesinde yer alan iki çeşit ürünün (Elektrikli zımpara makinası ve Elektrikli freze makinası) 7.5.2006 tarihinde Bakanlıktan alınmış garanti belgelerinin bulunduğu, öte yandan, davacı şirketin üreticisi veya ithalatçısı olmayıp satıcısı olduğu 12 çeşit toplam 410 adet ürünün de, Garanti Belgesi Uygulama Esaslarına Dair Yönetmelik ekindeki listeye göre, garanti belgesi

düzenleme zorunluluğu bulunduğu, inceleme raporunda, şirketin satıcısı olduğu 12 çeşit toplam 410 adet ürün listesinde yer alan iki çeşit ürünün (... İç Kapı ve ... bilgisayar masası) 16.3.2005 ve 5.5.2005 tarihlerinde Bakanlıktan alınmış garanti belgelerinin bulunduğu anlaşılmaktadır.

Bu durumda, yeterli inceleme, araştırma ve tespitler yapılmadan düzenlendiği ve gerçeklere aykırı bilgi içerdiği anlaşılan inceleme raporu esas alınarak ve satışı yapılmamış olan ürünlerin de garanti belgesi olmadığından bahisle para cezası verilmesine ilişkin dava konusu işlemde ve davanın reddi yolunda verilen temyiz konu mahkeme kararında hukuka uyarlık bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle 2577 sayılı Yasanın 49.maddesine uygun bulunan davacının temyiz isteminin kabulüne, İstanbul 4. İdare Mahkemesinin 27.3.2008 tarih ve E:2007/336 K:2008/644 sayılı kararın bozulmasına, dosyanın yeniden karar verilmek üzere anılan mahkemeye gönderilmesine, yürütmenin durdurulması istemi hakkında karar verilmediğinden 22.90TL harcın istemi halinde davacıya iadesine, 8.5.2009 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

VATANDAŞLIK İŞLERİ

T.C.
DANIŞTAY
Onuncu Daire

Esas No : 2006/1678
Karar No : 2009/3553

Özeti : Vatandaşlığa alınma başvurusu makul sürede sonuçlandırılmayan; ancak, işlem tarihi itibarıyla 5 yıllık ikamet şartını taşıyan davacının başvurusunun, başvuru tarihi itibarıyla 5 yıllık ikamet şartını taşımadığı gerekçesiyle reddedilmesinde hukuka uygunluk bulunmadığı hakkında.

Temyiz Eden (Davacı) : ...

Vekili : Av. ...

Karşı Taraf (Davalı) : İçişleri Bakanlığı

İstemin Özeti : Ankara 10. İdare Mahkemesinin 21.9.2005 tarih ve E:2004/3676, K:2005/1355 sayılı kararının temyizen incelenerek bozulması istenilmektedir.

Savunmaların Özeti : Yerinde olmadığı ileri sürülen temyiz isteminin reddi gerektiği savunulmaktadır.

Danıştay Tetkik Hakimi : Mustafa Şişaneci

Düşüncesi : Yasanın 6. maddesinde öngörülen 5 yıllık ikamet şartına ilişkin, kural olarak başvuru tarihinin esas alınması gerekmekte ise de, vatandaşlık hususunda yapılan başvuruların makul süre geçtikten sonra cevaplandırılması durumunda işlem tarihinin esas alınması gerektiği ve işlem tarihi itibarıyla de davacının Yasa 'da öngörülen 5 yıllık ikamet şartını taşıdığı sabit olduğundan aksi yönde tesis edilen dava konusu işlemde hukuka uyarlık bulunmamakta olup; davanın reddi yolunda verilen mahkeme kararının bozulması gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı : Yakup Bal

Düşüncesi : İdare ve vergi mahkemelerince verilen kararların temyizen incelenerek bozulabilmesi için, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 49. maddesinin 1.fıkrasında belirtilen nedenlerin bulunması gerekir.

Temyiz dilekçesinde öne sürülen hususlar, sözkonusu maddede yazılı nedenlerden hiç birisine uymadığından, istemin reddi ile temyiz edilen Mahkeme kararının onanmasının uygun olacağı düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Onuncu Dairesince gereği görüldü:

Dava; davacının, Türk vatandaşlığına alınması istemiyle yaptığı başvurunun reddine ilişkin 11.5.2004 tarih ve 75432 sayılı işlemin iptali istemiyle açılmıştır.

Ankara 10. İdare Mahkemesince; 403 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanununun, genel olarak vatandaşlığa alınma şartlarını düzenleyen 6. maddesinde, başvuru sahibinin, başvuru tarihinden geriye doğru Türkiye`de 5 yıl ikamet etmiş olması gerektiğinin hükme bağlandığı; davacının, 1995 yılından sonra 15 kez yurt dışına çıkış yaptığından, Uygulama Yönetmeliğinin 13. maddesi uyarınca 28.8.1998 tarihinden önceki döneme ilişkin Türkiye'de ikamet sürelerinin kesintiye uğradığı; bu durumda, davacının, Türk vatandaşlığına alınma istemiyle başvuru yaptığı 5.6.2003 tarihinden geriye doğru Türkiye'de 5 yıl ikamet etme şartını taşımadığından, dava konusu işlemde hukuka aykırılık bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir.

Davacı tarafından, anılan İdare Mahkemesi kararının, hukuka aykırı olduğu ileri sürülerek temyizen incelenip bozulması istenilmektedir.

403 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanununun 6. maddesinde, Türk vatandaşlığına alınmasını isteyen kişinin,

- a) Kendi milli kanununa, vatansız ise Türk Kanununa göre reşit,
- b) Müracaat tarihinden geriye doğru Türkiye`de 5 yıl ikamet etmiş,
- c) Türkiye`de yerleşmeye karar verdiğini davranışı ile teyit etmiş,
- ç) İyi ahlak sahibi,
- d) Genel sağlık bakımından tehlike teşkil eden hastalığının bulunmaması,
- e) Yeteri kadar Türkçe konuşabilmesi,
- f) Türkiye`de kendisinin ve geçimi ile yükümlü olduğu kimselerin geçimini sağlayacak gelire veya mesleğe sahip olması gerektiği; bu şartları taşıyan yabancıların Bakanlar Kurulu kararı ile Türk Vatandaşlığına alınabilecekleri,kuralına yer verilmiştir.

403 Sayılı Türk Vatandaşlığı Kanununun Uygulanmasına İlişkin Yönetmeliğin "Yabancıların ikameti" başlıklı 13. maddesinde, bu Yasanın ve bu Yönetmeliğin çeşitli maddelerinde geçen "bir yabancı için ikamet" ifadesinden, Türk yasalarına uygun olarak Türkiye'de oturma anlaşılmaması gerektiği belirtildikten sonra, maddenin (a) bendinde; Türkiye'de Türk Medeni Kanunu hükümlerine göre ikametgah sahibi olmadan sadece yasalara uygun olarak oturan yabancının, ister ayrı ayrı zamanlarda ister toplu olarak bir defada yurt dışına çıkması ve kalmasının, beş yıl içinde toplam olarak altı ayı geçmemek şartı ile ikamet süresini kesmeyeceği; ancak Türkiye dışında geçirdiği altı ayı geçmeyecek zaman diliminin ikamet süresinden düşüleceği; (b) bendinde ise, Türkiye'de, Türk Medeni Kanunu hükümlerine göre ikametgah sahibi olan yabancının tedavi, öğrenim veya herhangi bir mücbir sebeple yurt dışına çıkması veya böyle bir sebeple Türkiye dışında kalması hallerinde dışarıda geçen zamanın toplamı altı ayı geçse dahi ikamet süresinin kesilmiş olmayacağı ve daimi ikametgahı Türkiye'de bulunduğu için dışarıda geçen sürenin ikamet süresinden indirilmeyeceği; bu gibilerin ikametgahlarını yurt dışına nakletmeleri halinde (a) bendi uyarınca işlem yapılacağı düzenlenmiştir.

Anılan hükümlerin birlikte değerlendirilmesinden, Türk vatandaşlığına alınmasını isteyen yabancının, başvuru tarihinden itibaren geriye doğru 5 yıl Türkiye ikamet etmesi

gerektiği; ikamet süresinin, bu süreçte en fazla 6 aylık kısmının yurt dışında geçirilmesi durumunda kesilmeyeceği ve ancak Türkiye dışında geçirilen sürenin ikamet süresine ekleneceği sonucuna ulaşılmaktadır.

Bu haliyle, Türk vatandaşlığına alınma istemiyle yapılan başvurularda, ikamet şartıyla ilgili olarak aranılacak temel husus, "başvuru tarihinden geriye doğru 5 yıl ikamet" şartı olmakla birlikte; Anayasanın 16. maddesindeki, temel hak ve hürriyetlerin, yabancılar için, milletlerarası hukuka uygun olarak kanunla sınırlanabileceği; 74. maddesindeki, vatandaşların ve karşılıklılık esası gözetilmek kaydıyla Türkiye'de ikamet eden yabancıların, kendileriyle veya kamu ile ilgili dilek ve şikayetleri hakkında, yetkili makamlara ve Türkiye Büyük Millet Meclisine yazı ile başvurma hakkına sahip olduğu; kendileriyle ilgili başvuruların sonucunun, gecikmeksizin dilekçe sahiplerine yazılı olarak bildirileceği yönündeki anayasal kurallar ile 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 10. maddesindeki; ilgililerin, haklarında idari davaya konu olabilecek bir işlem veya eylemin yapılması için idari makamlara başvurabilecekleri, İdarece, altmış gün içinde bir cevap verilmezse, isteğin reddedilmiş sayılacağına ilişkin kuralın birlikte değerlendirilmesinden; 403 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanununun 6. maddesinde düzenlenen ve vatandaşlığa kabul için aranan Türkiye'de ikamet süresinin hesabında başvuru tarihini esas alan kuralın; ancak idarece gecikmeksizin, diğer bir ifade ile bu konuda makul sürede cevap verildiği durumlarda uygulanabileceğinin; başvuruların hukuken kabul edilebilir nitelikte bulunmayan sebeplerle sürüncemede bırakılması durumunda, kuraldan ayrılmanın mümkün olduğunun kabulü gerekmektedir. Çünkü; yasa koyucu sözü edilen beş yıllık ikamet süresini, Türk vatandaşlığını kazanmak için başvuruda bulunan yabancı'nın Türkiye'yi yaşamak istediği yer olarak benimsediğine ve topluma uyum sağladığına ilişkin göstergelerden biri olarak değerlendirmiştir.

Dava dosyasının incelenmesinden; davacının 1960 yılında Ankara'da doğduğu, 1978 yılına kadar kesintisiz olarak 18 yıl Türkiye'de kaldığı, 1978 yılında eğitim amacıyla Almanya'ya gittiği, 1993 yılında tekrar Türkiye'ye döndüğü, 1995 yılından sonra 28.8.1998 tarihine kadar (ziyaret, turistik, ailevi sebeplerle) kısa sürelerle toplam 15 kez yurt dışına çıktığı, 5.6.2003 tarihinde Türk vatandaşlığına alınma istemiyle davalı idareye başvuruda bulunduğu, davalı idarece 27.4.2004 tarihli işlemle başvurusunun reddedildiği; bu işlemin, 11.5.2004 tarih ve 75432 sayılı işlemle davacıya bildirilmesi üzerine bakılmakta olan davanın açıldığı anlaşılmaktadır.

Her ne kadar, başvuru tarihi olan 5.6.2003 tarihinden itibaren geriye doğru 5 yıllık Türkiye'de ikamet şartının, 28.8.1998 tarihi itibarıyla (yaklaşık 4 yıl 10 ay) kesildiğinden bahisle davacının Türk vatandaşlığına alınma istemi reddedilmiş ise de, ikamet süresinin kesildiği 28.8.1998 tarihinden dava konusu işlemin tesis edildiği 27.4.2004 tarihine kadar geçen sürede Yasanın öngördüğü 5 yıllık ikamet şartı yerine getirilmiş olup; yaklaşık 5 yıl 8 aylık süre boyunca davacı Türkiye'de ikamet etmiş; davalı idarece, 5.6.2003 tarihinde yapılan başvuru Hukuk Devleti ve idarenin güvenilirliği ilkelerine aykırı olarak yaklaşık 8 ay sebepsiz yere cevapsız bırakılarak, 27.4.2004 tarihinde dava konusu işlem tesis edilmiştir.

Bu durumda, Türk Vatandaşlığını kazanmak için idareye başvurduğu tarihte olmasa bile, başvurunun idarece cevaplandırılacağı tarihte (işlem tarihinde) geriye doğru kesintisiz beş yıl Türkiye'de ikamet etme şartını taşıdığı konusunda tartışma bulunmayan davacının başvurusunun lafzi bir yorumla, salt başvuru tarihinde beş yıllık ikamet şartını taşımadığı gerekçesiyle reddedilmesi, Yasa'nın 6. maddesinde güdülen amaca aykırı olduğundan, dava konusu işlemin iptaline karar verilmesi gerekirken, davanın reddi yolundaki kararda hukuki isabet bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle, davacının temyiz isteminin kabulü ile Ankara 10. İdare Mahkemesinin 21.9.2005 tarih, E:2004/3676, K:2005/1355 sayılı kararının bozulmasına, yeniden bir karar verilmek üzere dosyanın adı geçen mahkemeye gönderilmesine, 29.4.2009 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

YARGILAMA USULÜ

T.C. DANIŞTAY

Onuncu Daire

Esas No : 2006/3798

Karar No : 2009/6817

Özeti : Yürütülmekte olan soruşturma kapsamında, adli kolluk görevlilerince delillerin tesbiti ve korunması amacıyla, analiz sonucu gelene kadar yapılan mühürleme işleminin, iptal davasına konu olabilecek kesin işlem olmadığı hakkında.

Temyiz Eden (Davalı) : Adana Valiliği

Karşı Taraf (Davacı) : ... Petrol Turizm Paz. Ziraat Nak. Tic. San.Ltd. Şti.

Vekili : Av. ...

İstemin Özeti : Adana 1. İdare Mahkemesinin 20.11.2003 tarih ve E:2003/197, K:2003/1314 sayılı kararının temyizen incelenerek bozulması istenilmektedir.

Savunmanın Özeti : Cevap verilmemiştir.

Danıştay Tetkik Hakimi : Yahya Şahin

Düşüncesi : Adana Valiliğinin "Ham petrol kaçakçılığı" konulu 31.1.2003 tarih ve 861 sayılı yazısı üzerine Kaçakçılık ve Organize Suçlar Şube Müdürlüğü tarafından yürütülmekte olan tahkikat kapsamında, kolluk görevlilerince, davacıya ait petrol istasyonunun arkasında, üç tankta saptanan yaklaşık 75 ton, yağ görünümündeki sıvının, türü ve nereden alındığı yolundaki sorular üzerine, faturalarının ibraz edilememesi, ibraz edilen "fıçı yağ" ibareli faturaların depolardaki yağ miktarını karşılayacak oranda olmaması ve farklı niteliklerde yağlara ait olmasından şüphelenilerek, delillerin tesbiti ve korunması amacıyla, analiz sonucu gelene kadar bir önlem olarak sadece bu tanklarla bunlarla bağlantılı pompanın mühürlenmesi işleminde hukuka aykırılık bulunmamaktadır. Valilikçe, herhangi bir suç unsuruna rastlanmayan, diğer akaryakıt tankları ve pompalarla işyerinin faaliyetinin engellenmediği dikkate alındığında, 2559 sayılı Yasanın 8. ve 9. maddeleri uyarınca işyerinin kapatılması yolunda işlem tesis edilmemesi dava konusu işlemi sakatlamamaktadır.

Nitekim, alınan numunelerin ODTÜ Petrol Araştırma Merkezindeki analizinde, numunelerin kinematik, viskozite ve yoğunluk değerlerinin standarda uygun olmadığı, ham petrol olduğu sonucuna varılması üzerine, işyeri sahibi ve işyeri hakkında tahkikat evraklarının Pozantı Cumhuriyet Başsavcılığına intikal ettirilmesi sonucunda 2003/174 Hz. numarası ile açılan ceza davasının devam ettiği anlaşılmaktadır.

Açıklanan nedenlerle temyiz isteminin kabul edilerek mahkeme kararının bozulması gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı : M.İclal Kutucu

Düşüncesi : İdare ve vergi mahkemelerince verilen kararların temyizen incelenerek bozulabilmesi için, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 49 uncu maddesinin birinci fıkrasında belirtilen nedenlerin bulunması gerekmektedir.

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

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Onuncu Dairesince gereği görüldü:

Dava; davacı şirketin Pozantı E-90 Karayolu üzerinde işlettiği petrol istasyonunda bulunan 3 adet yakıt tankı ile buna bağlı pompanın 22.2.2003 tarihli tutanakla mühürlenmesine ilişkin davalı idare işleminin iptali istemiyle açılmıştır.

Adana 1.İdare Mahkemesince; dava konusu mühürleme işleminin Adana Valiliğinin 31.1.2003 tarihli yazısına istinaden yapıldığının 22.2.2003 tarihli tutanakta belirtilmesi nedeniyle Mahkemelerinin 13.3.2003 ve 12.6.2003 tarihli ara kararları ile, davalı idareden, anılan tutanak dışında alınmış bir karar bulunup bulunmadığının sorulmasına karşın, ara kararlarının gereğinin yerine getirilmediği, 2559 sayılı Yasanın 8. ve 9.maddeleri uyarınca, polis tarafından kati delil elde edilmesi halinde işyerinin mahalli en büyük mülki amirin emriyle polis tarafından kapatılabileceği veya faaliyetten men edilebileceği, açık olmakla birlikte, olayda, davalı idareden, bu yönde alınmış bir karar bulunup bulunmadığının ara kararlarla sorulmasına karşın, idarece en büyük mülki amirin bu yönde bir kararının sunulmadığı, bu durumda, petrol istasyonunda bulunan 3 adet yakıt tankı ile buna bağlı pompanın mülki amirce alınmış bir karar bulunmaksızın süresiz olarak mühürlenmesine ilişkin dava konusu işlemde, hukuka uyarlık bulunmadığı gerekçesiyle dava konusu işlemin iptaline karar verilmiştir.

Davalı idare tarafından, hukuka aykırı olduğu ileri sürülerek anılan kararın temyizen incelenip bozulması istenilmektedir.

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 2. maddesinde tanımlanan iptal davalarına, idarenin tek yanlı irade beyanıyla, kişilerin hukuksal durumlarında değişiklik meydana getiren, etkili ve yürütülmesi zorunlu idari işlemler konu edilir.

Kesin ve yürütülmesi zorunlu olan ve idari davaya konu edilebilecek işlemler; idarenin kamu gücüne dayanarak, tek yanlı irade beyanıyla tesis ettiği, hukuk düzeninde değişiklik yapan, başka bir ifadeyle ilgililerin hukukunu etkileyen işlemlerdir.

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 14. maddesinin 3. fıkrasının (d) bendinde, dava konusu işlemlerin, idari davaya konu olacak kesin ve yürütülmesi gereken bir işlem olup olmadığı yönünden inceleneceği, 15. maddesinin 1. fıkrasının (b) bendinde ise; kesin ve yürütülmesi gerekli olmayan işlemlere karşı açılan davaların reddedileceği hükme bağlanmıştır.

Dosyanın incelenmesinden; Adana Valiliğinin "Ham petrol kaçakçılığı" konulu 31.1.2003 tarih ve 861 sayılı yazısı ve Jandarma Adana İl Komutanlığı'nın aynı konulu, Kömürler mevkiindeki petrol istasyonları ile Pozantı ilçesindeki ... Petrol'de kaçak olarak alınan ham petrolün piyasaya satıldığı yolundaki 20.1.2003 tarih ve 4802 sayılı yazısı üzerine Kaçakçılık ve Organize Suçlar Şube Müdürlüğü tarafından yürütülmekte olan tahkikatla ilgili olarak ilçe genelindeki petrol istasyonlarında kontroller yapıldığı, Pozantı yolunda 22.2.2008 tarihinde davacı şirketin işlettiği istasyonda yapılan denetimde, işyeri binasının arkasında toprak üzerinde yatay vaziyette, içerisinde nebati yağ olarak değerlendirilen bir sıvı bulunan üç adet yakıt tankı ve bu tanklardan ikincisinin yeraltında bulunan yakıt tankına, yeraltındaki bu tankın da, binanın yan ön köşesinde bulunan motorin pompasına yeraltından bağlantılı olduğunun saptandığı, yaklaşık 75 ton olan bu sıvının türü ve nereden alındığı yolundaki sorular üzerine faturalarının ibraz edilemediği, ibraz edilen "fıçı yağ" ibareli faturaların depolardaki yağ miktarını karşılayacak oranda olmaması ve farklı niteliklerde yağlara ait olmasından şüphelenilerek, bu tanklardan ve pompadan numuneler alınarak mühürlendikleri, bu işlemin iptali istemiyle bakılmakta olan davanın açıldığı, asıl benzin depoları ve pompalarıyla işyerinin faal durumda olduğu, alınan numunelerin analiz için ODTÜ Petrol Araştırma Merkezine gönderildiği, 7.4.2003 tarihli analiz raporlarında, numunelerin kinematik, viskozite ve yoğunluk değerlerinin standarda uygun olmadığı, ham petrol olduğu sonucuna varıldığı, bunun üzerine, işyeri sahibi ve işyeri hakkında tahkikat evraklarının

Pozantı Cumhuriyet Başsavcılığına intikal ettirilmesi sonucunda 2003/174 Hz. numarası ile açılan davanın devam ettiği anlaşılmaktadır.

Bu durumda; Kaçakçılık ve Organize Suçlar Şube Müdürlüğü tarafından yürütülmekte olan soruşturma kapsamında, adli kolluk görevlilerince, delillerin tesbiti ve korunması amacıyla, analiz sonucu gelene kadar yapılan mühürleme işlemi; idari yargıda iptal davasına konu olabilecek, kesin ve yürütülmesi zorunlu işlem niteliği taşımadığından, davanın bu nedenle reddine karar verilmesi gerekirken, dava konusu işlemin iptali yolunda verilen mahkeme kararında hukuki isabet görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle, 2577 sayılı Yasanın 49.maddesine uygun bulunan davalı idare temyiz isteminin kabulü ile Adana 1. İdare Mahkemesinin 20.11.2003 tarih ve E:2003/197, K:2003/1314 sayılı kararının bozulmasına, dosyanın yeniden bir karar verilmek üzere anılan mahkemeye gönderilmesine, 23.6.2009 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

ONBİRİNCİ DAİRE KARARLARI

EMEKLİLİK VE EMEKLİ SANDIĞI İŞLERİ

T.C.
DANIŞTAY
Onbirinci Daire
Esas No : 2006/9285
Karar No : 2009/2412

Özeti : Davacının kurumunca 1. derece ve (2200) ek gösterge olarak sehven belirlenen intibakına dayanarak emeklilik dilekçesi veren ve bu talebi üzerine emekliye sevk edilen, ancak 2. derece ve (1600) ek gösterge üzerinden emekli aylığı bağlanan davacının; emeklilik istemi gerçek iradesini yansıtmadığından, emeklilik onayının geri alınması isteminin reddi yolundaki işlemde hukuka uyarlık görülmediği hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan (Davacı) : ...

Vekili : Av. ...

Karşı Taraf (Davalılar) : 1- Tarım ve Köyşleri Bakanlığı
2- Sosyal Güvenlik Kurumu Başkanlığı
(T.C. Emekli Sandığı Genel Müdürlüğü)

Vekili : Av. ...

İsteğin Özeti : Ankara Tarım İl Müdürlüğünde teknisyen olarak görev yapmakta iken 1.derecenin 1. kademesinden ve (2200) ek gösterge üzerinden aylık almaya başladıktan sonra emeklilik talebinde bulunan davacının 2.derece kazanılmış hak aylığı karşılığı (1600) ek gösterge ile emekli aylığı bağlanması nedeniyle, emeklilik onayının geri alınması yolunda yaptığı başvurunun reddi üzerine sözkonusu işlemin iptali istemiyle açtığı davayı; 24.1.2005 tarihli dilekçesi ile emeklilik talebinde bulunan ve 16.2.2005 tarihli onay ile emekliye sevk edilen davacının 4.3.2005 ve 14.3.2005 tarihli emeklilik işleminin iptali istemini içeren taleplerinin 5434 sayılı Kanunun ek 26. maddesi uyarınca mümkün bulunmadığı gerekçesiyle reddeden Ankara 4. İdare Mahkemesinin 17.3.2006 günlü ve E:2005/680, K:2006/478 sayılı kararının; davacı tarafından, temyizen incelenerek bozulması istenilmektedir.

Savunmanın Özeti : Davalı idarelerce istemin reddi gerektiği savunulmaktadır.

Danıştay Tetkik Hakimi : Sibel Kaya Saçmal

Düşüncesi : Davacının kurumunca 1. derece ve (2200) ek gösterge olarak sehven belirlenen intibakına dayanarak verdiği 24.1.2005 tarihli dilekçesindeki emeklilik istemi gerçek iradesini yansıtmamaktadır. İntibakında yanıtılan davacının buna dayalı olarak verdiği dilekçe üzerine tesis edilen dava konusu emekliye sevk işleminde hukuka uyarlık görülmediğinden anılan işleme karşı açılan davayı reddeden idare mahkemesi 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 görüldü:

Ankara Tarım İl Müdürlüğünde görev yapmakta iken 1. derecenin 1. kademesinde bulunduğunu ve ek göstergesinin (2200) olduğunu öğrenerek emeklilik talebinde bulunan, ancak 2. derece kazanılmış hak aylığının karşılığı (1600) ek gösterge üzerinden emekli aylığı bağlanan davacının emeklilik onayının iptali istemiyle yaptığı başvurunun zımnen reddi üzerine emeklilik işleminin iptali istemiyle temyizen bakılan dava açılmıştır.

5434 sayılı T.C. Emekli Sandığı Kanunu'nda emekliye sevk işlemi yaş haddi, sicil, disiplin, re'sen emeklilik gibi ayrışık hükümler hariç tutulursa, esas itibarıyla kamu görevlisinin iradesine bağlanmıştır. 5434 sayılı Yasadaki düzenlemeye göre istek üzerine tesis edilen emekliye sevk işlemleri, ilgililerin isteklerine bağlı idari işlemler olup; bu nitelikleri itibarıyla yasal koşulların oluşmadığı saptanmadığı sürece idare tarafından geri alınamamakta ve ilgililer de ancak emekliye sevk işleminin tesisinden önceki aşamada isteklerinden vazgeçebilmektedirler. Emekliye ayrılma isteğini bildirmek suretiyle iradesini beyan eden kişi, emekliye sevk onayıyla birlikte emekli statüsüne girdiğinden, emekliye sevk işleminin ilgilinin istemindeki değişiklik nedeniyle geri alınması statü hukuku ile bağdaşmamaktadır. Ancak, emekli olma iradesi fesata uğratılan iştirakçinin idarece yapılan hatalı intibak sonucu gerçek iradesinde yanıtılması durumunda da emekliye sevk işleminin hukuka aykırı olacağı açıktır.

Emekli Sandığı iştirakçileri emekliye ayrılma iradelerini belirlerken bu statüde iken elde edecekleri maddi hakları, aylık ve intibaklarını da gözetmektedirler. Kamu görevlilerinin emeklilik hakları 5434 sayılı Yasaya göre çalıştıkları statülere bağlı olarak düzenlenmektedir. Emekli kesenek ve karşılıkları kural olarak personel kanunlarına göre hesaplanacak kazanılmış hak aylık dereceleri üzerinden tahsil edilmekte; emekli aylıklarının hesaplanmasında 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nda yer alan gösterge ve ek göstergeler esas alınmakta, emekli ikramiyesi de emekli aylığı bağlamaya esas tutarlar üzerinden hesaplanmaktadır.

Öte yandan iştirakçiler, 5434 sayılı Yasanın Ek 30. maddesi uyarınca Sandığın emekli keseneğine esas olan derece ve kademelerin mevzuata uygunluğunu incelemesi sonucu emeklilik tahsisine esas alınmak üzere belirlediği intibakı ancak emeklilik tahsisine ilişkin bildirimle öğrenmektedirler. Dolayısıyla; kurumların aylık ödediği ve/veya üzerinden emeklilik keseneği kestiği derece ve kademelerin hatalı belirlenmesinde kendi kusuru, hilesi veya gerçeğe aykırı beyanı olmayan iştirakçiler; emeklilik iradelerini kurumlarınca tesbit edilen intibaklarına göre belirlemek zorunda bulunmaktadırlar.

Dosyanın incelenmesinden, çalışmakta iken 1. derece ve (2200) ek gösterge üzerinden aylık alan davacının bu intibakına göre 24.1.2005 tarihli dilekçesiyle emekliye sevkini istediği ve 16.2.2005 tarihli onay ile emekli edildiği, ancak emekli aylığının (1600) ek gösterge üzerinden ödendiğini öğrenen davacının kurumuna başvurarak, kazanılmış hak aylığının 1. derecenin 1. kademesi ve ek göstergesinin (2200) olması nedeniyle emeklilik isteminde bulunduğu, ancak Sandık tarafından 2. derece kazanılmış hak aylığının karşılığı (1600) ek gösterge üzerinden emekli aylığı bağlanması nedeniyle emeklilik onayının iptal edilerek yeniden göreve başlatılmasını istediği anlaşılmaktadır.

Olayda, davacı 24.12.2004 tarihinde 1. derecenin 1. kademesi ve (2200) ek göstergeye yükseltilmesi üzerine 24.1.2005 tarihli dilekçesiyle emekliliğini istemiş olup emeklilik iradesinde 1. derece intibakı doğrudan belirleyici olmuştur. 657 sayılı Yasada 1. ve

2. dereceler için farklı öngörülen gösterge ve ek göstergeler davacının emeklilik statüsünde elde edeceği emekli ikramiyesi ve emekli aylığını da doğrudan etkilemektedir. Dolayısıyla, davacının 24.12.2005 tarihli dilekçesinde, 1. derece intibakı üzerinden aylık almaktayken bu intibaka bağlı olarak emeklilik isteminde bulunduğu kabulü zorunludur.

Bu durumda; kurumunca sehven hukuka aykırı olarak belirlenen 1. derece (2200) ek gösterge intibakına bağlı olarak 24.1.2005 tarihli dilekçesindeki emeklilik istemi davacının gerçek iradesini yansıtmadığından, bu dilekçeye dayalı olarak tesis edilen emekliye sevk işlemi ve bu işleme karşı açılan davayı reddeden idare mahkemesi kararında hukuka uyarlık görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle, temyiz isteminin kabulüyle Ankara 4. İdare Mahkemesinin 17.3.2006 günlü ve E:2005/680, K:2006/478 sayılı kararının bozulmasına, dosyanın yeniden bir karar verilmek üzere adı geçen mahkemeye gönderilmesine 9.3.2009 tarihinde oyçokluğu ile karar verildi.

AZLIK OYU

X- İdare mahkemelerince verilen kararların temyizen incelenerek bozulabilmeleri 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 49. maddesinin birinci fıkrasında belirtilen nedenlerin bulunması halinde mümkün olup, usul ve hukuka uygun olan idare mahkemesi kararının onanması gerektiği görüşüyle karara karşıyım.

T.C.
DANIŞTAY
Onbirinci Daire
Esas No : 2006/7560
Karar No : 2009/3151

Özeti : Türk Silahlı Kuvvetlerinde görev yapmakta iken disiplinsizlik nedeniyle 926 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri Personel Kanunu hükümleri uyarınca re'sen emekliye sevk edilenlerin 5434 sayılı Kanunun geçici 218. maddesi uyarınca isteğe bağlı iştirakçi olarak Sandıkla ilgilendirilemeyecekleri hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan (Davalı) : Sosyal Güvenlik Kurumu Başkanlığı
(T.C. Emekli Sandığı Genel Müdürlüğü)

Vekili : Av. ...

Karşı Taraf (Davacı) : ...

Vekili : Av. ...

İsteğin Özeti : Türk Silahlı Kuvvetlerinde yüzbaşı olarak görev yapmakta iken re'sen emekliye sevk edilen davacının, 5434 sayılı Kanunun Geçici 218. maddesi uyarınca isteğe bağlı iştirakçi olarak Sandıkla ilgilendirilmesi yolundaki isteminin zımnen reddine dair işlemin iptali istemiyle açtığı davada; konuya ilişkin Kanun hükümleri bir arada değerlendirildiğinde, isteğe bağlı iştirakçi olabilmek için memurluktan çıkarılmış olmamak, 657 sayılı Kanunun 96. maddesi kapsamına girmemek, yine anılan Kanunun 48. maddesinin (A) bendinin 5. numaralı alt bendinde aranılan nitelikleri taşımak ve Sandığa bağlı iştirakçi olarak en az on yıl çalışmış olup, süresinde Sandığa müracaat etmiş olmak koşullarının taşınması gerektiği sonucuna ulaşıldığı, olayda ise davacının memuriyetten çıkarılmayıp, Silahlı Kuvvetlerden re'sen ayırma işlemi uygulanarak Sandıkla ilişkisinin kesildiği açık olduğundan, isteğe bağlı iştirakçi olabilmenin koşullarını taşıyan ve isteğe bağlı iştirakçi olmasını engelleyen bir hüküm bulunmayan davacının isteğinin kabul edilmemesine dair

işlemlerde hukuka uyarlık bulunmadığı gerekçesiyle dava konusu işlemin iptali yolunda Ankara 8. İdare Mahkemesince verilen 9.11.2005 günlü ve E:2005/706, K:2005/1627 sayılı kararın; davalı idarece, hukuka aykırı olduğu ileri sürülerek bozulması istenilmektedir.

Savunmanın Özeti : Savunma verilmemiştir.

Danıştay Tetkik Hakimi : Fatma Özlü

Düşüncesi : Temyiz isteminin kabulü ile 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 görüldü:

Dava, Türk Silahlı Kuvvetlerinde yüzbaşı olarak görev yapmakta iken re'sen emekliye sevk edilen davacının, 5434 sayılı Kanunun Geçici 218. maddesi uyarınca isteğe bağlı iştirakçi olarak Sandıkla ilgilendirilmesi yolundaki isteminin zımnen reddine ilişkin işlemin iptali istemiyle açılmıştır.

5434 sayılı Emekli Sandığı Kanununa 17.9.2004 tarih ve 5234 sayılı Kanunun 3. maddesiyle eklenen Geçici 218. maddede, T.C Emekli Sandığı iştirakçisi iken Sandıkla ilişkisi kesilmiş olanlardan 12. madde uyarınca isteğe bağlı iştirakçi olabileceklerin, bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihten itibaren üç ay içinde yazılı olarak Sandığa başvurmaları halinde aynı esaslar dahilinde isteğe bağlı iştirakçi olabilecekleri hükmüne yer verilmiş, yine 5234 sayılı Kanunun 3. maddesiyle 5434 sayılı Emekli Sandığı Kanununun 12. maddesine eklenen paragrafla isteğe bağlı iştirakçiliğin şartları belirtilmiştir.

Buna göre: 657 sayılı Devlet Memurları Kanununa tabi olarak en az on yıl çalıştıktan sonra, memurluktan çıkarılmış olanlar ile aynı Kanunun 96. maddesi kapsamına girenler ve anılan Kanunun 48. maddesinin (A) bendinin (5) numaralı alt bendinde aranan nitelikleri kaybedenler hariç olmak üzere, herhangi bir nedenle memurluktan ayrılmış olanların, memurluktan ayrıldıkları tarihten itibaren altı ay içinde yazılı olarak Sandığa başvurmaları ve emeklilik keseneği ve kurum karşılıklarını ait olduğu ay içinde Sandık hesabına yatırmaları şartıyla başvuru tarihini takip eden aybaşından itibaren Sandıkla ilgilendirilecekleri, Sandığın diğer iştirakçilerinin de 657 sayılı Devlet Memurları Kanununa tabi olanlar ile aynı esaslar çerçevesinde bu uygulamadan yararlanabilecekleri hüküm altına alınmıştır.

Diğer taraftan, 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 96. maddesinde, olağanüstü hal, sıkıyönetim, seferberlik ve savaş hallerinde veya genel hayata müessir afetlere uğrayan yerlerdeki Devlet memurlarının yerine atanacaklar gelip işe başlamadıkça görevlerini bırakmayacakları belirtilmiş; aynı Kanunun 48. maddesinin (A) bendinin 5. alt bendinde ise, taksirli suçlar ve aşağıda sayılan suçlar dışında tecil edilmiş hükümler hariç olmak üzere, ağır hapis veya 6 aydan fazla hapis veya affa uğramış olsalar bile Devletin şahsiyetine karşı işlenen suçlarla, zimmet, ihtilas, irtikap, rüşvet, hırsızlık, dolandırıcılık, sahtecilik, inancı kötüye kullanma, dolanlı iflas gibi yüz kızartıcı veya şeref ve haysiyeti kırıcı suçtan veya istimal ve istihlak kaçakçılığı hariç kaçakçılık, resmi ihale ve alım satımlara fesat karıştırma, Devlet sırlarını açığa vurma suçlarından dolayı hükümlü bulunmamak, Devlet memurluğuna alınmanın genel şartları arasında sayılmıştır.

Öte yandan, 926 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri Personel Kanununun "Disiplinsizlik veya ahlaki durum sebebiyle ayırma" başlıklı 50. maddesinin (c) fıkrasında, disiplinsizlik veya ahlaki durumları sebebiyle Silahlı Kuvvetlerde kalmaları uygun görülmeyen subayların hizmet

sürelerine bakılmaksızın haklarında T.C. Emekli Sandığı Kanunu hükümlerinin uygulanacağı hükmü yer almaktadır.

Yukarıda yer alan Kanun hükümleri birlikte değerlendirildiğinde, Emekli Sandığı Kanununun 12. maddesinde isteğe bağlı iştirakçi olabilmenin şartları belirlenirken, 657 sayılı Devlet Memurları Kanununa tabi olarak en az 10 yıl çalışmış olanlardan memurluktan çıkarılmış olanların isteğe bağlı iştirakçi olamayacağının belirtilmiş olması, ayrıca Sandığın diğer iştirakçilerinin de 657 sayılı Devlet Memurları Kanununa tabi olanlar ile aynı esaslar çerçevesinde bu uygulamadan yararlanacaklarının öngörülmesi karşısında, Sandığın diğer iştirakçisi konumunda olan Türk Silahlı Kuvvetleri Personel Kanununa tabi olarak görev yapanlardan disiplinsizlik nedeniyle işiği kesilenlere de aynı hükmün uygulanacağı açıktır.

Olayda ise, Türk Silahlı Kuvvetlerinde yüzbaşı olarak görev yapmakta iken disiplinsizlik nedeniyle 926 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri Personel Kanununun 50/c maddesi uyarınca re'sen emekliye sevk edilen davacının, 5434 sayılı Kanunun Geçici 218. maddesi uyarınca isteğe bağlı iştirakçi olarak Sandıkla ilgilendirilmesi için yaptığı başvurunun zımnen reddi üzerine görülen davayı açtığı anlaşılmıştır.

5434 sayılı Kanunun Geçici 218. maddesi uyarınca isteğe bağlı iştirakçi olabilmenin iki koşulu bulunmaktadır. Bunlardan Sandıkla işiği kesilmiş olma koşulunu re'sen emekli edilmiş olması nedeni ile davacı taşımaktadır.

Davacının ikinci koşul olan 5434 sayılı Kanunun 12. maddesi kapsamında bulunup bulunmadığı hususuna gelince;

657 sayılı Kanuna göre memurluğun sona ermiş olması halinin üç şekilde gerçekleşmesi mümkün olup, bunlar, disiplin hükümleri çerçevesinde Devlet memurluğundan çıkarılma, aynı Kanunun 98. maddesinde sayılan haller nedeniyle memurluğun sona ermesi ve yine aynı kanunun 120. maddesi gereğince memuriyetle işiğinin kesilmesidir. 5434 sayılı Kanunun 12. maddesinde belirtilen "Sandığın diğer iştirakçileri" ibaresinden ise, 657 sayılı Kanun dışında bir personel kanununa tabi olarak kamu görevinde çalışanlar anlaşılmalıdır. Bu kanunlarda 657 sayılı Kanuna açıkça atıfta bulunulmaması halinde "diğer iştirakçiler" için "memurluktan çıkarılma" ifadesinin, tabi oldukları kanunlarda yer alan ve sonucu itibarıyla memurluktan çıkarılma niteliğini taşıyan hükümler nedeniyle kamu görevlisi sıfatlarının sona erdirilmesi hali olarak anlamak gerekmektedir.

926 sayılı Kanunda memurluktan çıkarma hususunda 657 sayılı Kanuna bir atıf bulunmamaktadır. Anılan Kanunun 50/c maddesi hükmü ise, uygulama sebebi ve sonucu itibarıyla memuriyetle işiğinin kesilmesive memurluktan çıkarma ile aynı niteliktedir.

Bu durumda, davacının isteğe bağlı iştirakçi olarak Sandıkla ilgilendirme koşullarından ikincisi olan 5434 sayılı Kanunun 12. maddesi kapsamında bulunma koşulunu taşımadığının kabulü gerekmektedir.

Bu nedenle, disiplinsizlik nedeniyle 926 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri Personel Kanununun 50/c maddesi uyarınca re'sen emekliye sevk edilen davacının, Emekli Sandığı ile isteğe bağlı iştirakçi olarak ilgilendirilmemesi yolunda tesis edilen işlemde hukuka aykırılık bulunmadığından, bu işlemin iptali yolunda verilen kararda hukuki isabet görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle, davalı idarenin temyiz isteminin kabulüne, Ankara 8. İdare Mahkemesinin 9.11.2005 günlü ve E:2005/706, K:2005/1627 sayılı kararının bozulmasına, yeniden bir karar verilmek üzere dosyanın adı geçen Mahkemeye gönderilmesine, 24.3.2009 tarihinde oyçokluğu ile karar verildi.

KARŞI OY

X- 5434 sayılı Kanunun 12. maddesinde 657 sayılı Devlet Memurları Kanununa tabi olarak en az on yıl çalıştıktan sonra memurluktan çıkarılmış olanlar ile aynı Kanunun 96. maddesi kapsamına girenler ve anılan Kanunun 48. maddesinin (A) bendinin (5) numaralı alt bendinde belirtilen suçlardan dolayı hükümlü bulunanlar hariç olmak üzere herhangi bir nedenle memurluktan ayrılmış olanların Sandığa başvuruları ve emekli keseneği ve kurum

karşılıklarını yatırmaları şartıyla Sandıkla ilgilendirilecekleri ve Sandığın diğer iştirakçilerinin de 657 sayılı Devlet Memurları Kanununa tabi olanlar ile aynı esaslar çerçevesinde bu uygulamadan yararlanabilecekleri belirtildiğinden, memurluktan çıkarılmış olan Sandık iştirakçilerinin bu uygulamadan yararlanamayacakları konusunda duraksamaya yer olmamakla birlikte disiplin soruşturması sonucunda aldığı disiplin cezasına veya ceza mahkumiyetine bağlı olarak memurluktan çıkarılmayıp 926 sayılı Kanunun 50/c maddesi uyarınca ayırma işlemine tabi tutularak 5434 sayılı Kanunun 39. maddesinin (e) bendi uyarınca re'sen emekliye sevk edilen davacının memurluktan çıkarma ile aynı nitelikte bir işleme tabi tutulup tutulmadığının anlaşılabilmesi için 926 sayılı Kanunun ve asker kişilerle ilgili düzenlemeleri içeren diğer yasaların konuya ilişkin hükümlerinin irdelenmesi gerekmektedir.

926 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri Personel Kanununun "Amaç" başlıklı 2. maddesinde "Bu Kanun subayların, astsubayların ve askeri öğrencilerin yetiştirilmelerini, sınıflandırılmalarını, görev ve yükümlülüklerini, terfi ve taltifleri ile her türlü özlük haklarını düzenler." hükmü yer almış, "Çeşitli nedenlerle Silahlı Kuvvetlerden ayrılacak subaylar hakkında yapılacak işlem" başlıklı 50. maddesinin ilk fıkrasında "Kadrosuzluk, yetersizlik, disiplinsizlik veya ahlaki durum veya (d) bendindeki suçlardan hükümlülük nedeni ile aşağıda belirtilen esas ve şartlar dahilinde subaylar hakkında Silahlı Kuvvetlerden ayırma işlemi yapılır." kuralına yer verildikten sonra (a) bendinde kadrosuzluk nedeniyle ayırmanın, (b) bendinde yetersizlik nedeni ile ayırmanın nasıl yapılacağına değinilmiş, "Disiplinsizlik veya ahlaki durum sebebiyle ayırma" başlıklı (c) bendinde ise "Disiplinsizlik veya ahlaki durumları sebebiyle Silahlı Kuvvetlerde kalmaları uygun görülmeyen subayların hizmet sürelerine bakılmaksızın haklarında T.C. Emekli Sandığı Kanunu hükümleri uygulanır." kuralına yer verilmiş, maddenin son fıkrasında da bu sebeplerin neler olduğu ve bunlar hakkında sicil belgelerinin nasıl ve ne zaman tanzim edileceği, nerelere gönderileceği, inceleme ve sonuçlandırma ile gerekli diğer işlemlerin nasıl ve kimler tarafından yapılacağının subay sicil yönetmeliğinde gösterileceği, bu gibi, subaylardan durumlarının Yüksek Askeri Şura tarafından incelenmesi Genelkurmay Başkanlığınca gerekli görülenlerin Silahlı Kuvvetlerden ayırma işleminin Yüksek Askeri Şura kararı ile yapılacağı hükme bağlanmış, "Sicil yolu ile çıkarılanların muvazaflık hizmetleri" başlıklı 108. maddesinde de disiplinsizlik ve ahlaki durumları sebebiyle sicil yolu ile astsubaylıktan çıkarılanlarla ilgili hükümlere yer verilmiştir.

Aktarılan bu yasa hükümlerine göre Silahlı Kuvvetlerden yetersizlik, disiplinsizlik veya ahlaki durum nedeni ile ayırma işlemine tabi tutulmanın esasen sicile dayalı bir işlem olduğu ve disiplin hukuku ilke ve kurallarının bu süreçte uygulama yerinin bulunmadığı açıktır.

Nitekim, sicil notu ortalaması düşük olanlar ve Subay Sicil Yönetmeliğinde gösterilen esaslara göre kendisinden istifade edilemeyeceği sıralı sicil üstlerinin düzenleyeceği sicil belgesi ile anlaşılan subaylar hakkında hizmet sürelerine bakılmaksızın T.C. Emekli Sandığı Kanunu hükümleri uygulanmak suretiyle yetersizlik nedeniyle ayırma işlemi yapılacağının 50. maddenin (b) bendinde belirtilmiş olması ve "Disiplinsizlik veya ahlaki durum sebebiyle ayırma" başlıklı (c) bendini de kapsayacak biçimde maddenin son fıkrasında Subay Sicil Yönetmeliğine atıf yapılmış olması ve 108. maddede disiplinsizlik ve ahlaki durum sebebiyle "sicil yolu ile çıkarmadan" söz edilmiş olması da bu düşüncüyü desteklemektedir.

Öte yandan, 211 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri İç Hizmet Kanununun 31. maddesinde bir şikayet üzerine karar verme yetisinin şikayetin müstenit olduğu vaka hakkında şikayet olunana disiplin cezası verme yetisini haiz olan ilk disiplin amirine ait olduğu ve o amirin verdiği karar aleyhine daha yüksek amirlere itiraz edilebileceği belirtilmiş, 477 sayılı Disiplin Mahkemeleri Kuruluşu, Yargılama Usulü ve Disiplin Suç ve Cezaları Hakkında Kanunun "Disiplin suçlarının ihbar ve soruşturması" başlıklı 14. ve "Disiplin soruşturması sonunda yapılacak işlem" başlıklı 15. maddesinde asker kişilerin disiplin suçlarıyla ilgili soruşturma usulü ve soruşturma sonunda yapılacak işlemler ayrıntılı olarak düzenlenmiş,

1632 sayılı Askeri Ceza Kanununun "Türk Silahlı Kuvvetlerinden çıkarma cezası" başlıklı 30. maddesinin birinci fıkrasında madde devamında yazılı hallerde askeri mahkemeler veya adliye mahkemelerince asıl ceza ile birlikte Türk Silahlı Kuvvetlerinden çıkarma cezasının verileceği ve bu hususun mahkeme hükmünde belirtilmemiş olsa dahi Silahlı Kuvvetlerden çıkarmayı gerektirdiği, 162. maddesinde disiplin tecavüzünün askeri terbiyeyi, disiplini bozan ve hiçbir Ceza Kanununun maddelerine uymayan fiiller ve tekasüller olduğu ve bu fiili işleyenlerin amirleri tarafından salahiyet dairesinde cezalandırılacakları, Ek 7. maddesinde ise bu Kanunda ve diğer kanunlarda geçen tard, ihraç ve rütbenin geri alınması fer'i cezalarının Türk Silahlı Kuvvetlerinden çıkarma fer'i cezası olarak değiştirildiği belirtilmiştir.

Bu yasa hükümlerinin incelenmesinden, tard, ihraç, rütbenin geri alınması ve Türk Silahlı Kuvvetlerinden çıkarma cezasının 657 sayılı Kanuna tabi olanlara verilen Devlet memurluğundan çıkarma cezası veya Devlet memuru olmaya engel bir suçtan hükümlü bulunma nedeniyle Devlet memuru olma niteliğini kaybedenler hakkında uygulanan memurluktan çıkarma işlemi ile aynı nitelikte olduğu sonucuna ulaşılmaktadır.

Bu itibarla, hakkında ne bir disiplin soruşturması ve ne de bir ceza kovuşturması yapılmamış bulunan ve dolayısıyla memurluktan çıkarılma sonucunu doğuran bir disiplin cezasına veya ceza mahkumiyetine çarptırılması söz konusu olmayan, sadece sicile dayalı ayırma işlemine tabi tutularak re'sen emekliye sevk edilmiş bulunan davacının uygulama sebebi ve sonucu itibarıyla 657 sayılı Yasaya göre memurluktan çıkarma ile aynı nitelikte bir işleme tabi tutulduğundan söz edilemeyeceğinden, 5434 sayılı Kanunun 12. maddesi uyarınca isteğe bağlı iştirakçi olarak Sandıkla ilgilendirilme koşullarını taşıması nedeniyle bu yöndeki başvurusunun kabulü gerekirken, reddi yönünde tesis edilen dava konusu idari işlemde hukuka uyarlık bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle dava konusu işlemin iptali yönünde verilen İdare Mahkemesi kararının onanması gerektiği görüşüyle bozma kararına katılmıyorum.

T.C.
DANIŞTAY

Onbirinci Daire

Esas No : 2006/8049

Karar No : 2009/4464

Özeti : Belediye Başkanlığı yaptığı dönemde herhangi bir sosyal güvenlik kurumuna tabi olmayan ilgilinin başka bir sosyal güvenlik kurumundan aylık bağlanmadan önce, her zaman 5434 sayılı Kanunun 12. maddesi (n) bendi uyarınca Sandıkla ilgilendirilmesini isteyebileceği hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan (Davacı) : ...

Vekili : Av. ...

Karşı Taraf (Davalı) : Sosyal Güvenlik Kurumu Başkanlığı
(T.C. Emekli Sandığı Genel Müdürlüğü)

Vekili : Av. ...

İstemin Özeti : Antalya İli Alanya İlçesi Demirtaş Belediyesinde

07.06.1992-27.03.1994 ve 27.03.1994-18.04.1999 tarihleri arasında belediye başkanı olarak görev yapan davacının, Emekli Sandığı ile ilgilendirilmesi yolundaki başvurusunun, belediye başkanlığı görev süresi içerisinde ilgilendirme istemiyle başvuru yapmadığı gerekçesiyle reddine ilişkin işlemin iptali istemiyle açılan davayı; belediye başkanlığı görevinin 5434 sayılı Yasanın 12. maddesi kapsamında Sandıkla ilgilendirmeyi olanaklı kılan bir görev olduğu, bu

ilgilendirmenin yapılabilmesi için belediye başkanlığı görevi esnasında Sandıkla ilgilendirme isteğinde bulunulması gerektiği, görev süresi içerisinde ilgilendirme talebi bulunmayan davacının, 5434 sayılı Yasanın 12. maddesi uyarınca Sandıkla ilgilendirilmesinin mümkün olmadığı gerekçesiyle reddeden Ankara 6. İdare Mahkemesinin 14.07.2006 gün ve E:2005/668, K:2006/1425 sayılı kararının; hukuka aykırı olduğu ileri sürülerek bozulması istenilmektedir.

Savunmanın Özeti : İstem reddi gerektiği savunulmuştur.

Danıştay Tetkik Hakimi : Hakan Baş

Düşüncesi : Temyiz edilen Mahkeme kararının bozulması gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı : Nazlı Yanıkdemir

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 Onbirinci Dairesince işin gereği görüldü:

5434 sayılı T.C. Emekli Sandığı Kanununun işlem tarihinde yürürlükte bulunan 12. maddesinde, bu kanunla tanınan haklardan (I) işaretili fıkra yazılı yerlerde çalışanlardan, Türk uyruğunda olmak ve 18 yaşını bitirmiş bulunmak şartıyla (II) işaretili fıkra gösterilenlerin faydalanacağı öngörülmüş olup, (I) işaretili fıkranın (ç) bendinde belediyeler yer almış (II) işaretili fıkranın 3.7.2005 günlü ve 5393 sayılı Kanun ile değişik (n) bendinde, sosyal güvenlik kuruluşlarına tabi görevlerde bulunmadan veya bu kuruluşlara tabi olarak çalışmakta iken illerin daimi komisyon üyeliğine veya belediye başkanlığına seçilen ve atanmışlar ile Sandıktan veya diğer sosyal güvenlik kuruluşlarından emekli, yaşlılık veya malullük aylığı almakta iken belediye başkanlığına seçilen ve atanmışların istekleri üzerine istek dilekçelerinin Sandık kayıtlarına geçtiği tarihi takip eden ay başından itibaren emekli kesenekleri kendilerince, karşılıkları kurumlarca ödenmek ve emekli aylıkları Sandıkla ilgilendirildikleri tarihten itibaren kesilmek suretiyle bu Kanunla tanınan haklardan yararlanacakları hükme bağlanmıştır.

5434 sayılı Kanunun 12. maddesine 01.03.1971 tarihli ve 1377 sayılı Yasa ile eklenen (n) bendinin ilk halinde, emekliliğe tabi görevlerde bulunmadan illerin daimi komisyon üyeliğine seçilenlerle, emeklilikle veya Sosyal Sigortalarla ilgilenmeden belediye başkanlığına veya TBMM üyeliğine seçilenlerin, seçimlerden itibaren 6 ay içinde yazı ile Sandığa müracaat ederek emeklilikle ilgilenmelerini istedikleri ve emekli keseneklerini ödedikleri takdirde, kesenek karşılıkları da ilgili kurumlardan alınmak suretiyle Sandıkla ilgilendirilebilecekleri hükme bağlanmış iken süresi içerisinde müracaat etmemiş olanlar için 03.06.1976 tarihli ve 2012 sayılı Yasanın 1. maddesiyle 6 aylık bir müracaat süresi daha tanınmış, 6.6.1978 tarihli ve 2161 sayılı Kanun ile de Yasanın ilk halinde düzenlenen müracaat süresi kaldırılmıştır.

5434 sayılı Kanunun 12. maddesine 1377 sayılı Yasa ile eklenen (n) bendinin ilk halinde yer verilen 6 aylık müracaat süresini kaldırarak 2161 sayılı Yasanın Türkiye Büyük Millet Meclisine sevkı sırasında sunulan "Plan Komisyon Raporunda", T.C. Emekli Sandığı Kanununun yürürlüğe girdiği tarihte Sandık iştirakçisi durumunda bulunanlardan, sözü geçen maddelerde belirtilen kanunlarla zamanında verilmiş borçlanma hakkını kullanamamış olanlara, yeniden borçlanma için bir süre tanındığı, bu sürelerin, geçici 1. maddede, serbest avukatlık (1136 ve 1238 sayılı Kanunlar), serbest doktorluk (1243 sayılı Kanun) fahri asistanlık (1425 sayılı Kanun) belediye başkanlığı, il daimi encümen üyeliği (1377 sayılı

Kanun), eğitmenlik (1476 sayılı Kanun), noterlik (1512 sayılı Kanun) görevleri için altı ay, geçici 2. maddede yasama organı üyeliğinde geçen sürelerin borçlandırılması için bir yıllık, geçici 3. maddede ise, T.C. Emekli Sandığına hizmet borçlanması karşılığını ödemeden ayrılanlardan bu borçlarını ödemek için süresinde müracaat edememiş olanlara altı aylık müracaat etme süresi tanındığı, sözü geçen süreler sona ermiş olduğundan, gerek bu süre içinde müracaat

etme imkanı bulamamış olan T.C. Emekli Sandığı iştirakçileri, gerekse bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihte iştirakçi olmayıp, daha sonra iştirakiliğe geçenler bu Kanunla getirilmiş olan borçlanma imkanlarından yararlanamamış olduklarından, bu hakların bu gibi kişilere tanınması ve bu maddelerin geicilikten kurtarılarak, devamlı maddeler haline dönüştürülmesi ile bundan sonra T.C. Emekli Sandığı iştirakçi olacakların da bu hükümlerden yararlanmalarının eşitlik ilkelerine uygun dseceği belirtilmiştir.

Buna göre, 5434 sayılı Yasanın 12/n maddesinde düzenlenen müracaat süresinin, hem ilgilendirme talebinde bulunma hem de borçlanma süresi için getirilmiş süre olduğu göz önünde bulundurulduğunda, 2161 sayılı Yasa ile bu altı aylık müracaat süresi kaldırılmış olduğundan, anılan Yasanın yürürlük tarihinden itibaren müracaat süresi aranmadan ilgililer hem ilgilendirilme istemiyle başvuruda bulunabilecekler hem de borçlanma yapabileceklerdir.

Dava konusu işlem tarihinde yürürlükte bulunan 5434 sayılı Kanunun 5393 sayılı Yasa ile değişik 12. maddesinin (n) bendinde, belediye başkanlığına seçilen ve atanmaların istekleri üzerine istek dilekçelerinin Sandık kayıtlarına geçtiği tarihi takip eden ay başından itibaren emekli kesenekleri kendilerince, karşılıkları kurumlarınca ödenmek ve emekli aylıkları Sandıkla ilgilendirildikleri tarihten itibaren kesilmek suretiyle ilgilendirilecekleri düzenlenmiş ve ilgilendirilmek için bir müracaat süresi öngörülmemiştir.

Bu itibarla uyumazlık, 5434 sayılı Yasanın 12/n maddesinde düzenlenen ve seçimlerden itibaren 6 aylık müracaat süresi öngören ibarenin 2161 sayılı Yasa ile kaldırılmasından sonra, ilgilendirilme talebiyle yapılacak başvurunun, belediye başkanlığı görev süresi içerisinde yapılmasının zorunlu olup olmadığına ilişkindir.

Hukuk Devleti, vatandaşların hukuki güvenlik içinde bulundukları, Devletin eylem ve işlemlerinin hukuk kurallarına bağlı olduğu bir sistemi ifade eder. Anayasa Mahkemesinin çoğu kararlarında Hukuk Devleti; "insan haklarına saygılı ve hakları koruyucu adil bir hukuk düzeni kuran ve bunu devam ettirmekle kendisini yükümlü sayan, bütün işlem ve eylemleri yargı denetimine bağlı olan devlet" şeklinde tanımlanmıştır.

2709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının "Sosyal Güvenlik Hakkı" başlıklı 60. maddesinde, herkesin, sosyal güvenlik hakkına sahip olduğu, Devletin bu güvenliği sağlayacak gerekli tedbirleri alacağı ve teşkilatı kuracağı hükmüne yer verilmiştir. Sosyal güvenlik, insanlara, bugün ve gelecekte, çalışma koşullarını yitirmesi hali de dahil olmak üzere çeşitli risklere karşı, yaşamını sürdürebileceği sürekli bir gelir güvencesinin sağlanması amacını taşımaktadır. Bu güvencenin elde edilmesinin usulü ise yasalarla düzenlenmiştir.

Belediyeler sosyal güvenlik yönünden 5434 sayılı Yasanın 12. maddesinin (I) işaretli fıkrası uyarınca Emekli Sandığına tabi kurumlardan olup anılan maddenin (n) bendi ile seçimle gelen belediye başkanlarına Emekli Sandığı ile ilgilendirilebilme yönünde isteğe bağlı bir hak tanınmıştır. Herhangi bir sosyal güvenceye tabi olmadan belediye başkanlığı görevi yapmış olan kişilerin, çalıştıkları dönemde Sandığa müracaat etmeyip bu görevleri sona erdikten sonra başka sosyal güvenlik kurumlarına tabi olarak çalışmaya başlamış olmaları halinde herhangi bir sosyal güvenlik kurumundan henüz aylık bağlanmış biri konumuna gelmeden önce, belediye başkanı olarak fiilen çalışmış bulunduğu döneme ilişkin keseneklerini de ödemek suretiyle, söz konusu dönemin emekliliğe esas hizmet süresine eklenmesini ve bu döneme ilişkin hizmet sürelerinin sonraki hizmetleriyle birleştirilerek sosyal güvenlik hakkını elde etmek istemeleri; Anayasanın 2. maddesinde yer alan hukuk devleti ilkesi ile herkesin sosyal güvenlik hakkına sahip olduğunu belirten 60. maddesinin tabii bir sonucu olduğu, aksi halde, geçmişte fiilen belediye başkanı olarak çalışıldığı sabit olan

hizmet süresinin, Emekli Sandığı ile ilgilendirilmemesinin, ilgilinin sosyal güvenlik yönünden bu dönemde hukuken hiç çalışmamış olduğu sonucunu doğuracağı ve bunun da hukuka aykırı olacağı açıktır. Öte yandan, ilgili Yasa maddesinde, görev süresi içerisinde idareye ilgilendirilme istemiyle başvuru yapılması gerektiğine ilişkin kısıtlayıcı bir hüküm de mevcut olmadığından, davacı isteminin kabulünün önünde hukuki bir engel bulunmamaktadır.

Bu itibarla, Antalya İli Alanya İlçesi Demirtaş Belediyesinde 07.06.1992-27.03.1994 ve 27.03.1994-18.04.1999 tarihleri arasında hiçbir sosyal güvenlik kurumuna tabi olmadan belediye başkanı olarak görev yapan davacının, daha sonra Bağ-Kur'a tabi sigortalı olarak çalışmaya devam ettiği süre içerisinde, geçmişte yaptığı belediye başkanlığı hizmetinden dolayı Sandıkla ilgilendirilmesi ve sonraki hizmetleriyle birleştirilerek emekliliğe esas hizmetine eklenmesi amacıyla yapmış olduğu başvurunun kabul edilerek 5434 sayılı Yasanın 12. maddesinin (n) bendi uyarınca Emekli Sandığı ile ilgilendirilmesi gerekirken, belediye başkanlığı görev süresi içerisinde Sandıkla ilgilendirme isteminde bulunmadığı gerekçesiyle tesis edilen davalı idare işleminde ve bu işlemin iptali istemiyle açılan davayı reddeden İdare Mahkemesi kararında hukuki isabet görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle, temyiz isteminin kabulü ile Ankara 6. İdare Mahkemesinin 14.7.2006 günlü, E:2005/668, K:2006/1425 sayılı kararının bozulmasına, yukarıda belirtilen hususlar gözetilerek yeniden karar verilmek üzere dosyanın adı geçen Mahkemeye gönderilmesine, 05.05.2009 tarihinde oybirliği ile karar verildi.

T.C.
DANIŞTAY
Onbirinci Daire
Esas No : 2007/15756
Karar No : 2009/5020

Özeti : Öğretim üyesi olarak görev yapan davacıya verilen "Görevden çekilmiş sayma" cezasının; "istifa" niteliğinde bulunduğu gözetilmeden, devlet memurluğundan çıkarma cezası olarak nitelendirilerek 5434 sayılı Kanunun 12. maddesi uyarınca isteğe bağlı olarak iştirakçi kabul edilmemesinde hukuka uyarlık bulunmadığı hakkında.

Kararın Düzeltilmesini İsteyen (Davacı) : ...

Vekili : Av. ...

Karşı Taraf (Davalı) : Sosyal Güvenlik Kurumu Başkanlığı
(T.C. Emekli Sandığı Genel Müdürlüğü)

Vekili : Av. ...

İsteğin Özeti : İstanbul Üniversitesinde öğretim üyesi olarak görev yapmakta iken, aldığı disiplin cezası nedeniyle üniversite ile ilişkisi kesilen davacı tarafından, isteğe bağlı iştirakçi statüsünde Emekli Sandığı ile ilgilendirilmesi için yaptığı başvurunun reddine ilişkin işlemin iptali istemiyle açılan davayı; 5434 sayılı Emekli Sandığı Kanununun 12. maddesinin (II) nolu bendine 5234 sayılı Kanunu ile eklenen son fıkrasında, 657 sayılı Devlet Memurları Kanununa tabi olarak en az on yıl çalıştıktan sonra, memurluktan çıkarılmış olanlar hariç olmak üzere herhangi bir nedenle memurluktan ayrılmış olanların, memurluktan ayrıldıkları tarihten itibaren altı ay içinde yazılı olarak Sandığa başvurmaları ve emeklilik keseneği ve kurum karşılıklarını ait olduğu ay içinde Sandık hesabına yatırmaları şartıyla başvuru tarihini takip eden aybaşından itibaren Sandıkla ilgilendirilecekleri hükmüne yer verildiği, buna göre devlet memurluğundan çıkarma ve benzeri bir disiplin cezası ile

cezalandırılarak görevine son verilenlerin, belirtilen yasa hükmünden yararlanmalarına olanak bulunmadığı, davacının İstanbul Üniversitesi İktisat Fakültesinde öğretim üyesi olarak görev yapmakta iken, kılık kıyafet yönetmeliğinde belirlenen hükümlere aykırı davranmasından dolayı 2 yıl süre ile kademe ilerlemesinin durdurulması cezaları ile cezalandırıldığı, aynı fiillerin tekrarı nedeniyle İstanbul Üniversitesi Disiplin Kurulu'nun 14.5.1998 günlü ve 1998/5 sayılı kararı ile Yüksek Öğretim Kurumları Yönetici, Öğretim Elemanı ve Memurları Disiplin Yönetmeliği'nin 10. maddesi uyarınca "Görevden çekilmiş sayma" disiplin cezası ile cezalandırıldığının anlaşıldığı, bu durumda isteğe bağlı iştirakçi olarak Sandıkla ilgilendirilmemesinde hukuka aykırılık bulunmadığı gerekçesiyle reddeden Ankara 6. İdare Mahkemesi kararının onanmasına dair Danıştay Onbirinci Dairesinin 3.10.2007 gün ve E:2007/7019, K:2007/7177 sayılı kararının düzeltilmesi istenilmektedir.

Savunmanın Özeti : İstemin reddi gerektiği savunulmuştur.

Danıştay Tetkik Hakimi : Abdurrahman Şimşeksoy

Düşüncesi : Dosyanın incelenmesinden, İstanbul Üniversitesinde öğretim üyesi olarak görev yapmakta iken, Yükseköğretim Kurumları Yönetici, Öğretim Elemanı ve Memurları Disiplin Yönetmeliğinin 10. maddesi hükmü uyarınca "Görevden çekilmiş sayma" cezası nedeniyle üniversite ile ilişkisi kesildiği anlaşılan davacının, isteğe bağlı iştirakçi olarak kabul edilmemesi üzerine bakılan davanın açıldığı anlaşılmaktadır.

5434 sayılı Emekli Sandığı Kanununun, 657 sayılı Devlet Memurları Kanununa tabi olarak en az on yıl çalıştıktan sonra, memurluktan çıkarılmış olanlar hariç olmak üzere herhangi bir nedenle memurluktan ayrılmış olanların, memurluktan ayrıldıkları tarihten itibaren altı ay içinde yazılı olarak Sandığa başvurmaları ve emeklilik keseneği ve kurum karşılıklarını ait olduğu ay içinde Sandık hesabına yatırmaları şartıyla başvuru tarihini takip eden aybaşından itibaren Sandıkla ilgilendirilecekleri yolundaki 12. maddesi hükmü karşısında, görevinden çekilmiş sayma cezası nedeniyle üniversite ile ilişkisi kesildiği anlaşılan ve bu niteliğiyle istifa etmiş biri konumunda olan davacının, isteğe bağlı iştirakçi olarak Sandıkla ilgilendirilmemesinde hukuka aykırılık bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle, karar düzeltme isteminin kabulü ile Daire kararının kaldırılarak, idare mahkemesi kararının bozulmasına karar verilmesi gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı : Mehmet Ali Samur

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 kararın düzeltilmesi istemiyle verilen dilekçede ileri sürülen hususlar 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 54. maddesinin 1. fıkrasının (c) bendi hükmüne uygun bulunduğundan, düzeltme isteminin kabulü ile Danıştay Onbirinci Dairesinin 3.10.2007 gün ve E:2007/7019, K:2007/7177 sayılı kararı kaldırıldıktan sonra işin gereği görüldü:

Dava, İstanbul Üniversitesinde öğretim üyesi olarak görev yapmakta iken, Yükseköğretim Kurumları Yönetici, Öğretim Elemanı ve Memurları Disiplin Yönetmeliğinin 10. maddesi hükmü uyarınca "Görevden çekilmiş sayma" cezası nedeniyle üniversite ile ilişkisi kesilen davacının, 5434 sayılı Kanunun 12. maddesi uyarınca isteğe bağlı iştirakçi olarak Sandıkla ilgilendirilmesi yolundaki isteminin reddine ilişkin işlemin iptali istemiyle açılmıştır.

5434 sayılı Emekli Sandığı Kanununun 5234 sayılı Kanunla değişik 12. maddesinde, 657 sayılı Devlet Memurları Kanununa tabi olarak en az on yıl çalıştıktan sonra, memurluktan çıkarılmış olanlar ile aynı Kanunun 96. maddesi kapsamına girenler ve anılan Kanunun 48. maddesinin (A) bendinin (5) numaralı alt bendinde aranan nitelikleri kaybedenler hariç olmak üzere, herhangi bir nedenle memurluktan ayrılmış olanların, memurluktan ayrıldıkları

tarihten itibaren altı ay içinde yazılı olarak Sandığa başvurmaları ve emeklilik keseneği ve kurum karşılıklarını ait olduğu ay içinde Sandık hesabına yatırmaları şartıyla başvuru tarihini takip eden aybaşından itibaren Sandıkla ilgilendirilecekleri, Sandığın diğer iştirakçilerinin de 657 sayılı Devlet Memurları Kanununa tabi olanlar ile aynı esaslar çerçevesinde isteğe bağlı iştirakçi olabilecekleri hükmüne yer verilmiştir.

Görüldüğü üzere, isteğe bağlı iştirakçi olabilmek için, 657 sayılı Devlet Memurluğuna tabi olarak veya herhangi bir şekilde Sandık iştirakçisi olarak en az on yıl görev yaptıktan sonra, herhangi bir nedenle görevinden ayrılmış olmak ve yasa hükmünde belirtilen istisnalar kapsamında bulunmamak gerekmektedir.

Anılan yasa hükmünde belirtilen istisnalar ise şu şekilde düzenlenmiştir:

- 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 96. maddesi kapsamında bulunmamak, (olağanüstü hal, sıkıyönetim, seferberlik ve savaş hallerinde veya genel hayata müessir afetlere uğrayan yerlerdeki Devlet memurlarının yerine atananlar gelip işe başlamadan görevlerini bırakmış olanlar)

- aynı Kanunun 48. maddesinin (A) bendinin 5 numaralı alt bendinde Devlet memurluğu için aranan nitelikleri kaybetmemiş olmak, (taksirli suçlar ve aşağıda sayılan suçlar dışında tecil edilmiş hükümler hariç olmak üzere, ağır hapis veya 6 aydan fazla hapis veya affa uğramış olsalar bile Devletin şahsiyetine karşı işlenen suçlarla, zimmet, ihtilas, irtikap, rüşvet, hırsızlık, dolandırıcılık, sahtecilik, inancı kötüye kullanma, dolanlı iflas gibi yüz kızartıcı veya şeref ve haysiyeti kırıcı suçtan veya istimal ve istihlak kaçakçılığı hariç kaçakçılık, resmi ihale ve alım satımlara fesat karıştırma, Devlet sırlarını açığa vurma suçlarından dolayı hükümlü bulunmamak)

- Devlet memurluğundan çıkarılmamış olmak,

Buna göre uyumsuzluk, davacının üniversite ile ilişkisinin kesilmesine neden olan Yükseköğretim Kurumları Yönetici, Öğretim Elemanı ve Memurları Disiplin Yönetmeliğinin 10. maddesi hükmü uyarınca aldığı "Görevden çekilmiş sayma" cezasının, isteğe bağlı iştirakçi kabul edilmemesini gerektiren istisnalar kapsamında bulunup bulunmadığı noktasında bulunmaktadır.

Yükseköğretim Kurumları Yönetici, Öğretim Elemanı ve Memurları Disiplin Yönetmeliğinin, "Disiplin Cezaları" başlıklı 4. maddesinde, kademe ilerlemesinin durdurulması cezasından sonra gelen "Görevden çekilmiş sayma" cezası; görevde ilişkinin istekle olmuşcasına kesilmesidir şeklinde tanımlanmış, bir üst ceza olarak öngörülen "Üniversite öğretim mesleğinden çıkarma cezası", Devlet veya vakıf yükseköğretim kurumunda öğretim elemanı veya yardımcısı olarak akademik bir kadroya bir daha alınmamak üzere üniversite öğretim mesleğinden çıkarılma olarak tanımlanmış ve en son olarak öngörülen "Kamu görevinden çıkarma cezası" ise, genel ve katma bütçeli idareler, il özel idareleri, belediyeler, il özel idareleri ile belediyelerin kurdukları birlikler, döner sermayeli kuruluşlar, fonlar, kefalet sandıkları gibi kamu kurum ve kuruluşlarına memur olarak bir daha alınmamak üzere görevden çıkarılma olarak tanımlanmıştır.

Diğer taraftan, Devlet memurluğundan çıkarma cezası ise, 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 125/E maddesinde, "Bir daha Devlet memurluğuna atanmamak üzere memurluktan çıkarmaktır." şeklinde tanımlanmıştır.

Belirtilen yasa ve yönetmelik hükümleri birlikte değerlendirildiğinde, Yükseköğretim Kurumları Yönetici, Öğretim Elemanı ve Memurları Disiplin Yönetmeliği uyarınca verilmiş olan ve "görevde ilişkinin istekle olmuşcasına kesilmesidir" şeklinde tanımlanan görevinden çekilmiş sayma cezasının, üniversite öğretim mesleğinden çıkarma cezasının da altında ve niteliği itibarıyla "istifa" olarak kabul edilmesi gereken bir ceza olduğu, bu haliyle kamu görevinden çıkarma cezasıyla eşdeğer bir ceza olarak kabulüne imkan bulunmadığı anlaşılmaktadır.

Bu durumda, 5434 sayılı Emekli Sandığı Kanununun 12. maddesi hükmünde belirtilen istisnalar kapsamında bulunmayan, diğer bir anlatımla isteğe bağlı Sandık

istihakçisi olabilmek için gerekli koşulları taşıdığı anlaşılan davacının, bu yöndeki başvurusunun kabul edilmemesine ilişkin işlemde ve bu işlemin iptali istemiyle açılan davanın reddi yolundaki idare mahkemesi kararında hukuka uyarlık bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle, temyiz isteminin kabulü ile Ankara 6. İdare Mahkemesinin 23.3.2007 gün ve E:2005/2299, K:2007/768 sayılı kararının bozulmasına, yeniden bir karar verilmek üzere dosyanın adı geçen Mahkemeye gönderilmesine, 21.5.2009 tarihinde karar verildi.

T.C.
DANIŞTAY
Onbirinci Daire

Esas No : 2006/7564

Karar No : 2009/5346

Özeti : Herhangi bir sosyal güvenlik kurumundan aylık bağlanmış kişiler Emekli Sandığı ile isteğe bağlı olarak ilgilendirilemeyeceklerinden sehven Sandıkla kurulan ilgileri açık hataya dayalı idari bir işlem niteliğinde olup Danıştay İçtihatları Birleştirme Kurulunun 22.12.1973 gün ve E:1968/8, K:1973/14 sayılı kararı uyarınca, geri alınması yolundaki işlemde hukuka aykırılık bulunmadığı hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan (Davalı) : Sosyal Güvenlik Kurumu Başkanlığı
(T.C. Emekli Sandığı Genel Müdürlüğü)

Vekili : Av. ...

Karşı Taraf (Davacı) : ...

Vekili : Av. ...

İsteğin Özeti : Ankara Büyükşehir Belediyesinde 17 yıl Sandığa tabi istihakçi olarak görev yaptıktan sonra istifaen görevinden ayrılan ve daha sonra isteğe bağlı olarak Sandıkla ilgilendirilen davacının Sandıkla ilgisinin kesilmesine ilişkin işlemin iptali ile işlem nedeniyle ödenmeyen emekli ikramiyesinin yasal faiziyle birlikte ödenmesine karar verilmesi istemiyle açılan dava sonucunda, Ankara 5. İdare Mahkemesince, 5434 sayılı Kanunun geçici 218. maddesinde, T.C. Emekli Sandığı istihakçisi iken Sandıkla ilişkisi kesilmiş olanlardan, 12. madde uyarınca isteğe bağlı istihakçi olmak isteyenlerin, bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihten itibaren üç ay içinde yazılı olarak Sandığa başvurmaları gerektiğinin hükme bağlandığı, davacının Emekli Sandığına tabi 17 yıl görev yaptıktan sonra 3.11.1992 tarihinde istifaen görevinden ayrılarak SSK'ya tabi olarak çalışmaya başladığı, daha sonra Sosyal Sigortalar Kurumu tarafından 1.6.2003 tarihinde yaşlılık aylığı bağlandığı, 22.9.2004 tarihinde yeniden sigortaya tabi çalışmaya başlaması nedeniyle ödenen aylığın kesildiği, 30.10.2004 tarihinde sigortalı işinden ayrılan ve Sandıkla ilgilendirilmesi istemiyle 11.11.2004 tarihli dilekçe yapılan başvuru üzerine 5434 sayılı Yasanın geçici 218. maddesi uyarınca isteğe bağlı istihakçi olarak ilgilendirilen davacının, emeklilik talebi üzerine yeniden yapılan değerlendirmede, Sosyal Sigortalar Kurumundan yaşlılık aylığı bağlanması nedeniyle daha önce kurulan Sandıkla ilgisinin iptal edildiği, 5434 sayılı Kanunun 12. maddesinde yer alan "diğer sosyal güvenlik kurumlarından veya sandıktan kendi çalışmasından dolayı aylık bağlanmış olanların isteğe bağlı istihakçi olamayacakları şeklindeki hükmün, isteğe bağlı istihakçi olmak için yapılan başvuru esnasında herhangi bir sosyal güvenlik kuruluşundan aylık almıyor olmak şeklinde yorumlanması gerektiğinden, sigortalı olarak çalışmakta iken bu

görevinden ayrılarak Emekli Sandığı ile isteğe bağlı iştirakçi olarak ilgilendirilme istemiyle yapılan başvurunun kabulü gerektiği gerekçesiyle dava konusu işlemin iptali yolunda verilen 16.03.2006 gün ve E:2005/270, K:2006/711 sayılı kararın, davalı idare vekili tarafından hukuka aykırı olduğu ileri sürülerek bozulması istenilmektedir.

Savunmanın Özeti : Temyiz isteminin reddi gerektiği savunulmuştur.

Danıştay Tetkik Hakimi : Hakan Baş

Düşüncesi : Temyiz edilen 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 görüldü:

5434 sayılı T.C. Emekli Sandığı Kanununun 12. maddesine 5234 sayılı Kanunun 3. maddesi ile eklenen ve işlem tarihinde yürürlükte bulunan fıkra, 657 sayılı Devlet Memurları Kanununa tâbi olarak en az on yıl çalıştıktan sonra, memurluktan çıkarılmış olanlar ile aynı Kanunun 96. maddesi kapsamına girenler ve anılan Kanunun 48. maddesinin (A) bendinin (5) numaralı alt bendinde aranan nitelikleri kaybedenler hariç olmak üzere herhangi bir nedenle memurluktan ayrılmış olanların memurluktan ayrıldıkları tarihten itibaren altı ay içinde yazılı olarak Sandığa başvurmaları ve emeklilik keseneği ve kurum karşılıklarını ait olduğu ay içinde Sandık hesabına yatırmaları şartıyla başvuru tarihini takip eden aybaşından itibaren Sandıkla ilgilendirilebilecekleri, Sandığın diğer iştirakçilerinin de 657 sayılı Devlet Memurları Kanununa tâbi olanlar ile aynı esaslar çerçevesinde bu uygulamadan yararlanabilecekleri, bu şekilde Sandıkla ilgilendirilenlerin bu Kanunun uygulanmasında isteğe bağlı iştirakçi olarak kabul edileceği, bunlardan toplu ya da fasilalı olarak toplam altı aydan daha fazla süreye ilişkin emekli kesenekleri ile kurum karşılıklarını süresinde ödemeyenlerin isteğe bağlı iştirakçiliklerinin sona ereceği, Sandıkla ilişkilendirilme isteğinden vazgeçtiğini yazılı olarak Sandığa bildirenlerin de isteğe bağlı iştirakçiliklerine başvuru tarihini takip eden ay başından itibaren son verileceği, diğer sosyal güvenlik kurumları ile zorunlu olarak ilgilendirilmelerini gerektirir görevlerde çalışmakta olan ya da çalışmaya başlayanlar ile diğer sosyal güvenlik kurumlarından veya Sandıktan kendi çalışmasından dolayı aylık bağlanmış olanların isteğe bağlı iştirakçi olamayacakları, bunlardan diğer sosyal güvenlik kurumlarına tâbi olarak çalışmaya başlayıp bu görevleri sona erenlerin de altı ay içinde yazılı olarak isteğe bağlı iştirakçi olmak üzere başvuruda bulunabilecekleri kurala bağlanmış, aynı Kanunun geçici 218. maddesinde ise, T.C. Emekli Sandığı iştirakçisi iken Sandıkla ilişkisi kesilmiş olanlardan, 12. madde uyarınca isteğe bağlı iştirakçi olabileceklerin, bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihten itibaren üç ay içinde yazılı olarak Sandığa başvurmaları halinde aynı esaslar dahilinde isteğe bağlı iştirakçi olabilecekleri belirtilmiştir.

Aktarılan Kanun hükümlerinin değerlendirilmesinden, en az 10 yıl 657 sayılı Yasaya tabi memur olarak görev yapmış olanlardan, herhangi bir nedenle memurluktan ayrılmış olanların, memurluktan ayrıldıkları tarihten itibaren, diğer sosyal güvenlik kurumları ile zorunlu olarak ilgilendirilmelerini gerektirir görevlerde çalışmakta olan ya da çalışmaya başlayanlardan bu görevleri sona erenlerin de görevin sona ermesinden itibaren, altı ay içinde yazılı olarak Sandığa başvurmaları ve emeklilik keseneği ve kurum karşılıklarını ait olduğu ay içinde Sandık hesabına yatırmaları şartıyla isteğe bağlı iştirakçi olabilecekleri, diğer sosyal güvenlik kurumlarından veya Sandıktan kendi çalışmasından dolayı aylık bağlanmış

olanların ise, isteğe bağlı iştirakçilik hakkından yararlanamayacakları sonucuna ulaşılmaktadır.

Dava konusu işlem tarihinde yürürlükte bulunan mülga 506 sayılı Kanunun "Yaşlılık Aylığı Alanların Yeniden Çalışmaları" başlıklı 63. maddesinde, a) bu Kanuna göre yaşlılık aylığı almakta iken, sigortalı olarak çalışmaya başlayanların yaşlılık aylıklarının çalışmaya başladıkları tarihte kesileceği, yaşlılık aylıkları kesilenlerden yeniden çalıştıkları süre zarfında 78. maddeye göre prime esas kazançları üzerinden 73. madde gereğince prim alınacağı, yaşlılık aylıkları kesilenlerden işten ayrılarak yaşlılık aylığı verilmesi için yazılı talepte bulunan sigortalıya yaşlılık aylığının, yeniden hesaplanarak talep tarihini takip eden aybaşından başlanarak ödeneceği, b) bu Kanuna göre yaşlılık aylığı almakta iken sigortalı olarak bir işte çalışmaya başlayanların yazılı talepte bulunmaları halinde yaşlılık aylıklarının ödenmesine devam olunacağı, yaşlılık aylığı almakta iken sigortalı bir işte çalışanların geçindirmekle yükümlü oldukları eş ve çocuklarına, ana ve babalarına tanınan sosyal sigorta haklarından aynen yararlanacakları kurala bağlanmıştır.

Dosyanın incelenmesinden, davacının, Ankara Büyükşehir Belediyesi Basın Yayın ve Halkla İlişkiler Dairesi Başkanlığında Emekli Sandığına tabi şef unvanı ile 17 yıl çalıştıktan sonra istifaen görevinden ayrılarak Sosyal Sigortalar Kurumuna tabi olarak çalışmaya başladığı, 2829 sayılı Kanunun 8. maddesi uyarınca hizmetleri birleştirilen davacıya 01.06.2003 tarihinde SSK'dan yaşlılık aylığı bağlandığı, 22.09.2004 tarihinde sigortalı olarak yeniden çalışmaya başlaması üzerine aylığı kesilen davacının talebi üzerine, 5434 sayılı Yasanın geçici 218. maddesi uyarınca, Sandıkla isteğe bağlı iştirakçi olarak ilgilendirildiği, 07.12.2004 tarihinde emeklilik talebinde bulunan davacının durumu ile ilgili olarak Maliye Bakanlığından görüş istenildiği, cevaben gelen yazıda, "herhangi bir sosyal güvenlik kuruluşundan kendi çalışmalarından dolayı aylık almakta olanların yanı sıra, herhangi bir nedenle bağlanmış olan aylığı kesilenlerin de Sandıkla iştirakçi olarak ilgilendirilmelerinin mümkün olmadığına bildirilmesi üzerine, davalı idarece, davacının Sandıkla isteğe bağlı iştirakçi olarak kurulan ilgisinin iptal edildiği ve yersiz yatırılmış olan emeklilik keseneği ve kurum karşılık tutarının talebi halinde iade edileceğinin bildirilmesi üzerine bakılan davanın açıldığı anlaşılmaktadır.

Buna göre, herhangi bir sosyal güvenlik kurumundan kendi çalışmasından dolayı aylık bağlanmamış olan kişiler istisna tutulmak suretiyle, 5434 sayılı Kanunun 5234 sayılı Yasa ile değişik 12. ve geçici 218. maddesinde yer verilen şartları taşıyan ilgililere, sosyal güvenlik yönünden Emekli Sandığı ile isteğe bağlı iştirakçi olarak ilgilendirilme hakkı verildiği, Sandığa tabi olarak görev yaptıktan sonra Sosyal Sigortalar Kurumuna tabi olarak çalışan ve bu çalışmalarından dolayı 2829 sayılı Yasanın 8. maddesi uyarınca hizmetleri birleştirilmek suretiyle Sosyal Sigortalar Kurumundan 01.06.2003 tarihinde yaşlılık aylığı bağlanan ve daha sonra yeniden sigortalı işe başlaması nedeniyle aylığı kesilen davacının, mülga 506 sayılı Kanunun yukarıda yer verilen 63. madde hükmünden de açıkça anlaşılacağı üzere, yaşlılık aylığı almakta iken yeniden sigortalı olarak işe başlayıp da aylığı kesilenlerin, "Sosyal Sigortalar Kurumundan yaşlılık aylığı bağlanmış" biri konumundan çıkmış olarak değerlendirilemeyeceği açıktır.

Bu durumda, hizmetleri birleştirilmek suretiyle Sosyal Sigortalar Kurumundan yaşlılık aylığı bağlanan ve daha sonra yeniden sigortalı olarak çalışmaya başladıktan sonra aylıkları kesilen davacı, Sosyal Sigortalar Kurumundan aylık bağlanmış kişi durumunda bulunduğundan, 5434 sayılı Yasanın 12. maddesinde yer alan "diğer sosyal güvenlik kurumlarından veya Sandıktan kendi çalışmasından dolayı aylık bağlanmış olanlar isteğe bağlı iştirakçi olamazlar" şeklindeki amir hüküm gereğince isteğe bağlı Sandık iştirakçisi olması mümkün olmayan davacının Sandıkla kurulan ilgisinin açık hataya dayalı idari işlemlerin her zaman geri alınabileceğine ilişkin Danıştay İçtihatları Birleştirme Kurulu'nun 22.12.1973 günlü, E:1968/8, K:1973/14 sayılı kararı uyarınca iptal edilmesine ilişkin davalı idare işleminde hukuka aykırılık bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle; temyiz isteminin kabulü ile Ankara 5. İdare Mahkemesinin 16.03.2006 tarihli ve E:2005/270, K:2006/711 sayılı kararının bozulmasına, yeniden bir karar verilmek üzere dosyanın adı geçen Mahkemeye gönderilmesine, 01.06.2009 tarihinde oybirliği ile karar verildi.-

T.C.
DANIŞTAY
Onbirinci Daire

Esas No : 2006/7962
Karar No : 2009/6605

Özeti : Süresi kanunlarla belirlenen görevlere atanan veya seçilenlerden görev süresi bitmeden önce istifa, yargı kararı ile görevden alınma, üyeliğin düşmesi gibi herhangi bir nedenle görevleri sona erenlerin 5434 sayılı Kanunun ek 76. ve geçici 209. maddeleri uyarınca Sandıkla ilgilendirilmesine imkan bulunmadığı hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan (Davacı) : ...

Karşı Taraf (Davalı) : Sosyal Güvenlik Kurumu Başkanlığı
(T.C. Emekli Sandığı Genel Müdürlüğü)

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

İsteğin Özeti

: Milletvekili olarak görev yapmış alan davacının, 5434 sayılı Kanunun ek 76. ve geçici 209. maddesi uyarınca Emekli Sandığı ile ilgilendirilmesi ve 20.4.1979-08.04.1981 ile 09.12.1982-23.03.1989 tarihleri arasındaki dönemler borçlandırılmak suretiyle emekli aylığı bağlanması yolunda yaptığı başvurunun, görev süresi sona ermeden önce milletvekilliği görevi sona eren davacının Sandıkla ilgilendirilmesinin mümkün bulunmadığı gerekçesiyle reddine ilişkin işlemin iptali istemiyle açılan davayı; süresi kanunlarla belirlenen görevlere atanan veya seçilenlerden görev süreleri sona erenlerin Sandıkla kurulan ilgilerinin, başvuruları halinde 5434 sayılı Kanunun ek 76 ve geçici 209. maddeleri uyarınca devam ettirileceği, görev süresi bitmeden önce istifa, yargı kararı ile görevden alınma, üyeliğin düşmesi gibi herhangi bir nedenle görevleri sona erenlerin Sandıkla ilgilendirilmelerine imkan bulunmadığı, dosyanın incelenmesinden, 19.Dönem Milletvekili Genel Seçimlerinde milletvekili seçilen davacının, üyesi bulunduğu siyasi partinin Anayasa Mahkemesi tarafından kapatılması üzerine milletvekilliğinin sona erdirildiği anlaşıldığından, görev süresini tamamlamayan davacının, Sandıkla ilgisinin devam ettirilemeyeceği yönünde tesis edilen işlemde hukuka aykırılık bulunmadığı gerekçesiyle reddeden Ankara 6. İdare Mahkemesinin 21.06.2006 gün ve E:2005/60, K:2006/1274 sayılı kararının; ilgili Kanun maddesinde sadece görevin sona ermesinden bahsedildiği, nasıl sona ermesi gerektiği yolunda bir düzenleme bulunmadığı, üyesi bulunduğu partinin kapatılması nedeniyle milletvekilliğinin sona ermesinin de 5434 sayılı Yasa hükmünde belirtilen görevi sona erenler kapsamında değerlendirilmesi gerektiği, dolayısıyla kanun maddesinin kapsamını daraltıcı bir şekilde verilen mahkeme kararında hukuka uygunluk bulunmadığı ileri sürülerek bozulması istenilmektedir.

Savunmanın Özeti :İstem reddi gerektiği savunulmuştur.

Danıştay Tetkik Hakimi : Hakan Baş

Düşüncesi : Süresi kanunlarla belirlenen görevlere atanan veya seçilenlerden görevleri sona erenlerin istekleri halinde Sandıkla ilgilendirileceğini öngören 5434 sayılı Kanunun ek 76. ve geçici 209. maddesinde belirtilen "görevin sona ermesi" ifadesinin; atama

veya seçimle gelinen bir görevde görev süresini tamamlanması yanında görev süresi tamamlanmadan yargı kararı gereği görevden alınma, istifa etme ya da üyeliğin düşmesi hallerinde kapsayacağı, ayrıca, Yasada görevin sona ermiş sayılması için ilgili kanunlarda belirtilen görev süresinin tamamlanmış olması zorunluluğu öngörülmediği gibi sürenin tamamlanmasından önce görevin herhangi bir nedenle sona ermesi halinde bu haktan yararlanılmayacağı yolunda kısıtlayıcı bir hükme yer verilmediği anlaşılmıştır.

Buna göre, Anayasa Mahkemesi tarafından, üyesi bulunduğu partinin kapatılması sonucu milletvekilliği sona eren davacının, idareye başvurduğu tarihi izleyen ay başından itibaren 5434 sayılı Yasanın ek 76. ve geçici 209. maddeleri uyarınca, Emekli Sandığı ile ilgilendirilmesi gerektiğinden, aksi yönde verilen İdare Mahkemesi kararının bozulması gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı : Ünal Demirci

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

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

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Onbirinci Dairesince işin gereği görüldü:

İdare mahkemeleri tarafından verilen kararların temyiz yolu ile incelenerek bozulabilmeleri 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 49. maddesinde belirtilen nedenlerden birinin bulunması halinde mümkündür. Ankara 6. İdare Mahkemesince verilen 21.06.2006 günlü ve E:2005/60, K:2006/1274 sayılı karar ve dayandığı gerekçe, hukuk ve usule uygun olup bozulmasını gerektirecek bir sebep de bulunmadığından temyiz isteminin reddi ile anılan kararın onanmasına, temyiz giderlerinin istemde bulunan üzerinde bırakılmasına, 22.06.2009 tarihinde oyçokluğu ile karar verildi.

KARŞI OY

X- 5434 sayılı Kanuna 4505 sayılı Yasanın 4. maddesiyle eklenen ek 76. maddede, süresi kanunlarla belirlenen görevlere atanan veya seçilenlerden görevleri sona erenlerin, Sandıkla kurmuş oldukları ilginin Sandığa yapacakları başvuru tarihini izleyen aybaşından itibaren devam ettirileceği, aynı Kanunun geçici 209. maddesinde ise, süresi kanunlarla belirlenen görevlere atanan veya seçilenlerden görevleri bu (4505 sayılı) Kanunun yürürlüğe girdiği (12.2.2000) tarihinden önce sona erenlerin istekleri halinde 5434 sayılı Kanunun ek 76. maddesi hükümlerine göre başvuru tarihi ile sosyal güvenlik kuruluşları ile ilgilerinin kesildiği tarih arasında geçen dönem için Sandıkla ilgilendirilecekleri hükme bağlanmıştır.

Aktarılan Kanun maddelerinin gerekçesinde, süresi kanunlarla belirlenen görevlere atanan veya seçilenlerden görevleri bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten önce sona erenler ile bunlardan emekli aylığı bağlanmış olup, herhangi bir nedenle emekli aylığı kesilmiş olanların sosyal güvenlik kurumları ile ilgilerinin kesildiği tarih ile ek madde uyarınca Sandıkla ilgilendirilmek üzere başvurdukları tarih arasında geçen dönem içinde Sandıkla ilgilendirilmeleri ve kısıtlı bir zaman süresince Sandıkla ilgilenmenin getireceği hak kayıplarının giderilmesinin amaçlandığı belirtilmiştir.

Uyuşmazlık, 5434 sayılı Kanunun ek 76. ve geçici 209. maddesinde yer alan "süresi kanunlarla belirlenen görevlere atanan veya seçilenlerden görevleri sona erenler.." ibaresinin, sadece ilgili kanunlarda gösterilen görev sürelerini tamamlamış olanları mı kapsadığı, yoksa, ilgili kanunlarda gösterilen görev süreleri bitmeden önce, yargı kararı ile görevden alınma, istifa etme veya üyeliğin düşmesi gibi nedenlerle görevleri sona erenleri de kapsayıp kapsamayacağına ilişkindir.

Anayasanın 75. maddesinde, Türkiye Büyük Millet Meclisinin, genel oyla seçilen beşyüzelli milletvekilinden oluşacağı, 2839 sayılı Milletvekili Seçimi Kanununun 6. maddesinde, Türkiye Büyük Millet Meclisi seçimlerinin beş yılda bir yapılacağı, "Seçimin Yenilenmesi" başlıklı 8. maddesinde ise, seçim dönemi bitmeden önce, seçimin yenilenmesine karar verilebileceği kurala bağlanmıştır.

Buna göre seçimle kazanılan milletvekilliği sıfatı, çeşitli sebeplerle genel seçimin yenilenmesi halinde yapılacak yeni seçimlerde aday olmama veya aday olup da seçilememe durumunda sona erecektir.

Anayasanın "Milletvekilliğinin Düşmesi" başlıklı 84. maddesinde, istifa, kesin hüküm giyme veya kısıtlanma kararı verilmesi, milletvekilliğiyle bağdaşmayan bir görev veya hizmeti sürdürmekte ısrar edilmesi, Meclis çalışmalarına özürsüz veya izinsiz olarak bir ay içerisinde toplam beş birleşim günü katılmama halinde, milletvekilinin milletvekilliğinin düşeceği, partisinin temelli kapatılmasına beyan ve eylemleriyle sebep olduğu Anayasa Mahkemesinin temelli kapatmaya ilişkin kesin kararında belirtilen milletvekilinin milletvekilliğinin ise sona ereceği hükmüne bağlanmış olup, milletvekilliği görevinin sona ermesi konusunda Anayasa ve ilgili kanunlarda ayrıca bir düzenlemeye yer verilmemiştir.

Anayasa'nın 84. maddesinde 23.07.1995 tarih ve 4121 sayılı Yasa ile yapılan değişiklikten önce, Anayasa Mahkemesi tarafından verilen ve davacının üyesi bulunduğu partinin kapatılmasına ilişkin bulunan 16.6.1994 günlü ve E:1993/3, K:1994/2 sayılı kararda, Anayasanın 84. maddesinin son fıkrasında, partinin kapatılmasına eylem ve sözleri ile sebebiyet verdiği belirtilen milletvekilinin üyeliği ile temelli olarak kapatılan siyasî partinin kapatılmasına ilişkin davanın açıldığı tarihte parti üyesi olan diğer milletvekillerinin üyeliğinin kapatma kararının Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığına tebliğ edildiği tarihte sona ereceği kuralının düzenlendiği, Anayasa'nın 84. maddesinin birinci fıkrasındaki "üyeliğin düşmesi" ile üçüncü fıkrasındaki "üyeliğin sona ermesi"nin birbirinden ayrı durumlar olduğu, birinci fıkradaki durumlarda düşme kararını TBMM'nin vereceği ancak, bir siyasal parti kapatılınca, eylem ve sözleriyle buna neden olan milletvekilinin üyeliği ile temelli olarak kapatılan siyasî partinin kapatılmasına ilişkin davanın açıldığı tarihte parti üyesi olan diğer milletvekillerinin üyeliğinin kapatma kararının Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığı'na tebliğ edilmesiyle kendiliğinden sona ereceği, bu durumun Anayasa Mahkemesi kararının hukuksal sonucu olduğu belirtilmiştir.

Öte yandan, görevin sona ermesinin, milletvekillerinin parasal haklarına etkisi yönünden incelendiğinde; 3671 sayılı Türkiye Büyük Millet Meclisi Üyelerinin Ödenek, Yolluk ve Emekliliklerine Dair Kanunun "Hak Kazanma ve Ödeme" başlıklı 6. maddede, Türkiye Büyük Millet Meclisi üyelerinin bu sıfatı iktisap ettikleri aydan itibaren, bu Kanunda belirtilen ödenek ve yolluklara hak kazanacakları, herhangi bir nedenle Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeliği sıfatı kalkanların istihkaklarının, bu sıfatın kalktığı ayı takip eden aybaşından itibaren verilmeyeceği hükmüne bağlanmıştır. Bu yasa hükmüne göre, milletvekili sıfatının gerek görev süresinin tamamlanması (seçim döneminin bitmesi sonucunda yeni seçimlerde aday olmama veya aday olup da seçilememe) suretiyle, gerekse göreve devam ederken (görev süresi bitmeden önce) istifa, yargı kararı ile görevden alınma, üyeliğin düşmesi gibi herhangi bir nedenle sona erme suretiyle olsun, milletvekili sıfatı nedeniyle hak edilen parasal haklar sona ermektedir. Görüleceği üzere, parasal hakların ödenmesi bakımından, görevin sona erme şekli bir farklılık oluşturmamaktadır. Bu itibarla, Anayasanın 84. maddesinde yer alan milletvekilliğinin düşmesi hallerinin ve görev süresinin tamamlanması sonucu TBMM üyeliğinin sona erme halinin milletvekilliği görevinin sona erme hali olarak kabul edilmesi gerekmektedir.

Tüm bu açıklamalar ışığında, 5434 sayılı Kanunun ek 76. ve geçici 209. maddesinde belirtilen "görevin sona ermesi" ibaresinin; anılan Yasa maddelerinin gerekçesinde belirtildiği üzere süresi kanunlarla belirlenen görevlere atanan veya seçilenlerin sosyal güvenlik kurumları ile ilgilerinin kesildiği tarih ile Sandıkla ilgilendirilmek üzere başvurdukları tarih

arasında geçen dönem içinde Sandıkla ilgilendirilmeleri ve sınırlı bir zaman süresince Sandıkla ilgilenmenin getireceği hak kayıplarının giderilmesi amacı ve herkesin sosyal güvenlik hakkına sahip olduğunu belirten Anayasanın 60. maddesi ile birlikte değerlendirilmesi durumunda görev süresinin tamamlanması yanında görev süresi tamamlanmadan yargı kararı gereği görevden alınma, istifa etme ya da üyeliğin düşmesi hallerini de kapsadığı sonucuna ulaşılmaktadır.

Ayrıca, Yasada görevin sona ermiş sayılması için ilgili kanunlarda belirtilen görev süresinin tamamlanmış olması zorunluluğu öngörülmediği gibi sürenin tamamlanmasından önce görevin herhangi bir nedenle sona ermesi halinde bu haktan yararlanılamayacağı yolunda kısıtlayıcı bir hüküm de bulunmamaktadır.

Bu nedenlerle, Anayasa Mahkemesi tarafından üyesi bulunduğu siyasi partinin kapatılması sonucu milletvekilliği sona eren davacının, idareye başvurduğu tarihi izleyen ay başından itibaren 5434 sayılı Yasanın ek 76. ve geçici 209. maddeleri uyarınca, Emekli Sandığı ile ilgilendirilmesi gerektiğinden, aksi yönde verilen İdare Mahkemesi kararının bozulması gerektiği görüşüyle çoğunluk kararına karşıyız.

T.C.
DANIŞTAY
Onbirinci Daire

Esas No : 2006/7222

Karar No : 2009/7381

Özeti : Sosyal Sigortalar Kurumundan isteğe bağlı sigortalı olarak aylık alan, muayene ve tedavi giderleri bu kurumca karşılanan davacının, 5434 sayılı Kanunun geçici 139. maddesi kapsamında bakmakla yükümlü olunan aile fertlerinden olmaması, bekar kız evlat ise de babasının hayatta olması nedeniyle yetim aylığından da yararlanamaması karşısında, babasından dolayı Sandık sağlık yardımından yararlandırılmaması yolundaki işlemde mevzuata aykırılık bulunmadığı hakkında.

Kararın Düzeltilmesini İsteyen (Davalı) : Sosyal Güvenlik Kurumu Başkanlığı
(T.C. Emekli Sandığı Genel Müdürlüğü)

Vekili : Av. ...

Karşı Taraf (Davacı) : ...

İstemin Özeti : Sosyal Sigortalar Kurumu'ndan isteğe bağlı sigortalı olarak aylık alan davacının, hayatta olan babasından dolayı Sandık sağlık yardımından yararlandırılmamasına ilişkin işlemin iptali istemiyle açtığı davada; 5434 sayılı T.C. Emekli Sandığı Kanunu'nun geçici 139. maddesinde isteğe bağlı sigortalıların Sandık sağlık yardımından yararlanamayacaklara istisna oluşturduğu, davacının da Sosyal Sigortalar Kurumu'ndan isteğe bağlı sigortalı olarak aylık alması nedeniyle sağlık yardımından yararlandırılması gerekirken aksi yönde tesis edilen işlemde hukuka uyarlık bulunmadığı gerekçesiyle dava konusu işlemin iptaline karar veren Ankara 6. İdare Mahkemesinin 26.3.2004 gün ve E:2003/2062, K:2004/430 sayılı kararını, davacının yetim olduğu için sağlık yardımından yararlandırılması gerektiği gerekçesiyle onayan Danıştay Onbirinci Dairesinin 12.4.2006 gün ve E:2004/1442, K:2006/1827 sayılı kararının; davalı idare vekili tarafından, hukuka aykırı olduğu ileri sürülerek düzeltilmesi istenilmektedir.

Savunmanın Özeti : Savunma verilmemiştir.
Danıştay Tetkik Hakimi : Selma Çil
Düşüncesi : Karar düzeltme isteminin kabulü ile yetim olmayan ve SSK dan aylık alan davacının Sandık sağlık yardımından yararlandırılması mümkün olmadığından İdare Mahkemesi kararının bozulması gerektiği düşünülmektedir.
Danıştay Savcısı : H.Gül Yılmaz
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 Onbirinci Dairesince karar düzeltme dilekçesinde ileri sürülen iddialar 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 54/1-c maddesi uyarınca yerinde görülerek Dairemizin 12.4.2006 gün ve E:2004/1442, K:2006/1827 sayılı kararı kaldırıldıktan sonra işin gereği görüldü:

5434 sayılı T.C. Emekli Sandığı Kanunu'nun işlem tarihinde yürürlükte olan şekilde geçici 139. maddesinde, a) Emekli, adi malullük veya vazife malullüğü aylığı bağlanmış olanlar, b) (a) bendinde sayılanların 5434 sayılı Kanunun 67. maddesinde belirtilen ve kanunen bakmakla yükümlü oldukları aile fertleri, c) Dul ve yetim aylığı alanların (Yetim aylığı alan babanın sağ olması nedeniyle yetim aylığı bağlanamayan öz ana dahil) Kanunla düzenlenecek genel sağlık sigortası kapsamına alınacakları tarihe kadar, hastalanmaları halinde resmi veya özel sağlık kurum veya kuruluşlarında yönetmelikle belirlenecek usul ve esaslara göre muayene ve tedavi ettirilecekleri kurala bağlanmış; anılan maddenin 8. fıkrasında 4447 sayılı Yasa ile yapılan değişiklikle de, özel kanunları gereğince sağlık yardımından faydalananlar ile Sandıktan emekli, adi malullük veya vazife malullüğü aylığı alanların diğer sosyal güvenlik kurumlarına tabi görevlerde çalışan veya bu kuruluşlardan aylık alan eşleri ve Sandıktan dul aylığı alanlardan diğer sosyal güvenlik kurumlarına tabi görevlerde çalışan veya bu kuruluşlardan yaşlılık veya malullük aylığı alanların bu madde hükmünden yararlanamayacakları, isteğe bağlı sağlık sigortasından yararlananlar hakkında bu hükmün uygulanmayacağı hükmüne yer verilmiştir.

Anılan Yasa hükmünün atıfta bulunduğu 67. maddede ise, 66. maddede sözü geçen dul ve yetimlerin a)karı, b)koca, c)çocuklar, ç)ana, d)baba olduğu belirtilmiştir.

Buna göre, Sandıkça sağlanan sağlık yardımları yönünden emekli aylığı, adi malullük veya vazife malullüğü aylığı bağlanmış olanların, karı, koca, çocukları ile ana ve babalarından kanunen bakmakla yükümlü olunan aile fertlerinin 5434 sayılı Yasanın geçici 139. maddesi kapsamında değerlendirilmesi gerektiği açıktır.

Öte yandan; 5434 sayılı Yasanın geçici 139. maddesi uyarınca hazırlanan Emekli, Adi Malullük veya Vazife Malullüğü Aylığı Bağlanmış Olanlarla, Bunların Kanunen Bakmakla Yükümlü Bulundukları Aile Fertleri ve Dul ve Yetim Aylığı Alanların Muayene ve Tedavileri Hakkında Değişik Tüzüğün "Muayene ve Tedavi Hakkından Yararlanacak Olanlar" başlıklı 2. maddesinin (c) bendinde, muayene ve tedavi hakkından, özel kanunlara göre tedavileri yaptırılanlar hariç olmak üzere, evli olmayan ve yardım edilmediği takdirde muhtaç duruma düşecek olan kız çocukları ile yaşları ne olursa olsun malul ve muhtaç erkek çocuklarının yararlanacakları kuralına yer verilmiştir.

Dosyanın incelenmesinden; Sosyal Sigortalar Kurumu'ndan isteğe bağlı sigortalı olarak aylık alan davacının Sandık emeklisi babasından dolayı Sandık sağlık hizmetlerinden yararlandırılma başvurusunun, davalı idarece, muayene ve tedavi giderlerinin Sosyal Sigortalar Kurumunca karşılanması gerektiği ileri sürülerek reddedildiği anlaşılmaktadır.

Bu durumda; evli olmayan ve Sosyal Sigortalar Kurumu'ndan isteğe bağlı sigortalı olarak emekli olan davacının, 5434 sayılı Yasanın geçici 139. maddesi kapsamında bakmakla yükümlü olunan aile fertlerinden olmaması ve babasının hayatta olması nedeniyle yetim

aylığı bağlanmaması karşısında, Sandık sağlık yardımlarından yararlandırılması mümkün bulunmadığından dava konusu işlemleri iptal eden mahkeme kararında hukuka uyarlık görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle; davalı idare temyiz isteminin kabulü ile Ankara 6. İdare Mahkemesinin 26.3.2004 gün ve E:2003/2062, K:2004/430 sayılı kararının bozulmasına, yukarıda belirtilen hususlar gözönünde bulundurularak yeniden bir karar verilmek üzere dosyanın adı geçen mahkemeye gönderilmesine, 10.7.2009 tarihinde oyçokluğu ile karar verildi.

KARŞI OY

X- Temyiz dilekçesinde ileri sürülen nedenler İdare Mahkemesi kararının bozulmasını gerektirecek nitelikte görülmeyiştir, kararın aynen onanması gerektiği oyu ile aksi yöndeki bozma kararına katılmıyorum.

KÖY İŞLERİ

T.C.

DANIŞTAY

Onbirinci Daire

Esas No : 2006/5126

Karar No : 2009/3157

Özeti : Geçici köy korucuları 5434 sayılı Emekli Sandığı Kanunu hükümlerine tabi olmadıklarından, geçici köy korucusu iken jandarma timleriyle birlikte icra ettikleri pusu görevini tamamlayıp evine dönerken kimliği belirsiz kişilerce vurularak öldürülen davacı eşine anılan yasa hükmü uyarınca vazife malulü kabul edilerek aylık bağlanamayacağı, ancak 2330 sayılı Yasa hükümleri uyarınca aylık bağlanması gerektiği hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan (Davalı) : Sosyal Güvenlik Kurumu Başkanlığı
(T.C. Emekli Sandığı Genel Müdürlüğü)

Vekili : Av. ...

Karşı Taraf (Davacı) : ...

Vekili : Av. ...

İsteğin Özeti : Davacının geçici köy korucusu iken öldürülen eşinden dolayı aylık bağlanması talebinin 2330 ve 5434 sayılı Kanunların vazife malullüğü ile ilgili hükümlerinin uygulanması suretiyle aylık bağlanamayacağı gerekçesiyle reddine dair işlemin iptali istemiyle açtığı davada; dosyadaki bilgi ve belgelerin değerlendirilmesinden, davacının eşinin 2330 sayılı Kanun kapsamında bir olay nedeniyle öldürülmediği, dolayısıyla bu Kanundan kaynaklanan ek olanaklardan emeklilik yönünden faydalandırılmayacağı, ancak ölüm olayının 5434 sayılı Kanunun 45. maddesinde belirtilen vazife malullüğü kapsamında değerlendirilmesi gereken bir nitelik gösterdiği, başka bir ifadeyle kamu görevinin sebep ve etkisiyle yaşamını yitirdiği sonucuna ulaşıldığından, davacının 5434 sayılı Kanunun 45. maddesi hükümlerine göre vazife malulü sayılarak dul ve yetimlerine aylık bağlanması gerekirken, aksi yönde tesis edilen işlemde hukuka uyarlık bulunmadığı gerekçesiyle dava

konusu işlemin iptali yolunda Ankara 7. İdare Mahkemesince verilen 31.1.2006 günlü ve E:2004/2171, K:2006/146 sayılı kararın; davalı idarece, hukuka aykırı olduğu ileri sürülerek bozulması istenilmektedir.

Savunmanın Özeti : İstem reddi gerektiği savunulmaktadır.

Danıştay Tetkik Hakimi : Fatma Özlü

Düşüncesi : Temyiz dilekçesinde ileri sürülen iddialar, 2577 sayılı Kanunun 49. maddesinin 1. fıkrasında sayılan bozma nedenlerine uymadığından, temyiz isteminin reddi ile kararın onanması gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı : Mehmet Ali Samur

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

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

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Onbirinci Dairesince işin gereği görüldü:

442 sayılı Köy Kanununun 74. maddesine 3175 Kanunun 1. maddesiyle eklenen 3. fıkra, köy korucuları ve geçici köy korucularının görevde bulundukları süre içinde yaralanmaları, sakatlanmaları veya ölümleri halinde 2330 sayılı Nakdi Tazminat ve Aylık Bağlanması Hakkında Kanun hükümlerinin uygulanacağı hükmüne yer verilmiştir.

2330 sayılı Nakdi Tazminat ve Aylık Bağlanması Hakkında Kanunun "Amaç" başlıklı 1. maddesinde, bu Kanunun amacının barışta güven ve asayiş korumak, kaçakçılığı men, takip ve tahkikle görevli olanların bu görevlerinden dolayı ya da görevleri sonra ermiş olsa bile yaptıkları hizmet nedeniyle derhal veya bu yüzden maruz kaldıkları yaralanma veya hastalık sonucu ölmeleri veya sakat kalmaları halinde ödenecek nakdi tazminat ile birlikte bağlanacak aylığın, bu yüzden yaralanmaları halinde ödenecek nakdi tazminatın esas ve yöntemlerinin düzenlenmesi olduğu, 2. maddesinin (a) fıkrasında ise, bu Kanunun iç güvenlik ve asayişin korunması veya kaçakçılığın men, takip ve tahkiki konularında görevlendirilenleri kapsadığı "Aylık Bağlanması" başlıklı 4. maddesinin (d) fıkrasında da, herhangi bir sosyal güvenlik kurumuna tabi olmayanların sakat kalmaları halinde, öğrenim durumlarına göre 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun değişik 36. maddesi hükümlerine göre belirlenecek giriş derece ve kademeleri üzerinden (öğrenimi bulunmayanların ilkökul mezunu gibi) kendilerine, ölümlerin de dul ve yetimlerine 5434 sayılı Kanun Hükümlerine göre T.C. Emekli Sandığına görev malullüğü aylığının %25 artırılarak bağlanacağı hükmüne yer verilmiştir.

Yukarıda belirtilen Kanun hükümleri birlikte değerlendirildiğinde; Köy Kanununa göre görev yapan, bu görevleri nedeniyle herhangi bir sosyal güvenlik kurumu ile ilgilendirilmeyen geçici köy korucularının görevde bulundukları süre içerisinde yaralanmaları, sakatlanmaları, ölümleri halinde haklarında 2330 sayılı Nakdi Tazminat ve Aylık Bağlanması Hakkında Kanun hükümleri uygulanarak aylık bağlanacağı, fakat hiç bir suretle aylıklarına 5434 sayılı Emekli Sandığı Kanunu hükümlerinin doğrudan uygulanamayacağı sonucuna ulaşılmaktadır.

Dosyanın incelenmesinden, davacının eşinin Siirt İli Pervari İlçesi ... Köyünde geçici köy korucusu olarak görev yapmakta iken 26.9.1992 tarihinde jandarma timleriyle beraber icra ettikleri pusu görevini tamamlayıp köye döndükten sonra, istirahat etmek için iki köy korucusu arkadaşı ile evine giderken kimliği belirsiz bir kişi tarafından açılan ateşe yanındaki köy korucusu arkadaşlarının da karşılık vermesi üzerine başından vurularak öldüğü ve ölüm olayının hangi silahtan atılan mermi ile gerçekleştiğinin Siirt Ağır Ceza Mahkemesince de tespit edilemediği, davacının eşinden dolayı aylık bağlanması istemiyle yaptığı başvurunun,

2330 ve 5434 sayılı Kanunların vazife malullüğü hükümlerinin uygulanması suretiyle aylık bağlanamayacağı gerekçesiyle reddedilmesi üzerine açtığı davada; İdare Mahkemesince, ölüm olayı 2330 sayılı Kanundan kaynaklanmadığından, davacının anılan Kanunda öngörülen ek olanaklardan emeklilik yönünden faydalandırılmayacağı, ancak olayın 5434 sayılı Kanunun 45. maddesinde belirtilen vazife malullüğü kapsamında değerlendirilmesi gereken bir nitelik gösterdiği gerekçesiyle dava konusu işlemin iptali yolunda temyize konu kararın verildiği anlaşılmıştır.

Olayda; davacının, 5434 sayılı Kanuna tabi olmayan geçici köy korucusu olarak görev yapan ve bu görevi nedeniyle ölen eşinden dolayı 5434 sayılı Kanunda öngörülen haklardan olan vazife malullüğü hakkında yararlandırılması mümkün olamayacağı açık olmakla birlikte, ölüm olayının meydana geliş şekli ve olayla ilgili Siirt Ağır Ceza Mahkemesi kararı irdelendiğinde, 2330 sayılı Kanundan yararlandırılması gerekmektedir.

Bu durumda, geçici köy korucusu olarak görev yapmakta iken öldürülen eşinden dolayı davacıya 2330 sayılı Kanun hükümleri uyarınca aylık bağlanması gerekirken aksi yönde tesis edilen işlemde isabet görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle, davalı idarenin temyiz isteminin reddine Ankara 7. İdare Mahkemesinin 31.1.2006 günlü ve E:2004/2171, K:2006/146 sayılı kararının yukarıda belirtilen gerekçe ile onanmasına 24.3.2009 tarihinde oybirliği ile karar verildi.

MEMURLAR VE DİĞER KAMU GÖREVLİLERİ

T.C. DANIŞTAY Onbirinci Daire

Esas No : 2006/7566

Karar No : 2009/1948

Özeti : Sendika Merkez Yönetim Kurulu üyeliğine seçilen ve 4688 sayılı Kanunun 18. maddesi uyarınca aylıksız izinli sayılanların, aylıksız izinli sayıldıkları bu sürelerin fiili hizmetten sayılacağı hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan (Davalı) : Sosyal Güvenlik Kurumu Başkanlığı
(T.C. Emekli Sandığı Genel Müdürlüğü)

Vekili : Av. ...

Karşı Taraf (Davacı) : ...

Vekili : Av. ...

İsteğin Özeti : İstanbul Kartal Hastanesinde çalışmakta iken Birleşik Sağlık İş Sendikası Merkez Yönetim Kurulu üyeliğine seçilen ve 4688 sayılı Kanunun 18. maddesi uyarınca aylıksız izne ayrılan davacı tarafından, aylıksız izinli sayıldığı sürelerin fiili hizmetinden sayılmamasına ve bu sürelerin borçlandırılmamasına ilişkin işlemin iptali istemiyle açılan davada; dosyanın incelenmesinden ,davacının aylıksız izinli sayıldığı sürelerin fiili hizmetinden sayılması yolundaki başvurusunun, aylıksız izinli sayıldığı süre içinde emekli kesenek ve karşılıklarını her ay itibarıyla yatırması gerekirken süresi içinde yatırmadığından bahisle reddi üzerine bakılan davanın açıldığının anlaşıldığı, olayda 4688 sayılı Kanun kapsamındaki bir sendikanın merkez yönetim kurulu üyeliğine seçilen ve bu nedenle aylıksız izinli sayılacağı açık olan davacının, 5434 sayılı Kanunun Ek 72. maddesinde aylıksız izinli sayıldığı süre içinde, emekli kesenek ve kurum karşılıklarının her ay ödenmesi gerektiği yönünde bir kısıtlama getirilmemiş olduğu, istekleri halinde her ay veya 102. maddede

sayılan süreler içinde başvurması halinde dahi söz konusu sürenin emeklilik müktesebinden değerlendirileceğinin belirtilmiş olması karşısında, süresi içinde başvuran davacının Sendika Yönetim Kurulu üyeliği nedeniyle aylıksız izinli sayıldığı sürenin fiili hizmet süresinden sayılması gerekirken, aksi yönde tesis edilen işlemde hukuka uyarlık bulunmadığı gerekçesiyle dava konusu işlemin iptaline hükmeden Ankara 5. İdare Mahkemesinin 3.3.2006 gün ve E:2005/755, K:2006/548 sayılı kararının; davalı idare tarafından, hukuka aykırı olduğu ileri sürülerek temyizen incelenerek bozulması istenilmektedir.

Savunmanın Özeti : Savunma verilmemiştir.

Danıştay Tetkik Hakimi : Nigar Dilimen

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 : Ünal Demirci

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

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

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Onbirinci Dairesince işin gereği görüldü:

İdare mahkemeleri tarafından verilen kararların temyiz yolu ile incelenerek bozulabilmeleri 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 49. maddesinde belirtilen nedenlerden birinin bulunması halinde mümkündür. Ankara 5. İdare Mahkemesince verilen 3.3.2006 gün ve E:2005/755, K:2006/548 sayılı karar ve dayandığı gerekçe, hukuk ve usule uygun olup bozulmasını gerektirecek bir sebep de bulunmadığından temyiz isteminin reddi ile anılan kararın onanmasına, temyiz giderlerinin istemde bulunan üzerinde bırakılmasına, 24.2.2009 tarihinde oybirliği ile karar verildi.

T.C.

DANIŞTAY

Onbirinci Daire

Esas No : 2008/4777

Karar No : 2009/4211

Özeti : 657 sayılı Kanunun 86. maddesine göre sağlık personeli olarak istihdam edilen vekil hemşirelerin, döner sermayenin elde edilmesine fiilen katkı sağladığı tartışmasız olduğundan, vekil hemşire olan davacının döner sermaye ek ödemesinden yararlandırılması gerektiği hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan (Davacı) : ...

Vekili : Av. ...

Karşı Taraf (Davalı) : Batman Valiliği

İstemin Özeti : Vekil hemşire olarak görev yapan davacının, döner sermaye ek ödemesinden yararlandırılması istemiyle yaptığı başvurunun reddine ilişkin 30.1.2007 tarih ve 608 sayılı işlemin iptali ile mahrum kaldığı parasal hakların tazmini istemiyle açtığı dava sonucunda, Diyarbakır 2. İdare Mahkemesi 5.12.2007 tarih ve E:2007/365, K:2007/1691 sayılı kararıyla, 209 sayılı Sağlık Bakanlığı'na Bağlı Sağlık

Kurumları ile Esenlendirme (Rehabilitasyon) Tesislerine Verilecek Döner Sermaye Hakkında Kanun'un 5. maddesinde, döner sermaye gelirlerinden döner sermayeli sağlık kurum ve kuruluşlarında görevli olan memurlar ile 4924 sayılı Yasaya ve 181 sayılı KHK'ya göre istihdam edilen sözleşmeli personelin yararlanacağı belirtilmiş olup, vekil hemşirelerin döner sermaye gelirlerinden yararlanacaklar arasında sayılmadığı; olayda, davacının vekil hemşire olarak görev yaptığı ve döner sermaye gelirlerinden yararlanacaklar kapsamında bulunmadığından, davacı hakkında tesis edilen işlemde hukuka aykırılık bulunmadığı gerekçesiyle davayı reddetmiştir. Davacı vekili tarafından, mahkeme kararının hukuka aykırı olduğu ileri sürülerek bozulması istenilmektedir.

Savunmanın Özeti : Savunma verilmemiştir.

Danıştay Tetkik Hakimi : Ragıp Atlı

Düşüncesi : Temyiz isteminin reddi ile usul ve hukuka uygun bulunan mahkeme kararının onanması gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı : Mehmet Ali Samur

Düşüncesi : Vekil hemşire olarak görev yapan davacı tarafından, döner sermaye gelirlerine ait ek ödmeden yararlanılması istemiyle yapılan başvurunun reddine ilişkin işlemin iptali ile yoksun kalınan parasal hakların yasal faiziyle birlikte tazminin tahsiline karar verilmesi istemiyle açılan davayı reddeden İdare Mahkemesi kararının bozulması istenilmektedir.

209 sayılı Kanunun 5471 sayılı Kanunla değişik 5.maddesinin 3. ve 4.fıkralarında, personelin katkısıyla elde edilen döner sermaye gelirlerinden,döner sermayeli sağlık kurum ve kuruluşlarında görevli olan memurlar ile sözleşmeli olarak istihdam edilen sağlık personeline mesai içi veya mesai dışı ayrımı yapılmaksızın ek ödeme yapılabileceği, sağlık kurum ve kuruluşlarında Bakanlıkça belirlenen hizmet sunum şartları ve kriterleri de dikkate alınmak suretiyle, bu ödemenin oranı ile esas ve usullerin personelin unvanı,görevi,çalışma şartları ve süresi, hizmete katkısı, performansı, serbest çalışıp çalışmaması ile muayene, ameliyat, anestezi, girişimsel işlemler ve özellik arz eden riskli bölümlerde çalışma gibi unsurlar esas alınarak Maliye Bakanlığının uygun görüşü üzerine Sağlık Bakanlığınca çıkarılacak yönetmelikle belirleneceği yolunda hüküm öngörülmüş, bu hüküm esas alınarak hazırlanan Sağlık Bakanlığına Bağlı Sağlık Kurum ve Kuruluşlarında Görevli Personele Döner Sermaye Gelirlerinden Ek Ödeme Yapılmasına Dair Yönetmeliğin amacı ve kapsamı 1. ve 2. maddelerinde düzenlendikten sonra 5. maddesinin 1. fıkrasının (b) bendinde, ek ödemenin personelin kurum ve kuruluşa fiilen katkı sağladığı sürece verilebileceği belirtilmiştir.

Yukarıda anılan Kanun ve Yönetmelik hükmü uyarınca ödenmesi öngörülen ek ücretin, sağlık hizmetinin daha etkili ve verimli bir şekilde yürütülmesini sağlamak ve personeli bu hususun gerçekleşmesi için teşvik etmek amacına yönelik olduğu, mesaisinin tamamını sağlık kurum veya kuruluşunda çalışarak geçiren ve aynı oranda döner sermayeye katkısı bulunan personel arasında hiç bir ayırım gözetilmediği, vekil hemşirelerin söz konusu ödmeden yararlanılmayacakları yolunda açık bir hükme de yer verilmediği anlaşıldığından, hizmet sunumu yönünden vekalet edilen asıl görevli ile aralarında herhangi bir fark bulunmayan ve aynı oranda döner sermaye gelirlerine katkısı bulunan davacının idari düzenlemeler yoluyla bu haktan mahrum bırakılmasına hukuken olanak bulunmadığından, dava konusu işlemde hak ve adalet ilkeleri ile hukuka, kamu yararı ve hizmet gereklerine uyarlık bulunmamaktadır.

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 görüldü:

209 sayılı Sağlık Bakanlığı'na Bağlı Sağlık Kurumları ile Esenlendirme (Rehabilitasyon) Tesislerine Verilecek Döner Sermaye Hakkında Kanun'un 5. maddesinde,

personelin katkısıyla elde edilen döner sermaye gelirlerinden, döner sermayeli sağlık kurum ve kuruluşlarında görevli olan memurlar ile bu kurum ve kuruluşlarda 10.7.2003 tarihli ve 4924 sayılı Kanun uyarınca sözleşmeli olarak istihdam edilen sağlık personeline ve 13.12.1983 tarihli ve 181 sayılı Sağlık Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin ek 3. maddesine göre istihdam edilen sözleşmeli personele, mesai içi veya mesai dışı ayrımı yapılmaksızın ek ödeme yapılabilmesi; sağlık kurum ve kuruluşlarında Bakanlıkça belirlenen hizmet sunum şartları ve kriterleri de dikkate alınmak suretiyle, bu ödemenin oranı ile esas ve usûlleri; personelin unvanı, görevi, çalışma şartları ve süresi, hizmete katkısı, performansı, serbest çalışıp çalışmaması ile muayene, ameliyat, anestezi, girişimsel işlemler ve özellik arz eden riskli bölümlerde çalışma gibi unsurlar esas alınarak Maliye Bakanlığının uygun görüşü üzerine Sağlık Bakanlığınca çıkarılacak yönetmelikle belirleneceği hükme bağlanmıştır.

209 sayılı Kanun'un 5. maddesine dayanılarak hazırlanan ve 12.5.2006 tarih ve 26166 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan, Sağlık Bakanlığına Bağlı Sağlık Kurum ve Kuruluşlarında Görevli Personele Döner Sermaye Gelirlerinden Ek Ödeme Yapılmasına Dair Yönetmelik'in 1. maddesinde; bu Yönetmeliğin amacının, Sağlık Bakanlığına bağlı sağlık kurum ve kuruluşlarında, Bakanlıkça belirlenen hizmet sunum şartları ve kriterleri dikkate alınmak suretiyle, personelin unvanı, görevi, çalışma şartları ve süresi, hizmete katkısı, performansı, serbest çalışıp çalışmaması gibi unsurlar esas alınarak, döner sermayeden yapılacak ek ödemenin oran, usul ve esaslarını belirlemek, sağlık hizmetlerini iyileştirmek, kaliteli ve verimli hizmet sunumunu teşvik etmek olduğu; 5. maddesinde, bu Yönetmelik kapsamındaki sağlık kurum ve kuruluşlarının, sağlık hizmetlerinden elde edilen gelirlerinin tamamının döner sermayeye gelir kaydedileceği; ek ödemenin, personelin kurum ve kuruluşa fiilen katkı sağladığı sürece verilebileceği belirtilmiştir.

Döner sermaye ödemesi uygulamasının özünde, personelin kuruma sağladığı fiili katkıyla elde edilen gelirlerin ek ödeme olarak dağıtılması amacı yatmaktadır.

Döner sermaye ek ödemelerinin, personelin unvanı, görevi, çalışma şartları, hizmete katkısı, performansı gibi kriterler çerçevesinde sağlık hizmetlerinde yapacağı işe ve göstereceği başarıya göre yapılarak, sağlık kurumlarındaki sağlık hizmetlerinin iyileştirilmesi, kaliteli ve verimli hizmet sunumunun teşvik edilmesi sağlanmaya çalışılmaktadır.

Bu bağlamda, yukarıda aktarılan mevzuatın değerlendirilmesinden, döner sermaye ek ödemelerinin, sağlık kurum ve kuruluşlarında çalışan personelin fiilen görev yapması, döner sermayeye konu hizmetin görümüne fiilen katkı sağlaması halinde yapılacağı sonucuna varılmaktadır.

657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 4. maddesinde, kamu hizmetlerinin, memurlar, sözleşmeli personel, geçici personel ve işçiler eliyle gördürüleceği; 5. maddesinde ise; bu Kanuna tabi kurumların, 4. maddede yazılı dört istihdam şekli dışında personel çalıştırmayacakları; 86. maddesinde, ilkökul öğretmenliği (yaz tatili hariç), tabiplik, diş tabipliği, eczacılık, köy ve beldelerdeki ebelik ve hemşirelik, mühendis ve mimarlık, veterinerlik, köy ve kasaba imamlığına ait boş kadrolara Maliye Bakanlığının izni (mahallî idarelerde izin şartı aranmaz) ile, açıktan vekil atanabileceği; 175. maddesinde, bir göreve vekaleten açıktan atanan memurlara vekalet edilen görevin kadro derecesinin birinci kademesinin üçte ikisinin verileceği; açıktan vekil olarak atananların bu Kanunla memurlara tanınan sosyal haklardan da yararlanacakları ve bunlara ödenecek vekalet aylığının hesabına memuriyet taban aylığının da dahil edileceği kurala bağlanmıştır.

Vekil hemşirelerin hukuki statüsü ile ilgili açık bir yasa hükmü bulunmamasına rağmen, bunların hukuki statüsü 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu ile düzenlenmekte olup, bu kişilerin durumunun bu Kanuna göre belirlenmesi gerekmektedir. Devlet Memurları Kanunu'nun 4. maddesinde kamuda dört farklı türde istihdam şekli düzenlenmiş ve bu dört statü dışında kurumlarda personel çalıştırılmayacağı açıkça belirtilmiştir. 657 sayılı Kanunda, Devlet ve diğer kamu tüzel kişiliklerince genel idare esaslarına göre yürütülen asli ve sürekli

kamu hizmetlerini ifa ile görevlendirilenlerin memur sayılacağı öngörülmektedir. Vekil ebe ve hemşirelerin yaptıkları işin niteliği gereği, asli ve sürekli bir kamu hizmeti ile görevlendirilmiş kişiler olduğu görülmektedir. Buna göre, asli ve sürekli bir kamu hizmeti görmekle görevlendirilen vekil ebe ve hemşirelerin, bu dört istihdam şekli içinde ancak memur statüsünde kabul edilmeleri gerekmektedir.

Atanma şekli diğer memurlara göre farklı olmakla birlikte, vekil hemşirelerin de, memur statüsünde kabul edilerek, memurlara tanınan aynı özlük haklarından yararlandırılması hakkaniyete uygun olacaktır. Dolayısıyla, döner sermaye gelirlerinin elde edilmesinde asıl görevli ile aynı oranda katkı sağlamaları nedeniyle de, vekil hemşirelere döner sermayeden ek ödeme yapılması gerekeceği açıktır.

Dosyanın incelenmesinden, Batman İli, Beşir İlçesi, ... Beldesi ... Sağlık Evinde vekil hemşire olarak görev yapan davacının, döner sermaye ek ödemesinden yararlandırılması istemiyle yaptığı başvurunun, mevzatta vekil hemşirelerin ek ödemedir yararlanacaklarına ilişkin hüküm bulunmadığı belirtilerek reddi üzerine görülmekte olan davanın açıldığı anlaşılmaktadır.

Bu durumda, 657 sayılı Yasanın 86. maddesine göre sağlık personeli olarak istihdam edilen, açıktan vekil olarak atandığı sağlık ocağındaki hemşirelik görevi ile döner sermayenin işleyişine fiilen katkı sağladığı tartışmasız bulunan davacının, döner sermaye ek ödemesinden yararlandırılmamasına ilişkin işlemde hukuka uyarlık bulunmamakta olup; davanın reddi yolundaki mahkeme kararında hukuki isabet görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle, davacı temyiz isteminin kabulü ile Diyarbakır 2. İdare Mahkemesinin 5.12.2007 tarih ve E:2007/365, K:2007/1691 sayılı kararının bozulmasına, yukarıda yer alan hususlar dikkate alınarak yeniden bir karar verilmek üzere dosyanın adı geçen mahkemeye gönderilmesine, 22.4.2009 tarihinde oybirliği ile karar verildi.

DÜZENLEYİCİ – GENEL İŞLEMLER

T.C.
DANIŞTAY
Onbirinci Daire
Esas No : 2007/1330
Karar No : 2009/3339

Özeti : 1005 sayılı Kanun hükümleri uyarınca gazi aylığı alanların eşlerinin aynı kanun hükümleri uyarınca Sandık sağlık hizmetlerinden yararlanabilmesi için, gelir getirici bir işte çalışmamasını öngören 18.12.1992 tarih ve 32264-16 sayılı Maliye Bakanlığı Bütçe ve Mali Kontrol Genel Müdürlüğü Genelgesinde hukuka uyarlık bulunmadığından iptali gerektiği hakkında.

Davacı : ...
Davalı : Maliye Bakanlığı
Davanın Özeti : 1005 sayılı Kanun hükümleri uyarınca gazi aylığı alan davacı tarafından, gazi eşlerinin, aynı Kanun hükümleri uyarınca Emekli Sandığının sağlık hizmetlerinden yararlanabilmesi için, gelir getirici bir işte çalışmamasını öngören 18.12.1992 tarih ve 32264-16 sayılı Maliye Bakanlığı Bütçe ve Mali Kontrol Genel Müdürlüğü Genelgesinin iptali istenilmektedir.

Savunmanın Özeti : 1005 sayılı Kanunun 2. maddesinin, 2. fıkrasının, 6.3.2007 gün ve 5595 sayılı Kanunun 2. maddesi ile değiştirilmiş olduğu, yürürlükten kalkan Kanunun uygulanmasına yönelik olarak yürürlüğe konulan dava konusu Genelgenin uygulama olanağının kalmadığından, davanın konusuz kaldığı savunulmuştur.

Danıştay Tetkik Hakimi : Nigar Dilimen

Düşüncesi : 1005 sayılı Kanunun 5.12.1990 tarih ve 3688 sayılı Kanun ile değişik 2. maddesinin 2. fıkrası hükmüne aykırı olarak düzenlenen dava konusu Genelgenin iptal edilmesi gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı : Nazlı Yanıkdemir

Düşüncesi : Dava; Kıbrıs Gazisi ve Emekli Sandığı iştirakçisi olan davacı tarafından, gazi eşlerinin, 1005 sayılı Yasa hükümleri uyarınca Emekli Sandığının sağlık hizmetlerinden yararlanabilmesi için, gelir getirici bir işte çalışmamasını öngören 18.12.1992 gün ve 32264-16 sayılı Maliye Bakanlığı Bütçe ve Mali Kontrol Genel Müdürlüğü Genelgesinin iptali istemiyle açılmıştır.

7.11.1982 gün ve 2709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 61. maddesinde, Devletin, harp ve vazife şehitlerinin dul ve yetimleriyle, malul ve gazileri koruyacağı ve toplumda kendilerine yarasır bir hayat seviyesi sağlayacağı hükmü yer almış olup; 3688 sayılı Kanunun 1'inci maddesiyle değiştirilen, 24.2.1968 gün ve 12835 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren 1005 sayılı İstiklal Madalyası Verilmiş Bulunanlara Üstün Hizmet Tertibinden Şeref Aylığı Bağlanması Hakkında Kanunun 2. maddesinin 2. fıkrasında, bu Kanun kapsamında aylık bağlananlar ile bunların eşlerinin resmi sağlık kurum ve kuruluşlarında veya bu kurum ve kuruluşlarca sevk edildikleri özel sağlık kurum ve kuruluşlarında görecekları tedavilere ilişkin giderler ile ilaç giderlerinin; herhangi bir katılım payı veya fark alınmaksızın, Devlet memurlarının tedavi yardımına ilişkin usul ve esasları çerçevesinde ve bu amaçla Milli Savunma Bakanlığı bütçesine konulacak ödenekten karşılanacağı hükmüne yer verilmiştir.

Yukarıda yer verilen hüküm uyarınca gazi aylığı bağlanan kişilerin eşlerinin de aynı haklardan yararlanması gerektiği yönünde düzenleme getirilmiş olup, tedavi yardımından gazi eşlerinin, gelir getirici bir işte çalışmaması veya sağlık yardımı sağlayan bir kanuna tabi olmaması durumunda yararlanacağı yönünde bir düzenleme bulunmamaktadır.

Bu durumda, Kıbrıs Gazisi olan davacının eşinin, "gazi eşi" olarak tedavi yardımından yararlandırılması gerekirken, aksi yönde tesis edilen işlemde hukuka uyarlık görülmemiştir.

Öte yandan; 1005 sayılı Yasanın 2. maddesinin, 2. fıkrası, 6.3.2007 gün ve 5595 sayılı Kanunun 2. maddesi ile değiştirilmiş olup; davacı tarafından iptali istenen Genelgenin uygulanma imkanı da kalmamıştır.

Açıklanan nedenle; dava konusu işlemlerin iptali gerektiği düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Onbirinci Dairesince işin gereği görüldü:

Dava, 1005 sayılı Kanun hükümleri uyarınca gazi aylığı alan davacı tarafından, gazi eşlerinin, aynı Kanun hükümleri uyarınca Emekli Sandığının sağlık hizmetlerinden yararlanabilmesi için, gelir getirici bir işte çalışmamasını öngören 18.12.1992 tarih ve 32264-16 sayılı Maliye Bakanlığı Bütçe ve Mali Kontrol Genel Müdürlüğü Genelgesinin iptali istemiyle açılmıştır.

2709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 61. maddesinde, Devletin, harp ve vazife şehitlerinin dul ve yetimleriyle, malul ve gazileri koruyacağı ve toplumda kendilerine yarasır bir hayat seviyesi sağlayacağı, 1005 sayılı İstiklal Madalyası Verilmiş Bulunanlara Vatani Hizmet Tertibinden Şeref Aylığı Bağlanması Hakkında Kanunun 5.12.1990 tarih ve 3688 sayılı Kanun ile değişik 2. maddesinin 2. fıkrasında; bu Kanun kapsamına girenler ile bunların eşleri ve dul eşlerinin Genel ve Katma Bütçeli daire ve idarelere ait veya bağlı

hastanelerde ücretsiz tedavi edileceği, ayrıca, bu tedavi kurumlarından ve dışardan alacakları ilaç bedellerinin Devlet tarafından ödeneceği hükme bağlanmıştır.

1005 sayılı Kanunun 5.12.1990 tarih ve 3688 sayılı Kanun ile değişik 2. maddesinin 2. fıkrasının uygulanmasına yönelik tereddütlerin giderilmesi amacıyla Maliye Bakanlığı Bütçe ve Mali Kontrol Genel Müdürlüğü'nce 18.12.1992 tarih ve 32264-16 sayılı Genelge yürürlüğe konulmuştur. Söz konusu Genelgede; gazi eşlerinin bu sıfatından dolayı tedavi yardımından yararlanabilmesi için, ayrıca sağlık yardımı sağlayan bir Kanuna tabi olmaması ve her ne şekilde olursa olsun gelir getirici bir işte çalışmaması gerektiği belirtilmiştir.

1005 sayılı Kanunun 5.12.1990 tarih ve 3688 sayılı Kanun ile değişik 2. maddesinin 2. fıkrasında; gazi eşlerinin maddede belirtilen tedavi kurumlarında ücretsiz tedavi edileceği, alacakları ilaç bedellerinin Devlet tarafından ödeneceğinin belirtilmesi, tedavi yardımından yararlanabilmeleri için, ayrıca sağlık yardımı sağlayan bir Kanuna tabi olmaması ve gelir getirici bir işte çalışmaması gerektiği yönünde bir kısıtlama getirilmemiş olması karşısında, anılan Kanun hükmüne aykırı olarak dava konusu Genelge ile bu yönde bir kısıtlama getirilmesinde hukuka uyarlık görülmemiştir.

Öte yandan, 1005 sayılı Kanunun 2. maddesinin 2. fıkrası 6.3.2007 tarih ve 5595 sayılı Kanunun 2.maddesi ile değiştirilmiştir. 1005 sayılı Kanunun değişik 2. maddesinin 2. fıkrasında, bu Kanun kapsamında aylık bağlananlar ile bunların eşlerinin resmi sağlık kurum ve kuruluşlarında veya bu kurum ve kuruluşlarca sevk edildikleri özel sağlık kuruluşlarında görecekları tedavilere ilişkin giderler ile ilaç giderlerinin; herhangi bir katılım payı veya fark alınmaksızın Devlet memurlarının tedavi yardımına ilişkin usul ve esasları çerçevesinde ve bu amaçla Milli Savunma Bakanlığı bütçesine konulacak ödenekten karşılanacağı hükme bağlanmıştır.

1005 sayılı Kanunun 6.3.2007 tarih ve 5595 sayılı Kanunun 2. maddesi ile değişik 2. maddesinin 2. fıkrasının uygulanmasında meydana gelen tereddütleri gidermek amacıyla Maliye Bakanlığı Bütçe ve Mali Kontrol Genel Müdürlüğü tarafından 29.11.2007 tarih ve 23925 sayılı Genelge yayımlanmıştır. Söz konusu Genelgede resmi, özel sağlık kurum ve kuruluşlarında 1005 sayılı Kanun kapsamındaki gaziler ve bunların eşleri ile dul eşlerinden tedavileri sırasında aktif sigortalı veya emekli olup olmadıklarına bakılmaksızın ilaç, katılım payı ve herhangi bir fark talep edilemeyeceği belirtilmiştir.

Açıklanan nedenlerle, Maliye Bakanlığı Bütçe ve Mali Kontrol Genel Müdürlüğü'nün 18.12.1992 tarih ve 32264-16 sayılı Genelgesinin iptaline, aşağıda ayrıntısı gösterilen 96,60.- TL. yargılama giderinin davalı idareden alınarak davacıya verilmesine, artan posta giderinin istemi halinde davacıya iadesine, 30.3.2009 tarihinde oybirliği ile karar verildi.

YARGILAMA USULÜ

T.C.
DANIŞTAY
Onbirinci Daire

Esas No : 2007/7451

Karar No : 2009/4213

Özeti : Türk Telekomünikasyon A.Ş. 'nin % 55 oranındaki hissesinin blok olarak satışı suretiyle özelleştirilmesi 14.11.2005 tarihinde gerçekleşmiş ise de; davacının ödenmesini istediği parasal haklar özelleştirilmeden önce bir kamu iktisadi kuruluşu olan Türk Telekomda geçen çalışma dönemine ait olduğundan, kıdem tazminatının ödenmesi istemiyle açılan davanın

görüm ve çözümünde idari yargı mercilerinin görevli olduğu hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan (Davacı) : ...

Vekli : Av. ...

Karşı Taraf (Davalı) : Türk Telekomünikasyon Anonim Şirketi Genel Müdürlüğü

Vekili : Av. ...

İsteğin Özeti

: Türk Telekom Gaziantep İl Müdürlüğü'nde kapsam dışı personel statüsünde görev yapmakta iken kurumun özelleştirilmesi sonucu Konya Bayındırlık İl Müdürlüğü'ne naklen atanan davacı tarafından, kapsam dışı personel olarak görev yaptığı dönem için hak ettiği ileri sürülen kıdem tazminatının ödenmesi istemiyle yaptığı başvurunun reddine ilişkin işlemin iptali ile kıdem tazminatının en yüksek mevduat faizi ile birlikte ödenmesine karar verilmesi istemiyle açılan dava sonucunda, Konya 1. İdare Mahkemesi 21.3.2007 tarih ve E:2007/334, K:2007/491 sayılı kararıyla; Türk Telekomünikasyon A.Ş.'nin tamamı Hazineye ait bulunan hisselerin % 55'nin blok halinde satışının Bakanlar Kurulu Kararı uyarınca 14.11.2005 tarihli hisse satış sözleşmesiyle gerçekleştiğinden anılan tarihten itibaren Türk Telekomdaki kamu payının % 50'nin altına düşmesi nedeniyle kamu kuruluşu niteliğinin kalmadığı, özel hukuk hükümlerine tabi bir şirket olan Türk Telekom A.Ş.'nin anılan tarihten sonra tesis ettiği işlemlerin idari işlem olarak görülmesinin mümkün olmadığı, dolayısıyla dava konusu işlem tarihinde kamu kuruluşu niteliği bulunmayan kuruluşça tesis olunan işlemin iptali istemiyle açılan davanın görüm ve çözümünün adli yargı yerine ait olduğu gerekçesiyle davanın görev yönünden reddine hükmedilmiştir. Davacı vekili tarafından davanın görüm ve çözümünde idari yargının görevli olduğu ileri sürülerek temyizen incelenerek bozulması istenilmiştir.

Savunmanın Özeti : Temyiz isteminin reddi gerektiği savunulmaktadır.

Danıştay Tetkik Hakimi : Ragıp Atlı

Düşüncesi : Temyiz dilekçesinde ileri sürülen iddialar, 2577 sayılı Yasanın 49. maddesinin 1. fıkrasında sayılan bozma nedenlerine uymadığından, temyiz isteminin reddi ile kararın onanması gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı : Filiz Z. Gürmeriç

Düşüncesi : Türk Telekomünikasyon A.Ş.'nin %55 oranındaki hissesinin blok olarak satışı suretiyle özelleştirilmesi 25.7.2005 gün ve 2005/9146 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile kararlaştırılmış olup, bu Karar 2.8.2005 tarih ve 25894 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe girmiş ve fiili devir 14.11.2005 tarihinde gerçekleştirilmiş ise de, 406 sayılı Yasa'nın Ek 29. maddesinin 3.7.2005 tarih ve 5398 sayılı Kanunla değişik birinci fıkrasında yer alan "Türk Telekom hisselerinin devri sonucu kamu payının yüzde ellinin altına düşmesi durumunda; Türk Telekomda Ek 22 nci maddenin (a) bendinin bu Kanunla yürürlükten kaldırılan hükümleri uyarınca belirlenen asli ve sürekli görevlerde çalışmakta olanlar ile 22.1.1990 tarihli ve 399 sayılı Kanun Hükmünde Kararnameye tabi olarak kadrolu veya sözleşmeli personel statüsünde çalışanlar ve kapsam dışı personelin, kamu görevlerinden yüzseksen gün aylıksız izinli sayılacağı, bu personelin belirtilen süre içinde Türk Telekom'da çalışmaya devam edeceği ve hisse devir tarihinden, nakli için Devlet Personel Başkanlığına bildirildikleri tarihe kadarki aylık ücret, harcırah, sağlık giderleri, cenaze giderleri ve ölüm yardımı ile diğer mali ve özlük haklarının Türk Telekom tarafından karşılanacağı kurala bağlanmıştır.

14.11.2005 tarihinden sonra Türk Telekomünikasyon A.Ş.'nin kamu kurumu niteliğini sürdürmediği açık olmakla birlikte; uyuşmazlık, sosyal güvenlik hukuku yönünden Emekli Sandığına tabi olan davacının, yüzseksen gün aylıksız izinli sayılacağı dönem içinde, davalı idarenin tek yanlı irade beyanı ile 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu hükümleri uyarınca tesis edilen ve parasal haklarına ilişkin bir idari işlemde doğduğundan, kamu

hukuku kural ve mevzuatı çerçevesinde bu davanın çözümünün, dava konusu işlemin niteliği itibarıyla idari yargının görevinde olduğu sonucuna ulaşıldığından, adli yargının görevli olduğu gerekçesiyle davayı görev yönünden reddeden idare mahkemesi kararında usul hükümlerine uyarlık görülmemiştir.

Açıklanan nedenle temyiz isteminin kabulüyle mahkeme kararının bozulması gerektiği düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Onbirinci Dairesince işin gereği görüldü:

2247 sayılı Uyuşmazlık Mahkemesinin Kuruluş ve İşleyişi Hakkında Kanunun, "Kararlar Arasındaki Çelişkinin Giderilmesi" başlıklı 30. maddesinin son fıkrasında, "Görev Konusundaki İlke Kararları Uyuşmazlık Mahkemesini ve bütün yargı mercilerini.... bağlar" hükmü yer almıştır.

Uyuşmazlık Mahkemesinin 1.3.1996 tarih ve 22567 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan 22.1.1996 tarih ve E:1995/1, K:1996/1 sayılı kararıyla, özelleştirilen veya özelleştirme kapsamında bulunmayan Kamu İktisadi Teşebbüslerinde sözleşmeli veya kapsam dışı personel statüsünde çalışanların kurumlarıyla olan ilişkileri nedeniyle meydana gelen uyuşmazlıkların idari yargı yerinde çözümleneceği öngörülmüş olup, verilen bu ilke kararının anılan yasa hükmü uyarınca bütün yargı mercilerini bağlayacağı açıktır.

Dosyanın incelenmesinden, Türk Telekom Gaziantep İl Müdürlüğü'nde kapsam dışı personel statüsünde görev yapmakta iken kurumun özelleştirilmesi sonucu davacının Konya Bayındırlık İl Müdürlüğü'ne naklen atandığı, Türk Telekomdaki hizmet sözleşmesinin sona ermesi nedeniyle kapsam dışı personel olarak görev yaptığı dönem için hak ettiği kıdem tazminatının ödenmesi istemiyle yaptığı başvurunun cevap verilmeyerek reddi üzerine görülmekte olan davanın açıldığı anlaşılmaktadır.

Her ne kadar Türk Telekomünikasyon A.Ş. 'nin %55 oranındaki hissesinin blok olarak satışı suretiyle özelleştirilmesine 25.7.2005 tarih ve 2005/9146 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile karar verilmiş ve fiili devir de 14.11.2005 tarihinde gerçekleşmiş ve bu tarih itibarıyla de artık Türk Telekomünikasyon A.Ş. kamu kurumu niteliğini kaybetmiş ise de, davacının ödenmesini istediği parasal hakların dönemi itibarıyla, çoğunluk hisselerinin kamuya ait bulunması ve kuruluş amacına uygun olarak yürüteceği faaliyetlerin kamu hizmeti niteliğini taşıması karşısında, Türk Telekomünikasyon A.Ş.'nin, kamu tüzel kişisi niteliğini taşıyan bir kuruluş olduğu tartışmasızdır.

Davacı tarafından ödenmesine karar verilmesi istenilen kıdem tazminatının, özelleştirilmeden önce bir kamu iktisadi kuruluşu olan Türk Telekomda geçen çalışma dönemine ait olduğu açıktır.

Bu durumda, yukarıda aktarılan Uyuşmazlık Mahkemesi ilke kararı uyarınca, özelleştirilmeden önceki dönemde bir kamu iktisadi kuruluşu olan Türk Telekomünikasyon A.Ş.'de kapsam dışı personel statüsünde geçen çalışmaları karşılığı olarak, hak edildiği ileri sürülen kıdem tazminatının ödemesi istemiyle açılan davanın görüm ve çözümünde idari yargı mercileri görevli olduğundan, davanın adli yargıda görülmesi gerektiği gerekçesiyle görev yönünden reddi yolundaki İdare Mahkemesi kararında usul hükümlerine uyarlık görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle, temyiz isteminin kabulü ile Konya 1. İdare Mahkemesinin 21.3.2007 tarih ve E:2007/334, K:2007/491 sayılı kararının bozulmasına, dosyanın yeniden bir karar verilmek üzere adı geçen mahkemeye gönderilmesine, 22.4.2009 tarihinde oybirliği ile karar verildi.

ONİKİNCİ DAİRE KARARLARI

MEMURLAR VE DİĞER KAMU GÖREVLİLERİ

T.C.
DANIŞTAY
Onikinci Daire
Esas No : 2006/5335
Karar No : 2009/290

Özeti : 657 sayılı Yasanın 125/E maddesinde aynı derecede cezayı gerektiren fakat ayrı fiil veya haller nedeniyle verilen disiplin cezalarının üçüncü uygulamasından söz edildiğinden bu tekerrür hükmünün uygulanabilmesi için ilk iki fiilin de kınama cezasını gerektiren fiiller olması gerektiği hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan (Davacı): ...

Karşı Taraf : Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu Genel Müdürlüğü

Vekili : Av. ...

İsteğin Özeti : Ankara 8.İdare Mahkemesince verilen 16.2.2006 günlü, E:2004/2928, K:2006/130 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 : 657 sayılı Yasa'nın 125. maddesindeki disiplin cezalarının tekerrürüne ilişkin düzenlemede öngörülen koşulların dava konusu uyuşmazlıkta gerçekleşmemesi nedeniyle anılan madde uyarınca tesis edilen disiplin cezasının hukuka aykırı olduğu ve Mahkeme kararının 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 davacının 5525 sayılı Af Yasası uyarınca 1..8.2006 günlü davaya devam edilmesi istemini içeren dilekçesi dikkate alınarak işin gereği düşünüldü:

Davacının, davalı idare bünyesinde mimar olarak görev yapmakta iken 1/30 oranında aylıktan kesme cezasıyla cezalandırılmasına ilişkin 17.8.2004 günlü işlemin iptali istemiyle açılmıştır.

Ankara 8.İdare Mahkemesince verilen 16.2.2006 günlü, E:2004/2928, K:2006/130 sayılı kararıyla; SHÇEK Genel Müdürlüğü Yapı İşleri Daire Başkanlığı emrinde mimar olarak görev yapan davacının 5.2.2003 tarihinde İzmir ilinde gerçekleşen fırtına sonucu Kadın

Konukevinin yapılan çatısının uçması ve çatının imalat hatasından veya doğal afet sonucu uçmasının tespit edilmesi amacıyla başka bir teknik eleman görevlendirilmesi gerekirken Emanet Komisyonu Üyesi ve işin kontrolörü olan davacının görevlendirilmesi ve bu işle ilgili teknik raporun üç tarafsız elemanca düzenlenmesi gerekirken işin kontrolü ve emanet komisyonu üyesi davacı tarafından tek başına hazırlanması ve yapılan soruşturma sonucunda savunmasının gerçekçi bulunmaması nedeniyle 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 125.maddesinin (B/a) bendi gereğince kınama cezası ile cezalandırılması uygun görülmüş ise de daha önce iki kınama cezası bulunmasından dolayı, 125.maddenin E bendinin sonraki ikinci paragrafı uyarınca bir derece ağır ceza olan 1/30 oranında aylıktan kesme cezası ile cezalandırılmasına ilişkin işlemin iptali istemiyle görülen davanın açıldığının anlaşıldığı, dava konusu olayda, 5.2.2003 tarihinde İzmir ilinde gerçekleşen fırtına sonucu Kadın Konukevinin yapılan çatısının uçtuğu için hem emanet komisyonu üyesi hem de kontrolörü olan davacının çatının uçması gerekçesini sadece hava şartlarına bağlayıp bununla ilgili tek başına rapor hazırlayarak kusurlu davranma fiilinin, yapılan soruşturma neticesinde subut bulmasından dolayı 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 125.maddesinin (B/a) bendi gereğince kınama cezasıyla cezalandırılmasında ve daha önce iki kınama cezası bulunmasından dolayı 125.maddenin E bendinden sonraki ikinci paragrafı uyarınca bir derece ağır ceza olan 1/30 oranında aylıktan kesme cezası ile cezalandırılmasında hukuka aykırılık bulunmadığı gerekçesiyle dava reddedilmiştir.

Davacı, disiplin cezasının somut tespitlere dayanmadığını, kınama cezalarına karşı dava açtığından cezaların kesinleşmediğini ve tekerrüre dayanak alınamayacağını öne sürmekte ve kararın temyizden incelenerek bozulmasını istemektedir.

657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 125.maddesinin E bendinden sonra gelen fıkrasında," disiplin cezası verilmesine sebep olmuş bir fiil veya halin cezaların sicilden silinmesine ilişkin süre içerisinde tekerrüründe bir derece ağır ceza uygulanır. Aynı derecede cezayı gerektiren fakat ayrı fiil veya haller nedeniyle verilen disiplin cezalarının üçüncü uygulamasında bir derece ağır ceza verilir." hükmü yer almıştır. Madde metninden anlaşılacağı üzere farklı fiil veya haller nedeniyle verilen disiplin cezalarında tekerrür hükmünün uygulanabilmesi için fiilin aynı derecede cezayı gerektirmesi şarttır. Olayda, davacıya 24.6.2004 günlü ve 7194 sayılı işlemle verilen kınama cezasının, eyleminin 657 sayılı Yasanın 125/C-a maddesi uyarınca "1/30 oranında aylıktan kesme cezası"nı gerektirdiği halde geçmiş hizmetlerinin ve sicillerinin olumlu olması nedeniyle bir alt ceza şeklinde uygulandığı daha sonra 24.6.2004 günlü 7195 sayılı işlem ile verilen diğer kınama cezasının da benzer şekilde eyleminin, 657 sayılı Yasa'nın 125/C-a maddesi uyarınca "1/30 oranında aylıktan kesme cezası"nı gerektirdiği halde geçmiş hizmetlerinin ve sicillerinin olumlu olması nedeniyle bir alt ceza şeklinde uygulandığı, son olarak 17.6.2004 günlü soruşturma raporu uyarınca eyleminin 657 sayılı Yasa'nın 125/B-a bendi gereğince kınama cezasını gerektirmesi ancak daha önce yukarıda sözü edilen kınama cezalarıyla cezalandırılmış olması nedeniyle 657 sayılı Yasa'nın "aynı derecede cezayı gerektiren fakat ayrı fiil veya haller nedeniyle verilen disiplin cezalarının üçüncü uygulamasında bir derece ağır ceza verilir." hükmü uyarınca kınama cezasının aylıktan kesme cezası şeklinde uygulandığı ve davacının bu cezanın iptali istemiyle dava açtığı görülmüştür.

Oysa davacının son olarak işlediği öne sürülen fiilinin kınama cezasını gerektirmesi , daha önce verilen ve tekerrüre esas alınan kınama cezalarının ise eylemlerinin aslında aylıktan kesme cezasını gerektirdiği halde bir alt ceza olarak uygulandığı gözönüne alındığında 657 Sayılı Yasa'nın anılan maddesinde öngörülen disipline konu fiil veya hallerin "aynı derecede cezayı gerektirmesi" koşulunun bu uyumsuzlukta gerçekleşmediği açıktır.

Öte yandan, madde hükmünde aynı derecede cezayı gerektiren fakat ayrı fiil veya haller nedeniyle verilen disiplin cezalarının üçüncü uygulamasından söz edilmesine karşın, davacıya 24.6.2004 günlü ve 7194 ve 7195 sayılı işlemler ile verilen ilk iki kınama cezasının

657 sayılı Yasa'nın 125/C-a maddesi kapsamında aynı fiil veya haller nedeniyle verildiği de açıktır.

Bu durumda, 657 sayılı Yasa'nın yukarıda alıntısı yapılan tekerrüre ilişkin hükmünün uygulanabilmesi için aradığı şartlar gerçekleşmediği halde bu hüküm esas alınarak davacıya verilen aylıktan kesme cezasında ve bu husus gözardı edilerek verilen İdare Mahkemesi kararında hukuka uyarlık görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle, davacının temyiz isteminin kabulüyle Ankara 8.İdare Mahkemesince verilen 16.2.2006 günlü, E:2004/2928, K:2006/130 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 30.1.2009 tarihinde oybirliği ile karar verildi.

T.C.

DANIŞTAY

Onikinci Daire

Esas No : 2008/6979

Karar No : 2009/854

Özeti : Soruşturma onayında yer almayan fiillerle ilgili olarak Bakanlığın bilgilendirilmesi, Bakanlık tarafından verilecek soruşturma onayı üzerine soruşturmanın o konular üzerinde de yürütülmesi gerektiği hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan (Davacı): ...

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

Karşı Taraf : Sağlık Bakanlığı

İsteğin Özeti : Ankara 3. İdare Mahkemesince verilen 23.7.2008 günlü, E:2007/1523, K:2008/1383 sayılı kararın dilekçede yazılı nedenlerle 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 49. maddesi uyarınca temyizen incelenerek bozulması istenilmektedir.

Savunmanın Özeti : Temyizi istenen kararın usul ve kanuna uygun olduğu, ileri sürülen nedenlerin 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 49. maddesine uymadığı, bu nedenle istemin reddi gerekeceği savunulmaktadır.

Danıştay Tetkik Hakimi : M.Önder Tekin

Düşüncesi : Dava; ... Eğitim ve Araştırma Hastanesi Kalp ve Damar Cerrahisi Klinik Şefi olan davacının, 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 125/C-a maddesi uyarınca "1/8 oranında aylıktan kesme" cezası ile cezalandırılmasına dair 15.10.2007 günlü ve 19436 sayılı işlemin iptali istemiyle açılmıştır.

Ankara 3. İdare Mahkemesinin 23.7.2008 günlü, E:2007/1523, K:2008/1383 sayılı kararı ile; davacının üzerine atılı fiilin sübuta erdiği anlaşıldığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir.

Disiplin soruşturma onayında bulunmayan ve soruşturulması gereken yeni disipline aykırı fiil ile ilgili olarak Bakanlığın bilgilendirilmesi, Bakanlık tarafından verilecek soruşturma onayı üzerine soruşturmanın yürütülmesi ve hazırlanacak raporda varılan kanaate göre öneride bulunulması gerekirken, ilk soruşturma onayında bulunmayan ve soruşturma sırasında öğrenilen konu hakkında yapılan soruşturmaya dayalı olarak verilen disiplin cezasında hukuka uyarlık bulunmamaktadır.

Öte yandan, 11.1.2007 tarihinde davacı hakkında şikayet dilekçesinin ... Eğitim ve Araştırma Hastanesine verilmiş olması karşısında, Disiplin Kurulları ve Disiplin Amirleri

Hakkında Yönetmelik ile Sağlık Bakanlığı Disiplin Amirleri Yönetmeliği hükümlerine göre, davacının disiplin amiri olan ... Hastanesi Eğitim ve Araştırma Hastanesi Başhekimi tarafından bir ay içerisinde en geç 10.2.2007 tarihine kadar usulüne uygun bir soruşturmacı tayin edilerek soruşturmaya başlanması gerekirken, bu süre geçirildikten sonra şikayet dilekçesinin İl Sağlık Müdürlüğü aracılığı ile iletildiği Sağlık Bakanı tarafından 28.2.2007 tarihinde verilen soruşturma onayı ile yapılan disiplin soruşturmasında disiplin soruşturma zamanasına ilişkin bir aylık sürenin geçirildiği görülmektedir.

Belirtilen nedenlerle, disiplin soruşturma zamanasını geçirildikten sonra soruşturma onayı alınması ve soruşturma onayında yer almayan konu hakkında soruşturma yapılarak düzenlenen raporda yer alan öneri doğrultusunda verilen disiplin cezasının iptaline karar verilmesi gerekirken, davanın reddi yolundaki İdare Mahkemesi kararının bozulmasına karar verilmesi gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı :E.Nur Necef

Düşüncesi : Ankara 3 üncü İdare Mahkemesinin 23.7.2008günlü E:2007/1523, K:2008/1383 sayılı kararın temyizen incelenerek bozulması istenilmektedir.

Dava dosyasındaki bilgi ve belgelerin incelenmesinden; ... Eğitim ve Araştırma Hastanesi Kalp ve Damar Cerrahisi Klinik Şefi olan davacı hakkında aynı klinikteki başasistan tarafından verilen şikayet dilekçesi üzerine soruşturmacı olarak görevlendirilen Sağlık Bakanlığı Müfettişi tarafından ifadesi alınması sırasında şikayetçinin ifadesinde yeni fiillerden bahsetmesi üzerine Sağlık Bakanlığı Teftiş kurulu Yönetmeliğinin 12/c, 14 üncü maddeleri ile, Disiplin Kurulları ve Disiplin Amirleri Hakkında Yönetmeliğin 17 nci madde hükümleri dikkate alınarak öğrenilen yeni fiil ile ilgili olarak Bakanlıktan alınacak onay ile soruşturma yapılması gerekirken yeniden onay alınmadan soruşturma yürütülerek elde edilen bilgi ve belgelere göre ilk soruşturma onayında bulunmayan konu hakkında disiplin cezası önerildiği ve bu rapora dayanılarak disiplin cezası ile cezalandırıldığı anlaşıldığından işlemde hukuka uyarlık bulunmamaktadır.

Öte yandan aynı klinikte görevli başasistan tarafından 11.1.2007 günlü dilekçe ile şikayette bulunulduğu 19.1.2007 tarihli yazı ile dilekçenin İl Sağlık müdürlüğüne bildirildiği İl Sağlık müdürlüğünce de gerekli incelemenin Bakanlık Müfettişlerince yapılması için 12.2.2007 günlü yazı ile Sağlık Bakanlığına bildirildiği, Sağlık Bakanı tarafından 28.2.2007 tarihinde verilen soruşturma onayı ile yapılan soruşturma sonucu davacının disiplin cezası ile cezalandırıldığı anlaşılmaktadır.

Bu durumda, davacı hakkında verilen 11.1.2007 tarihli şikayet dilekçesinin Araştırma Hastanesine verilmiş olması nedeniyle Sağlık Bakanlığı Disiplin Amirleri Yönetmeliğinin eki (1) sayılı cetvelin "Eğitim Hastaneleri" bölümünde "klinik şefleri"nin disiplin amiri "başhekim" Üst disiplin amiri de "Sağlık müdürü" olması nedeniyle davacının disiplin amiri olan ... Eğitim ve Araştırma Hastanesi Başhekimi tarafından bir ay içerisinde en geç 10.2.2007 tarihine kadar usulüne uygun bir soruşturmacı tayin edilerek soruşturmaya başlanması gerekirken, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 127 nci maddesinin (a) fıkrası ile Disiplin Kurulları ve Disiplin Amirleri Hakkında Yönetmeliğinin 19/a maddesinde öngörülen 1 aylık süre geçtikten sonra Sağlık Bakanı tarafından 28.2.2007 tarihinde verilen olur ile yapılan disiplin soruşturmasına dayanılarak düzenlenen disiplin cezasında mevzuat hükümlerine aykırılık açıktır.

Belirtilen nedenlerle temyiz isteminin kabulüyle mahkeme kararının bozulması gerektiği düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Onikinci Dairesince 2577 sayılı Kanununun 17/2. maddesi uyarınca duruşma istemi yerinde görülmeyerek işin gereği düşünüldü:

Dava; ... Eğitim ve Araştırma Hastanesi Kalp ve Damar Cerrahisi Klinik Şefi olan davacının, 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 125/C-a maddesi uyarınca"1/8 oranında

aylıktan kesme" cezası ile cezalandırılmasına dair 15.10.2007 günlü ve 19436 sayılı işlemin iptali istemiyle açılmıştır.

Ankara 3. İdare Mahkemesinin 23.7.2008 günlü, E:2007/1523, K:2008/1383 sayılı kararı ile; davacının ... Eğitim ve Araştırma Hastanesi Kalp Damar Cerrahi Kliniği şefi olarak görev yaptığı 2006 yılında kardiyojoloji-kalp damar cerrahisi kliniğinin şefliğini üstlendiği ... Hastanesine hasta yönlendirmeye çalıştığı, Op. Dr. ...'ın buna alet olmaması nedeniyle şahsına karşı tavır aldığı ve baskı yaptığı yönündeki şikayeti ile ilgili olarak yapılan soruşturma sırasında, davacı tarafından gerçekleştirilen ameliyatlardan, Eğitim ve Araştırma Hastanesinde yatışı ve hasta dosyası olan hastaların bu hastanedeki hasta dosyaları ile İl Sağlık Müdürlüğü'nden alınan verilerle yapılan incelemede bahsi geçen hastalardan ulaşılabilenlerin kendilerinin veya yakınlarının alınan ifadelerinin değerlendirilmesi neticesinde, şefi olduğu hastaneden ... Hastanesine hasta yönlendirmesi yaptığından bahisle 657 sayılı Kanunun 125/C-a maddesi uyarınca "1/8 oranında aylıktan kesme" cezası ile cezalandırıldığı anlaşıldığı, soruşturma raporu ve eki belgelerin değerlendirilmesinden, davacının üzerine atılı bulunan fiili işlediği kanaatine varıldığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir.

Davacı; disiplin cezası verilirken eylem ile cezanın orantılı olması ilkesine riayet edilmediğini, raporda birden fazla cezayı gerektiren eylemlerin işlenmiş gibi gösterildiğini, bir aylık disiplin soruşturma zamanasını süresi geçtikten sonra alınan olura dayanılarak soruşturmanın yapıldığını ve disiplin cezası verildiğini, 1982 yılından itibaren özel muayenehanesinin bulunduğu disiplin cezası verilirken gözlemlendiğini, özel hastaneye yönlendirildiği iddia edilen kırk hastanın sadece beşinin daha önce ... Eğitim ve Araştırma Hastanesinde yattığını ileri sürmekte ve İdare Mahkemesi kararının temyizen incelenerek bozulmasını istemektedir.

Disiplin cezaları, kamu hizmetinin gereği gibi yürütülebilmesi bakımından kamu görevlilerinin mevzuat uyarınca yerine getirmek zorunda oldukları ödev ve sorumlulukları ifa etmemeleri veya mevzuatta yasaklanan fiillerde bulunmaları durumunda uygulanan yaptırımlar olup, memurların özlük hakları üzerinde doğrudan ve önemli sonuçlar doğurmaları sebebiyle subjektif ve bireysel etkileri bulunduğu gibi kamu görevinin gereği gibi sürdürülmesi ve kamu düzeninin sağlanması bakımından objektif ve kamusal öneme sahiptirler.

Bu bakımdan disiplin soruşturmalarının yapılmasında izlenecek yöntem, ceza verilecek fiiller ve ceza vermeye yetkili makam ve kurullar pozitif olarak mevzuatla belirlenmekte, doktrin ve yargısal içtihatlarla da konu ile ilgili disiplin hukuku ilkeleri oluşturulmaktadır.

657 sayılı Devlet Memurları Kanununun "güvenlik" başlıklı 18. maddesinde; kanunlarda yazılı haller dışında Devlet memurunun memurluğuna son verilemeyeceği, aylık ve başka haklarının elinden alınamayacağı, 24. maddesinde de; Devlet memurlarının görevleri ile ilgili veya görevleri sırasında işledikleri suçlardan dolayı soruşturma ve kovuşturma yapılması ve haklarında dava açılmasının özel hükümlere tabi olduğu, 25. maddesinde ise; Devlet memurları hakkındaki ihbar ve şikayetler, gazez veya mücerret hakaret için, uydurma bir suç isnadı suretiyle yapıldığı ve soruşturma veya yargılamanın tabi olduğu kanuni işlem sonucunda bu isnat sabit olmadığı takdirde, merkezde en büyük amiri, illerde valiler, isnatta bulunanlar hakkında kamu davası açılmasını Cumhuriyet Savcılığından isteyecekleri hükmüne yer verilmiştir.

Sağlık Bakanlığı Teftiş Kurulu Yönetmeliği'nin 12/c maddesinde; müfettişlerin, görevlerini yaparken bizzat ya da ihbar yoluyla öğrenmiş oldukları ve görev emrinin dışında kalan yolsuzluk ve usulsüzlükler için, gecikmeden hadiseye el koyabilmek üzere, durumu hemen Bakanlığa bildirmeleri, ...Bakanlıkça isteğin yerinde görülmesiyle alınacak onaya istinaden doğrudan savcılığa duyuruda bulunup raporun bir örneğini Bakanlığa göndermeleri, 14. maddesinde de; müfettişlerin, Bakandan veya Bakanın emri ve onayı üzerine Başkandan

aldıkları emirle görev yapacakları, aldıkları görevlerin sonuçlarını Başkanlığa bildirecekleri belirtilmiştir.

Disiplin Kurulları ve Disiplin Amirleri Hakkında Yönetmeliğin 17. maddesinde de; disiplin amirlerinin, başvurular hakkında gerekli soruşturmayı yaptırıp sonucuna göre hareket edecekleri kurala bağlanmıştır.

Dosyanın incelenmesinden; ... Eğitim ve Araştırma Hastanesi Kalp ve Damar Cerrahisi Klinik Şefi olan davacı hakkında aynı klinikte başasistan olan Op.Dr. ... tarafından verilen şikayet dilekçesinin; davacının ameliyat listelerini geç hazırladığı, ameliyatı yapacak doktorların belirlenmesinde haksızlık yaptığı, ameliyathanede 2006 yılı Şubat ayından Eylül ayına kadar açık kalp ameliyatını engellediği, klinikte bulunan eşyaları istek dışında zimmetlediği, nöbet listelerinde haksızlıklar yaptığı, klinik başasistanının daha kıdemsiz uzman doktorların görev yapması gereken acil serviste görevlendirilmesi konularını içermesine rağmen; soruşturmacı olarak görevlendirilen Sağlık Bakanlığı Müfettişi tarafından ifadesi alınan Op.Dr. ...'ın 8.3.2007 günlü ifadesinde, davacı tarafından kendisine yönelik olarak uygulanan baskının nedeninin davacının 2006 yılında ... Hastanesinin kardiyoloji-kalp damar cerrahisi servisinin işletmesini üstlenmesi ve bu dönemde ... Eğitim ve Araştırma Hastanesinden ... Hastanesine hasta yönlendirmeye çalışması ve kendisinin de bu çabasına alet olmaması nedeniyle tavır almasından kaynaklandığını ifade etmesi üzerine yukarıda belirtilen hükümler dikkate alınarak öğrenilen yeni fiil ile ilgili olarak Bakanlıktan alınacak onay ile soruşturma yapılması gerekirken, yeni onay alınmadan soruşturmanın yürütüldüğü, elde edilen bilgi ve belgelere göre davacının ... Hastanesine hasta yönlendirdiğine dair varılan kanaate göre ceza önerisinde bulunulduğu ve öneri doğrultusunda davacının cezalandırıldığı görülmektedir.

Buna göre, soruşturma onayında bulunmayan ve soruşturulması gereken yeni disipline aykırı fiil ile ilgili olarak Bakanlığın bilgilendirilmesi, Bakanlık tarafından verilecek soruşturma onayı üzerine soruşturmanın yürütülmesi ve hazırlanacak raporda varılan kanaate göre öneride bulunulması gerekirken, ilk soruşturma onayında bulunmayan konu hakkında yapılan soruşturmaya dayalı olarak verilen disiplin cezasında hukuka uyarlık bulunmamaktadır.

Öte yandan; 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun "Zamanaşımı" başlıklı 127. maddesinin (a) fıkrasında; bu Kanunun 125. maddesinde sayılan fiil ve halleri işleyenler hakkında, bu fiil ve hallerin işlendiğinin öğrenildiği tarihten itibaren, uyarma, kınama, aylıktan kesme ve kademe ilerlemesinin durdurulması cezalarında bir ay içinde disiplin soruşturmasına başlanılmadığı takdirde disiplin cezası verme yetkisinin zamanaşımına uğrayacağı, 124. maddesinde de; disiplin amirlerinin, kurumların kuruluş ve görev özellikleri dikkate alınarak Devlet Personel Başkanlığı'nın görüşüne dayanılarak özel yönetmeliklerinde tayin ve tespit edilecek amirler oldukları hükmüne yer verilmiştir.

Disiplin Kurulları ve Disiplin Amirleri Hakkında Yönetmeliğinin 19/a maddesinde; disiplin amirlerinin memurların uyarma, kınama, aylıktan kesme, kademe ilerlemesinin durdurulması ve memurluktan çıkarma cezalarından biriyle cezalandırılması gereken disipline aykırı davranışlarını öğrendikleri tarihten itibaren kanunen belli süreler içinde disiplin soruşturmasını başlatarak; gerekli cezayı uygulayarak, disiplin cezası verme yetkisinin zamanaşımına uğramasını önlemek zorunda oldukları belirtilmiştir.

Sağlık Bakanlığı Disiplin Amirleri Yönetmeliği eki (II) sayılı Cetvelin "Eğitim Hastaneleri" bölümünde "klinik şef"lerinin disiplin amiri "başhekim", üst disiplin amiri de, "sağlık müdürü" olarak gösterilmiştir.

Davacı hakkında aynı klinikte görevli Op.Dr. ... tarafından 11.1.2007 günlü dilekçe ile şikayette bulunulduğu, 19.1.2007 tarihli yazı ile dilekçenin Ankara İl Sağlık Müdürlüğü'ne gönderildiği, İl Sağlık Müdürlüğü'nce gerekli incelemenin Bakanlık Müfettişlerince yapılması için konunun 12.2.2007 günlü yazı ile Sağlık Bakanlığı'na bildirildiği, Sağlık Bakanı tarafından 28.2.2007 tarihinde verilen soruşturma onayı ile yapılan soruşturma sonucu davacının 657

sayılı Devlet Memurları Kanununun 125/C-a maddesi uyarınca "1/8 oranında aylıktan kesme" cezası ile cezalandırıldığı anlaşılmaktadır.

Olayda, 11.1.2007 tarihinde davacı hakkında şikayet dilekçesinin ... Eğitim ve Araştırma Hastanesine verilmiş olması karşısında, yukarıda aktarılan Yönetmelik hükümlerine göre, davacının disiplin amiri olan ... Hastanesi Eğitim ve Araştırma Hastanesi başhekimisi tarafından bir ay içerisinde en geç 10.2.2007 tarihine kadar usulüne uygun bir soruşturmacı tayin edilerek soruşturmaya başlanması gerekirken, bu süre geçirildikten sonra Sağlık Bakanı tarafından 28.2.2007 tarihinde verilen soruşturma onayı ile yapılan disiplin soruşturmasında disiplin soruşturma zamanaşımına ilişkin bir aylık sürenin geçirildiği görülmektedir.

Bu durumda, disiplin soruşturma zamanaşımı geçirildikten sonra alınan olura dayanarak soruşturma yapılmış olması ve soruşturma onayında bulunmayan konu hakkında da soruşturma yapılarak düzenlenen raporda yer alan öneri doğrultusunda verilen disiplin cezasında hukuka uyarlık, davanın reddi yolundaki İdare Mahkemesi kararında da isabet görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle, davacının temyiz isteminin kabulüyle Ankara 3. İdare Mahkemesince verilen 23.7.2008 günlü, E:2007/1523, K:2008/1383 sayılı kararın 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 49. maddesinin 1/c fıkrası uyarınca bozulmasına, aynı maddenin 3622 sayılı Yasa ile değişik 3. fıkrası gereğince ve yukarıda belirtilen nedenler gözetilmek suretiyle yeniden bir karar verilmek üzere dosyanın adı geçen Mahkemeye gönderilmesine, kullanılmayan 22,90.- TL yürütmenin durdurulması harcı ile 21,00.- TL posta ücreti avansının istemi halinde davacıya iadesine, 18.2.2009 tarihinde oybirliği ile karar verildi.

T.C.
DANIŞTAY
Onikinci Daire

Esas No : 2008/5566
Karar No : 2009/5026

Özeti : Atama ile ilgili ilan kitapçığında bayan adayların koruma güvenlik görevliliğine atanmasını engelleyen bir hüküm bulunmadığından davacının bayan olduğundan bahisle görevine başlatılmamasına ilişkin işlemde hukuka uyarlık bulunmadığı hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan (Davalı) : T.Halk Bankası A.Ş Genel Müdürlüğü

Vekili : Av. ...

Diğer Davalı : Devlet Personel Başkanlığı

Karşı Taraf : ...

İsteğin Özeti : 17.10.1999 tarihinde yapılan Devlet memurluğu

sınavını kazanan ve T.Halk Bankası A.Ş. Genel Müdürlüğü Ankara İline koruma ve güvenlik görevlisi olarak yerleştirilen davacının, görevine başlatılmamasına ilişkin işlemin iptali istemiyle açılan davada; davacının, Devlet memurluğu sınavında başarılı olması üzerine Devlet Personel Başkanlığınca T.Halk Bankası A.Ş. Genel Müdürlüğü Ankara teşkilatına koruma ve güvenlik görevlisi olarak yerleştirildiği ancak, davalı idarece, Devlet Personel Başkanlığına gönderilen 26.1.2000 günlü yazı ile koruma ve güvenlik görevlisi olarak ataması yapılacak personelde "erkek olmak" ve "askerliğini komando olarak tam yapmış olmak" şartının bildirildiği, bayan olan davacının da bu şartları taşımadığından bahisle göreve

başlatılmadığı anlaşılmış ise de; Devlet Personel Başkanlığınca duyurulan Devlet Memurluğu Sınavında Başarılı Olanların Kamu Kurum ve Kuruluşlarında Atanabilecekleri Kadro ve Pozisyonlar ile Aranacak Nitelikler Klavuzunda, T.Halk Bankası A.Ş. Genel Müdürlüğünün Ankara iline koruma ve güvenlik görevlisi olarak atanacaklar için, "Erkek adayların askerliğini yapmış olmak" şartının yer aldığı, bu ilan kitapçığına göre tercihte bulunan bayan adaylar için ise herhangi bir kısıtlama getirilmediği anlaşıldığından, bayan olan davacının, "Erkek olmak" ve "Askerliğini komando olarak tam yapmış olmak" şartını taşımadığından bahisle göreve başlatılmamasına ilişkin dava konusu işlemde hukuka uyarlık bulunmadığı gerekçesiyle, Danıştay Onikinci Dairesinin 12.4.2005 günlü E:2002/2299, K:2005/1263 sayılı bozma kararına uyularak dava konusu işlemin iptali yolunda Ankara 8. İdare Mahkemesince verilen 28.3.2008 günlü E:2008/384, K:2008/467 sayılı kararın dilekçede yazılı nedenlerle 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 49. maddesi uyarınca temyizden incelenerek bozulması isteminden ibarettir.

Savunmanın Özeti : Savunma verilmemiştir.

Danıştay Tetkik Hakimi : Harun Samsa

Düşüncesi : İdare Mahkemesince verilen kararın onanması gerektiği düşünülmüştür.

Danıştay Savcısı : Gül Filiz Aslantaş

Düşüncesi :İdare ve vergi mahkemelerince verilen kararların temyizden incelenerek bozulabilmesi için, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 49 uncu maddesinin birinci fıkrasında belirtilen nedenlerin bulunması gerekmektedir.

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

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Onikinci Dairesince işin gereği düşünüldü:

İdare ve Vergi Mahkemeleri tarafından verilen kararların temyiz yolu ile incelenerek bozulabilmeleri 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 49. maddesinde belirtilen nedenlerden birinin bulunması halinde mümkündür. Ankara 8. İdare Mahkemesince verilen 28.3.2008 günlü E:2008/384, K:2008/467 sayılı karar ve dayandığı gerekçe hukuk ve usule uygun olup bozulmasını gerektirecek bir sebep de bulunmadığından temyiz isteminin reddi ile anılan kararın onanmasına, temyiz giderlerinin istemde bulunan davalı T.Halk Bankası A.Ş Genel Müdürlüğü üzerinde bırakılmasına, 30.9.2009 tarihinde oybirliği ile karar verildi.

T.C.

DANIŞTAY

Onikinci Daire

Esas No : 2009/2745

Karar No : 2009/5291

Özeti : Geçici işçi statüsünde çalışan davacının 2006 yılında altı ay veya daha fazla süreyle çalışmış olma koşulunu taşınamaması nedeniyle daimi işçi kadrosuna geçirilmemesi işleminde hukuka aykırılık bulunmadığı hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan (Davacı) : ...

Vekili :Av. ...

Karşı Taraf : Banaz Belediye Başkanlığı

İsteğin Özeti : Davalı idare emrinde geçici statüde işçi olarak görev yapan davacının, 5620 sayılı Kanun hükümleri uyarınca sürekli işçi kadrosuna alınmak istemiyle yaptığı başvurusunun; 2006 yılında altı ay ve daha fazla süreyle çalışma koşulunu taşımadığından bahisle reddine ilişkin 6.2.2008 günlü, 207/61 sayılı işlemin iptali istemiyle açılan davada; 2006 yılında prime esas çalıştığı gün sayısını gösteren aylık prim ve hizmet cetvelinin incelenmesi sonucu 120 gün çalışması olduğu anlaşılan davacının anılan Kanunda aranılan koşulu taşıması nedeniyle sürekli işçi kadrosuna atanma başvurusunun reddine ilişkin işlemde hukuka aykırılık bulunmadığı gerekçesiyle reddi yolunda Manisa İdare Mahkemesince verilen 2.12.2008 günlü, E:2008/392, K:2008/2169 sayılı kararın, dilekçede yazılı nedenlere göre davacı tarafından temyizen incelenerek bozulması istenilmektedir.

Savunmanın Özeti : Savunma verilmemiştir.

Danıştay Tetkik Hakimi : Metin Çağlar

Düşüncesi : İdare Mahkemesince verilen karar ve dayandığı gerekçe hukuk ve usule uygun olup, bozulmasını gerektirecek bir neden de bulunmadığından anılan kararın onanması gerektiği düşünülmüştür.

Danıştay Savcısı : Gül Filiz Aslantaş

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

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

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Onikinci Dairesince, dosyanın tekemmül ettiği görüldüğünden yürütmenin durdurulması istemi hakkında karar verilmeyerek işin gereği düşünüldü:

İdare ve Vergi Mahkemeleri tarafından verilen kararların temyiz yolu ile incelenerek bozulabilmeleri 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 49. maddesinde belirtilen nedenlerden birinin bulunması halinde mümkündür. Manisa İdare Mahkemesince verilen 2.12.2008 günlü, E:2008/392, K:2008/2169 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, 13.10.2009 tarihinde oybirliği ile karar verildi.

T.C.

DANIŞTAY

Onikinci Daire

Esas No : 2007/2766

Karar No : 2009/5295

Özeti : Aylıktan kesme cezası ile cezalandırılan davacının bu fiili nedeniyle ayrıca ek ödemedan yararlandırılmamasına ilişkin işlemde hukuka aykırılık görülmediği hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan (Davacı) : ...

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

Karşı Taraf : Yüksek Öğrenim Kredi ve Yurtlar Kurumu Genel Müdürlüğü

Vekili : Av. ...

İsteğin Özeti : Denizli İdare Mahkemesince verilen 2.2.2007 günlü, E:2006/137, K:2007/64 sayılı kararın dilekçede yazılı nedenlerle temyizen incelenerek bozulması isteminden ibarettir.

Savunmanın Özeti : Temyizi istenen kararın usul ve kanuna uygun olduğu, ileri sürülen nedenlerin 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 49. maddesine uymadığı, bu nedenle istemin reddi gerekeceği yolundadır.

Danıştay Tetkik Hakimi : Metin Çağlar

Düşüncesi : İdare Mahkemesince verilen karar ve dayandığı gerekçe hukuk ve usule uygun olup, bozulmasını gerektirecek bir neden de bulunmadığından anılan kararın onanması gerektiği düşünülmüştür.

Danıştay Savcısı : Gül Filiz Aslantaş

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

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

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Onikinci Dairesince işin gereği düşünüldü:

Dava; davalı idareye bağlı ... Yurt Müdürlüğünde, Yurt Müdürü olarak görev yapan davacının, 657 sayılı Kanunun 125/C-a maddesi uyarınca 1/30 oranında aylıktan kesme cezası ile cezalandırılmasına ilişkin işlemin iptali, işlem nedeniyle yoksun kaldığı özlük ve mali haklarının yasal faizi ile birlikte tazmini istemiyle açılmıştır.

Denizli İdare Mahkemesinin 2.2.2007 günlü, E:2006/137, K:2007/64 sayılı kararıyla; dosyada mevcut tutanak ile konu ile ilgili kişilere ait ifadelerden; davacının, 11.11.2005 tarihinde Bölge Müdürlüğünden alınmayan evrakın biran önce alınması konusunda çaba sarf etmediği, şoföre evrakları almaması konusunda talimat verdiği hususlarının sabit olması nedeniyle tesis edilen işlemde hukuka aykırılık bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir.

Davacı; Mahkeme kararının hukuk ve usule uygun olmadığını öne sürmekte ve temyizen incelenerek bozulmasını istemektedir.

Disiplin Kurulları ve Disiplin Amirleri Hakkında Yönetmeliğin 19. maddesinin 1. fıkrasında, disiplin amirlerinin yükümlülükleri belirtildikten sonra, 2. fıkrasında; memurların uyarma, kınama, aylıktan kesme, kademe ilerlemesinin durdurulması ve memurluktan çıkarma cezalarından biriyle cezalandırılması gereken disipline aykırı davranışlarını öğrendikleri tarihten itibaren kanunen belli süreler içinde disiplin soruşturmasını başlatarak; gerekli cezayı uygulayarak disiplin cezası verme yetkisinin zamanaşımına uğramasını önlemek, uyarma ve kınama cezalarına karşı yapılan itirazı; cezalara ilişkin karar ve eklerinin kendilerine intikalinden itibaren 30 gün içinde inceleyerek sonuçlandırmak zorunda oldukları vurgulanmıştır.

Bununla birlikte, disiplin cezası vermeye yetkili mercilerce disiplin suçu sayılacak eylemlerin işlendiğinin öğrenilmesi halinde, bu kişiler hakkında soruşturma emri verilerek, soruşturmacı görevlendirilmesiyle başlatılacak soruşturmada; varsa iddia sahipleri ile olayın açıklığa kavuşması için gerekli tanık ve davacının ifadeleri alınarak yapılacak araştırma ve inceleme ile soruşturma sonucunda olayın değerlendirilmesi; adli, idari ve disiplin yönünden soruşturulan hakkında soruşturmacı kanaat teklifinin de yer aldığı soruşturma raporunun hazırlanması, olayın şüpheye yer vermeyecek şekilde somut delillerle ortaya konulması, isnat

edilen suç konusu eylem, işlem, tutum ve davranışların tek tek bildirilerek savunmasının alınması ve bunlardan sonra yetkili amir ve kurullarca yukarıda sıralanan bilgi ve belgelerin bulunduğu soruşturma dosyasının incelenerek karar verilmesi gerekmektedir.

Olayda; davacının; ... Yurt Müdürü olarak görev yaptığı, Bölge Müdürlüğünde çalışan memurlar tarafından düzenlenen tutanakta; 11.11.2005 tarihinde ... Yurt Müdürlüğü şoförünün gönderilen evrakları Bölge Müdürlüğüne getirdiği, Yurt Müdürlüğüne gönderilmesi gereken evrakları ise kabul etmediği, bunun nedeni olarak ise davacının talimatının gösterildiği, söz konusu evrakların 15.11.2005 tarihinde gönderildiğinin ifade edilmesi üzerine, konu ile ilgili kişilerin ifadelerine başvurulduğu ve davacının savunması da alınarak 657 sayılı Kanunun 125/C- a maddesi uyarınca 1/30 oranında aylıktan kesme cezası ile cezalandırılmasına karar verildiği, disiplin cezası alması nedeniyle 5102 sayılı Kanunun 5. maddesi uyarınca ödenen ek ücretin altı ay süre ile kesildiği, aylıktan kesme cezası ile cezalandırılmasına ilişkin işlemin iptali ile bu işlem nedeniyle yoksun kaldığı parasal ve özlük haklarının tazmini istemiyle bakılmakta olan davanın açıldığı anlaşılmıştır.

Davacı hakkında düzenlenen tutanaktan sonra disiplin amirince, olayla ilgisi bulunan kişilerin ifadesine başvurulmuş ve davacının savunması da alınmak suretiyle dava konusu işlem tesis edilmiş ise de; yukarıda yer verilen kurallara göre, disiplin cezası verilebilmesi için kusurlu halin tesbitinden sonra kanunla belirlenen süreler içerisinde ilgili memur hakkında soruşturma açılması, bu soruşturma sonucunda oluşturulan soruşturma raporunun değerlendirilerek yetkili disiplin amiri veya kurul tarafından bir disiplin cezası verilmesi gerekirken, dava konusu olayda davacı hakkında soruşturma açılmadan tesis edilen dava konusu işlemde hukuka uyarlık görülmemiştir.

Öte yandan; 5102 sayılı Kanunun verdiği yetkiye istinaden, Yüksek Öğrenim Kredi ve Yurtlar Kurumu Yönetim Kurulunca 1.1.2004 tarihinden geçerli olarak yürürlüğe konulan, Yüksek Öğrenim Kredi ve Yurtlar Kurumunun 657 sayılı Devlet Memurları Kanuna Tabi Personeline 5102 sayılı Kanuna Göre Yapılacak Ek Ödemeye İlişkin Usul ve Esasların 5. maddesinde, görev unvanı, çalışma verimi ve hizmetlerin rasyonelliğini sağlayacak ilkeler gözönünde bulundurularak, kapsama dahil Kurum personeline Yönetim Kurulunca uygun görülen oran ve miktarda ek ödeme verileceği belirtilmiş, aynı Usul ve Esasların 12/c maddesinde de, aylıktan kesme cezası alan personele altı ay süreyle ek ödeme verilmeyeceği kuralına yer verilmiştir.

Bu düzenlemeyle bir disiplin cezası alana ayrıca bir de aylıktan kesme cezası niteliği taşıyacak şekilde belli bir süre ek ödmeden yararlandırmama yoluna gidilmesinde hukuka uygunluk bulunmamaktadır. Zira disiplin cezasına konu eylemler için uygulanacak yaptırım mevzuatta belirlenmiş olup, idari düzenlemeyle disiplin cezasının yanında aynı eylemden dolayı bir de gelir mahrumiyetine yol açacak biçimde düzenleme getirilmesine olanak tanıyan bir yetki davalı idareye tanınmamıştır.

Bu durumda, Yüksek Öğrenim Kredi ve Yurtlar Kurumunun 657 sayılı Devlet Memurları Kanuna Tabi Personeline 5102 sayılı Kanuna Göre Yapılacak Ek Ödemeye İlişkin Usul ve Esasların 12/c maddesi hükmüne dayalı olarak davacının ek ödemesinin kesilmesinde de hukuka uyarlık bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle, davacının temyiz talebinin kabulü ile Denizli İdare Mahkemesi'nce verilen 2.2.2007 günlü, E:2006/137, K:2007/64 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, 13.10.2009 tarihinde oybirliği ile karar verildi.

T.C.
DANIŞTAY
Onikinci Daire
Esas No : 2009/2292
Karar No : 2009/5299

Özeti : Emniyet Hizmetleri Sınıfı Personeli Rütbe Terfileri ve Değerlendirme Kurullarının Çalışmalarına İlişkin Yönetmeliğin 25/a ve 25/b maddelerinde 3201 sayılı Yasaya aykırılık bulunmadığı hakkında.

Davacı : ...
Davalı : İçişleri Bakanlığı

Davanın Özeti : Dava; 4.sınıf Emniyet Müdürlüğü rütbesinde bulunan davacının, 3.sınıf Emniyet Müdürlüğü rütbesine terfi ettirilmemesine ilişkin işlemin ve bu işlemin dayanağı Emniyet Hizmetleri Sınıfı Personeli Rütbe Terfileri ve Değerlendirme Kurullarının Çalışmalarına İlişkin Yönetmeliğin 25. maddesinin (a) ve (b) fıkralarının iptali, işlem nedeniyle yoksun kaldığı parasal haklarının yasal faizi ile birlikte ödenmesi ve özlük haklarının tanınması istemiyle açılmıştır.

Savunmanın Özeti : Emniyet teşkilatında rütbe terfilerinin, 21.4.2001 tarihli Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren 3201 sayılı Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kamu Hükmünden Kararnamenin Değiştirilerek Kabulü Hakkındaki 4638 sayılı Kanun ve bu Kanuna bağlı olarak çıkarılan yönetmelik hükümleri doğrultusunda kıdem ve liyakat hususları birlikte değerlendirilerek, kamu yararı ve hizmet gereklerine göre, boş kadro ve ihtiyaç durumu göz önüne alınarak yapıldığı, davacının terfi durumunun 14-16.5.2002 tarihleri arasında toplanan 2002 yılı Yüksek Değerlendirme Kurulunda görüşüldüğü, geçmiş hizmetlerinde ve bulunduğu rütbede hakkında açılan soruşturmalar ve almış olduğu ceza ile kurul toplantı tarihinde devam eden soruşturması liyakat hususunda göz önünde bulundurularak terfi ettirilmemesine karar verildiği, davanın süresinde açılmadığı öne sürülerek reddi gerektiği savunulmaktadır.

Danıştay Tetkik Hakimi : Metin Çağlar

Düşüncesi : Geçmiş rütbelerde aldığı disiplin cezaları affa uğrayan, bulunduğu rütbede herhangi bir disiplin cezası almayan, sicil durumu ve kıdem sırası itibarıyla de terfi etmesine engel bir hali bulunmayan davacının, 3. sınıf Emniyet Müdürlüğü rütbesine terfi ettirilmemesinde hukuka uyarlık bulunmadığından dava konusu işlemin iptali ile işlem nedeniyle yoksun kaldığı parasal ve özlük haklarının tazmininin gerekeceği, Yönetmeliğin 25. maddesinin (a) ve (b) fıkralarının iptali isteminin ise reddi gerekeceği düşünülmüştür.

Danıştay Savcısı : Nazmiye Kılıç

Düşüncesi : 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 49/6.maddesi hükmü uyarınca Danıştay'ın ilk derece Mahkemesi olarak davaların temyizen incelenmesinde, Danıştay İdari ve Vergi Dava Daireleri Genel Kurulunca verilen kararlara ilgili dava daireleri tarafından uyulması zorunlu olduğundan, İdari Dava Daireleri Kurulunun 25.12.2008 gün ve E:2005/323 K:2008/2341 sayılı bozma kararına uyularak davacının 2002 yılı terfi döneminde 4.sınıf Emniyet Müdürlüğü rütbesinden bir üst rütbeye terfi ettirilmemesine ilişkin işlemin ve işlemin dayanağı olan Emniyet Hizmetleri Sınıfı Personeli Rütbe Terfileri ve Değerlendirme Kurullarının Çalışmalarına İlişkin Yönetmeliğin 25.maddesinin (a) ve (b) bentlerinin iptali istemi ile dava konusu işlem nedeniyle yoksun kaldığı maaş ve özlük haklarının yasal faiziyle birlikte ödenmesi istemi hakkında açılan davanın, yukarıda sözü edilen Kurul kararında yazılı gerekçe doğrultusunda reddinin gerekeceği düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Onikinci Dairesince işin gereği düşünüldü;

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 49. maddesinin 4. fıkrasıyla Danıştay'ın bozma kararlarına karşı mahkemelere "bozmaya uymayarak eski kararında ısrar edebilme" yetkisi tanındığı halde, anılan madenin 6. fıkrasında yer verilen, Danıştayın ilk derece mahkemesi olarak baktığı davaların temyizen incelenmesinde de bu maddenin 4. fıkrası hariç diğer fıkraları kıyasen uygulanır yolundaki hükümle, Danıştay Dava Dairelerine ilk derecede bakılan davalarla ilgili bozma kararlarına karşı eski kararlarında ısrar edebilme yetkisi tanınmamış bulunduğundan Dairemizce verilen, davacının 3. sınıf Emniyet Müdürlüğü rütbesine terfi ettirilmemesine ilişkin işlemin iptali, işlem nedeniyle yoksun kaldığı parasal ve özlük haklarının dava tarihinden itibaren işletilecek yasal faizi ile birlikte tazmini, Emniyet Hizmetleri Sınıfı Personeli Rütbe Terfileri ve Değerlendirme Kurullarının Çalışmalarına İlişkin Yönetmeliğin 25. maddesinin (a) ve (b) fıkralarının iptali istemi hakkında karar verilmesine yer olmadığına karar verilmesi yolundaki kararının bozulmasına dair Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu'nun 25.12.2008 günlü, E:2005/323, K:2008/2341 sayılı kararına uyularak gereği düşünüldü:

Dava; 4. sınıf Emniyet Müdürlüğü rütbesinde bulunan davacının, 3. sınıf Emniyet Müdürlüğü rütbesine terfi ettirilmemesine ilişkin işlemin ve bu işlemin dayanağı Emniyet Hizmetleri Sınıfı Personeli Rütbe Terfileri ve Değerlendirme Kurullarının Çalışmalarına İlişkin Yönetmeliğin 25. maddesinin (a) ve (b) fıkralarının iptali, işlem nedeniyle yoksun kaldığı parasal haklarının yasal faiziyle birlikte ödenmesi, özlük haklarının tanınmasına karar verilmesi istemiyle açılmıştır.

3201 sayılı Emniyet Teşkilatı Kanununun 4638 sayılı Kanunla değişik 55. maddesinde, polis amirlerinin rütbe sırası ile Komiser Yardımcısı, Komiser, Başkomiser, Emniyet Amiri, 4. Sınıf Emniyet Müdürü, 3. Sınıf Emniyet Müdürü, 2. Sınıf Emniyet Müdürü, 1. Sınıf Emniyet Müdürü ve Sınıf Üstü Emniyet Müdürü olarak belirlenmiş, bu rütbelere terfilerin bu maddede öngörülen sınav ve eğitim şartı saklı kalmak üzere "Kıdem ve liyakata" göre yapılacağı, üst rütbeye yükselmek için kıdem şartlarını yerine getirmiş Emniyet Amirleri ile 4., 3., ve 2. Sınıf Emniyet Müdürlerinin "Liyakat" koşullarını belirlemek, üst rütbedeki boş kadro miktarına göre sıralayarak terfilerini değerlendirmek ve öneride bulunmak üzere Genel Müdürlük Yüksek Değerlendirme Kurulunun oluşturulacağı hüküm altına alınmış olup, üst rütbeye yükselmede "kıdem ve liyakat" koşullarının belirleyici rol oynadığı konusunda duraksama olmadığı kuşkusuzdur.

10.8.2001 günlü, 24489 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren Emniyet Hizmetleri Sınıfı Personeli Rütbe Terfileri ve Değerlendirme Kurullarının Çalışmalarına İlişkin Yönetmeliğin 4. maddesinde Liyakat; "Personelin aldığı sicil, ödül ve takdirnamesi, eğitim ve öğrenimle kazanılan bilgi, beceri ve davranışları ile geçmiş hizmetlerinde almış olduğu cezalar, geçirdiği ve devam eden soruşturmalarının niteliğine göre belirlenecek terfi yeterliliği" olarak, kıdem ise; "bir rütbede geçen fiili çalışma süresi" olarak tanımlanmıştır. Yönetmeliğin 22. maddesinde Yüksek Değerlendirme Kurulunun görevleri belirtildikten sonra 25. maddesinde; "Yüksek Değerlendirme Kurulu üyeleri; 22 nci maddede belirtilen terfi edecek personel hakkında;

a) Bulunduğu rütbede, affa uğramış olsa bile, adli mercilerce verilen karar ve bu kararlara dayanak olan fiillerini,

b) Bulunduğu rütbede, affa uğramış olsa bile, disiplin kurullarınca verilen disiplin cezalarına veya soruşturma bilgilerini ve soruşturmalara dayanak olan fiil ve hareketlerini,

c) Sicil, ödül ve takdirname bilgilerini,

d) Meslek içerisindeki bilgi, beceri ve davranışlarını değerlendirerek edinecekleri kanaate göre oyçokluğu ile karar verirler." hükmü yer almıştır.

Dava konusu 25. madde, 3201 sayılı Kanunun rütbe terfilerinde dikkate alınacak "Liyakat" şartının aynı yönetmeliğin 4. maddesinde belirlenmiş olan tüm unsurlarını kapsayan

bir düzenleme getirmiş olup, bu düzenleme anılan yasada idareye tanınan yetkinin ne şekilde kullanılacağını da açıklar mahiyettedir.

Madde metninde, Yüksek Değerlendirme Kurulu tarafından, personelin bulunduğu rütbede affa uğramış olsa bile adli yargı yerlerince ve disiplin kurullarınca verilen cezalar ve bu cezalara dayanak alınan fiilleri, sicil, ödül ve takdirname belgeleri ile meslek içerisindeki bilgi beceri ve davranışlarının değerlendirileceği belirlenmekte olup, af kapsamına girse dahi terfiye engel teşkil eden disiplin cezası almış olanların terfi ettirilmeyeceği yolunda bir düzenleme getirilmemiştir. Bu itibarla maddenin (a) ve (b) fıkralarında yer alan hükümler 3817 ve 4455 sayılı Yasalarla getirilen affın kapsamını daralttığından bahsetmeye olanak bulunmamaktadır.

Emniyet hizmetinin özelliği ve gereklerine uygun olarak bir üst rütbeye terfi edecek personelin "Liyakat" durumu incelenirken personelin disiplin cezası ya da adli mercilerce verilmiş kararlara dayanak olan tüm eylemleri, sicil, ödül, takdirname, meslek içerisindeki bilgi, beceri ve davranışlarının değerlendirilmesinin 3201 sayılı Yasanın 55. maddesine aykırılık teşkil etmeyeceği açıktır.

Bu durumda, Emniyet Hizmetleri Sınıfı Personeli Rütbe Terfileri ve Değerlendirme Kurullarının Çalışmalarına İlişkin Yönetmeliğin 25. maddesinin (a) ve (b) fıkralarında da 3201 sayılı Emniyet Teşkilat Kanununun değişik 55. maddesine aykırılık görülmemiştir.

Davanın; davacının 3. sınıf Emniyet Müdürlüğü rütbesine yükseltilmemesine ilişkin işlemin iptali ile bu işlem nedeniyle yoksun kaldığı parasal ve özlük haklarının tazmini istemine ilişkin kısmına gelince;

Dava dosyasının incelenmesinden; davacının, 2002 yılında bir üst rütbeye terfi durumu değerlendirmeye alınacak 4. sınıf Emniyet Müdürleri için hazırlanan kıdem tablosunda 8. sırada yer aldığı, 2002 yılı Yüksek Değerlendirme Kurulunda; 4.sınıf Emniyet Müdürlüğü rütbesinde zorunlu fiili çalışma süresini doldurarak 3. sınıf Emniyet Müdürü rütbesine terfi bekleyen (202) 4. sınıf Emniyet Müdürünün durumunun görüşüldüğü, (135) personelin bir üst rütbeye terfi ettirilmesine, (67) personelin ise terfi ettirilmemesine, liyakat yönünden uygun bulunmaması nedeniyle davacının da 3. sınıf Emniyet Müdürlüğü rütbesine terfi ettirilmemesine karar verildiği anlaşılmıştır.

Bu durumda; 4 sınıf Emniyet Müdürlüğü rütbesindeki zorunlu çalışma süresini dolduran, 2002 terfi yılı için bir üst rütbeye yükselmeyi hakeden (202) 4. sınıf Emniyet Müdürü arasında yapılan kıdem tablosunda 8. sırada bulması nedeniyle kıdem yönünden yükselmesine engel bir durumu bulunmayan, bulunduğu rütbede herhangi bir disiplin cezası almayan ve başarısız olduğu yönünde başkaca bir iddia ileri sürülmemen davacının, 3. sınıf Emniyet Müdürlüğü rütbesine terfi ettirilmemesinde hukuka uyarlık bulunmamaktadır.

Hukuka aykırı işlem nedeniyle maddi ve özlük haklarında meydana gelen zararların tazmininin de gerekeceği açıktır.

Açıklanan nedenlerle, davacının 3. sınıf Emniyet Müdürlüğü rütbesine terfi ettirilmemesine ilişkin işlem iptaline, işlem nedeniyle yoksun kaldığı parasal ve özlük haklarının dava tarihinden itibaren işletilecek yasal faizi ile birlikte davacıya ödenmesine, Emniyet Hizmetleri Sınıfı Personeli Rütbe Terfileri ve Değerlendirme Kurullarının Çalışmalarına İlişkin Yönetmeliğin 25. maddesinin (a) ve (b) fıkralarının iptali isteminin reddine, aşağıda dökümü gösterilen 79.43 TL tutarındaki yargılama giderinin haklılık oranına göre 39.71 TL'sinin davacı üzerinde bırakılmasına, 39.72 TL'sinin davalı idareden alınarak davacıya verilmesine, 13.10.2009 tarihinde oy birliği ile karar verildi.

T.C.
DANIŞTAY
Onikinci Daire
Esas No : 2007/3362
Karar No : 2009/5359

Özeti : Polis memuru olan davacının daha önce 24 ay uzun süreli durdurma cezası aldığı fiili nedeniyle ikinci kez cezalandırılmasında hukuka uyarlık bulunmadığı hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan (Davalı): İçişleri Bakanlığı

Karşı Taraf

: ...

Vekilleri

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

İsteğin Özeti

: Polis memuru olan davacının, Emniyet Örgütü Disiplin

Tüzüğü'nün 8/16 maddesi uyarınca meslekten çıkarma cezasıyla cezalandırılmasına ilişkin Yüksek Disiplin Kurulunun 12.07.2001 günlü, 2001/245 sayılı kararının iptali ile açıkta geçen süreye ilişkin maaş ve parasal haklarının yasal faiziyle ödenmesine karar verilmesi istemiyle açılan davada, Danıştay Onikinci Dairesinin 04.05.2005 günlü, E:2002/3834, K:2005/1736 sayılı bozma kararına uyularak, dava konusu işleme dayanak teşkil eden soruşturmadan sonra açılmakla birlikte daha önce bitirilen soruşturma üzerine çevresinde iffetsizlikle tanınan F.G. isimli bayanla birlikte yaşamak fiilinden dolayı davacıya 24 ay uzun süreli durdurma cezası verildiğinden davacının aynı bayan ile aynı dönemdeki ilişkisi nedeniyle ikinci kez disiplin cezasıyla cezalandırılması sonucunu doğuran dava konusu işlemde hukuka uyarlık bulunmadığı gerekçesiyle dava konusu işlemin iptali yolunda Samsun İdare Mahkemesince verilen 22.03.2007 günlü, E:2007/454, K:2007/382 sayılı kararın, dilekçede yazılı nedenlerle 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 49. maddesi uyarınca temyizen incelenerek bozulması isteminden ibarettir.

Savunmanın Özeti

: Savunma verilmemiştir.

Danıştay Tetkik Hakimi : Erhan DEMİR

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

: Gül Filiz ASLANTAŞ

Düşüncesi

:İdare ve vergi mahkemelerince verilen kararların

temyizen incelenerek bozulabilmesi için, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 49 uncu maddesinin birinci fıkrasında belirtilen nedenlerin bulunması gerekmektedir.

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

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Onikinci Dairesince işin gereği düşünüldü:

İdare ve Vergi Mahkemeleri tarafından verilen kararların temyiz yolu ile incelenerek bozulabilmeleri 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 49. maddesinde belirtilen nedenlerden birinin bulunması halinde mümkündür.

Samsun İdare Mahkemesince verilen 22.03.2007 günlü, E:2007/454, K:2007/382 sayılı karar ve dayandığı gerekçe hukuk ve usule uygun olup bozulmasını gerektirecek bir sebep de bulunmadığından temyiz isteminin reddi ile anılan kararın onanmasına, temyiz giderlerinin istemde bulunan davalı üzerinde bırakılmasına, 14.10.2009 tarihinde oybirliği ile karar verildi.

T.C.
DANIŞTAY
Onikinci Daire
Esas No : 2008/4781
Karar No :2009/5361

Özeti : Memur olarak çalışan davacının engelli çocuğunun gördüğü fizik tedavi ve bireysel eğitim seansları sırasında yanında bulunarak bilgi edinebilmek amacıyla günde 2 saat, haftada 3 gün yıllık kanuni izninin haricinde izinli sayılması için yaptığı başvurunun reddine dair işlemde hukuka aykırılık görülmediği hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan (Davacı): ...

Karşı Taraf : Sosyal Güvenlik Kurumu Başkanlığı

Vekili : Av. ...

İsteğin Özeti : Adana Sigorta İl Müdürlüğünde memur olarak görev yapan davacının engelli olan çocuğunun gördüğü fizik tedavi ve bireysel eğitim seansları sırasında yanında bulunarak bilgi edinebilmek amacıyla günde iki saat süreyle haftada 3 gün yıllık kanuni izninin haricinde izinli sayılması istemiyle yaptığı başvurusunun reddine ilişkin işlemin iptali istemiyle açılan davada, Danıştay Onikinci Dairesinin 26.10.2007 günlü, E:2007/4021, K:2007/4641 sayılı bozma kararına uyularak, 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 102,103 104 ile 108 maddelerinde izinlerin ne şekilde ve hangi şartlarda kullanılacağı düzenlenmiş olduğu, bu maddelerde engelli çocuğu olan Devlet memurlarına engelli çocuğun rehabilitasyonu süresinde izin verileceğine dair bir hüküm bulunmadığı, dava konusu başvuruya dayanak alınan 5378 sayılı Yasanın 10. maddesinde yer alan "Rehabilitasyon hizmetlerine özürü ve ailesinin aktif ve etkili katılımı esastır." hükmünden Devlet memurunun tabi olduğu 657 sayılı Yasada ya da başka hiçbir yasada öngörülmemiş olan bir izni kullanma hakkının öngörüldüğü anlamı çıkmayacağı, bu nedenle davacının engelli çocuğunun rehabilitasyonuna katılmak için izinli sayılması yolundaki başvurusunun reddine ilişkin işlemde hukuka aykırılık bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddi yolunda Adana 2. İdare Mahkemesince verilen 18.02.2008 günlü, E:2008/184, K:2008/215 sayılı kararın, dilekçede yazılı nedenlerle 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 49. maddesi uyarınca 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 : Erhan DEMİR

Düşüncesi : İdare Mahkemesince verilen karar ve dayandığı gerekçe hukuk ve usule uygun olup, bozulmasını gerektirecek bir neden de bulunmadığından anılan kararın onanması gerektiği düşünülmüştür.

Danıştay Savcısı : Nazmiye KILIÇ

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, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 17/2 maddesi uyarınca davacının duruşma istemi yerinde görülmeyle, işin gereği düşünüldü:

İdare ve Vergi Mahkemeleri tarafından verilen kararların temyiz yolu ile incelenerek bozulabilmeleri 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 49. maddesinde belirtilen nedenlerden birinin bulunması halinde mümkündür. Adana 2. İdare Mahkemesinin 18.02.2008 günlü, E:2008/184, K:2008/215 sayılı karar ve dayandığı gerekçe hukuk ve usule uygun olup bozulmasını gerektirecek bir sebep de bulunmadığından temyiz isteminin reddi ile anılan kararın onanmasına, temyiz giderlerinin istemde bulunan davacı üzerinde bırakılmasına, kullanılmayan 9,00 TL posta ücretinin istemi halinde davacıya iadesine, 14.10.2009 tarihinde oybirliği ile karar verildi.

T.C. DANIŞTAY Onikinci Daire

Esas No : 2007/2692
Karar No : 2009/5558

Özeti : İlköğretim Okulu Müdür Yardımcısı olan davacının bir öğrenciyi dövdüğü sabit olduğundan maaş kesim cezası ile cezalandırılmasında hukuka aykırılık bulunmadığı, fiilin 1702 sayılı Yasanın 22/4 maddesi kapsamında değerlendirilmesi gerekirken 4357 sayılı Yasanın 7/b maddesi kapsamında değerlendirilmesinde sonucu itibarıyla hukuka aykırılık bulunmadığı hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan (Davacı): ...

Vekili : Av. ...

Karşı Taraf : Şehitkamil Kaymakamlığı

İsteğin Özeti : ... İlköğretim Okulu Müdür Yardımcısı olarak görev yapan davacının, 4357 sayılı Kanunun 7/b maddesi uyarınca bir günlük maaş kesimi cezası ile cezalandırılmasına ilişkin 17.7.2006 günlü, 15460 sayılı işlemin iptali, işlem nedeniyle yapılan kesintinin faizi ile birlikte tazmini istemiyle açılan davada; 6/A sınıfında eğitim gören bir öğrenciyi dövdüğü soruşturma ile sabit olan davacı hakkında tesis edilen işlemde hukuka aykırılık bulunmadığı, disiplin cezasına konu fiilin 1702 sayılı yasanın 22/4. maddesi kapsamında değerlendirilerek ceza verilmesi gerekirken, 4357 sayılı yasanın 7/b maddesi kapsamında değerlendirilmiş ise de, her iki yasada da eylem için öngörülen cezanın aynı olması nedeniyle işlemde sonucu itibarıyla hukuka uygun olduğu gerekçesiyle davanın reddi yolunda Gaziantep 1. İdare Mahkemesince verilen 22.2.2007 günlü, E:2006/2630, K:2007/441 sayılı kararın, dilekçede yazılı nedenlere göre davacı tarafından temyizen incelenerek bozulması isteminden ibarettir.

Savunmaların Özeti : Savunma verilmemiştir.

Danıştay Tetkik Hakimi : Metin Çağlar

Düşüncesi : İdare Mahkemesince verilen karar ve dayandığı gerekçe hukuk ve usule uygun olup, bozulmasını gerektirecek bir neden de bulunmadığından anılan kararın onanması gerektiği düşünülmüştür.

Danıştay Savcısı : Yaşar Uğurlu

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

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

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Onikinci Dairesince işin gereği düşünüldü:

İdare ve Vergi Mahkemeleri tarafından verilen kararların temyiz yolu ile incelenerek bozulabilmeleri 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 49. maddesinde belirtilen nedenlerden birinin bulunması halinde mümkündür. Gaziantep 1. İdare Mahkemesince verilen 22.2.2007 günlü, E:2006/2630, K:2007/441 sayılı karar ve dayandığı gerekçe hukuk ve usule uygun olup bozulmasını gerektirecek bir sebep de bulunmadığından temyiz isteminin reddi ile anılan kararın onanmasına, temyiz giderlerinin istemde bulunan davacı üzerinde bırakılmasına, 19.10.2009 tarihinde oybirliği ile karar verildi.

SÖZLEŞMELİ PERSONEL

T.C. DANIŞTAY Onikinci Daire

Esas No : 2009/2754

Karar No : 2009/4518

Özeti : Önlisans düzeyinde Erciyes Üniversitesi Kayseri Meslek Yüksek Okulu Bilgisayar Programcılığı mezunu olan davacının öğretmenliğe atanabilecek yüksek öğrenim programlarından birinden mezun olmadığı için atanma isteminin reddinde hukuka aykırılık bulunmadığı hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan(Davalı): Milli Eğitim Bakanlığı

Karşı Taraf : ...

Vekili : Av. ...

İsteğin Özeti : Ankara 11. İdare Mahkemesi'nce verilen 24.12.2008 günlü, E:2008/1430, K:2008/2496 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 Kanunu'nun 49. maddesine uymadığı, bu nedenle istemin reddi gerekeceği yolundadır.

Danıştay Tetkik Hakimi : Bahri Bayram

Düşüncesi : 1739 sayılı Milli Eğitim Temel Kanunun 43. maddesinde "öğretmenliğin özel bir ihtisas mesleği olduğu belirtilerek, öğretmenlik mesleğine hazırlığın genel kültür, özel alan eğitimi ve pedagojik formasyonla sağlandığı," 45. maddesinde ise; "öğretmenlerin öğretmen yetiştiren yükseköğretim kurumlarından mezun olanlar arasından, Milli Eğitim Bakanlığınca seçileceği" hükümlerine yer verilmiştir.

3797 sayılı Milli Eğitim Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun'un 8. maddesinde ise; bu yetkinin Bakanlık adına Talim ve Terbiye Kurulunca kullanılacağı hükme bağlanmıştır.

Sözleşmeli veya kadrolu öğretmen olarak atanabilmek için şartları düzenleyen 12.7.2004 günlü ve 119 sayılı Talim Terbiye Kurulu Kararı da yukarıda yer verilen Yasa'ya istinaden çıkarıldığından ve anılan kurul kararında önlisans mezunlarına yer verilmemiş olduğundan, önlisans mezunu olan davacının öğretmen olarak atanmamasına ilişkin işlemde hukuka aykırılık bulunmadığından mahkeme kararının bozulması gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı : Esmâ Nur Necef

Düşüncesi : Uyuşmazlık 657 sayılı Yasanın 4/c maddesi kapsamında sözleşmeli statüde kısmi zamanlı geçici bilgisayar öğreticisi olarak görev yapan davacının, anılan Yasa'nın 4/B maddesi kapsamında sözleşmeli öğretmen olarak atanmak için yaptığı başvurusunun reddine ilişkin işlemle ilgilidir.

12.7.2004 günlü 119 sayılı Talim ve Terbiye Kurulu Kararının "Öğrenim Durumu" başlıklı 6 ncı maddesinin 1 inci fıkrasında; öğretmenlerin ek çizelgede belirtilen alanlar itibarıyla ve bu alanların karşısında gösterilen yüksek öğretim programlarından en az lisans mezunu olanlar arasında seçileceği açıklanmış, aynı Kararın Eki Çizelgesinde de bilgisayar öğretmenliğine atanacaklara kaynak olarak 1. Bilgisayar Öğretmenliği, 2-Bilgisayar Sistemleri Öğretmenliği 3-Bilgisayar ve Kontrol Öğretmenliği, 4-Elektronik ve Bilgisayar Öğretmenliği, 5-Bilgisayar ve Öğretim Teknolojileri Öğretmenliği 6-Bilgisayar Teknolojisi Bölümü/Bilgisayar Teknolojisi ve Bilişim sistemleri Bölümü, 7 Matematik-Bilgisayar Bölümü 8-İstatistik ve Bilgisayar Bilimleri , 9-Bilgisayar Mühendisliği, 10-Bilgisayar Bilimleri mühendisliği, 11-Kontrol ve Bilgisayar Mühendisliği (6 ncı sıradan itibaren formasyon belgesi bulunanlar) mezunları belirtilmiştir.

Olayda da; Erciyes Üniversitesi, Kayseri Meslek Yüksek Okulu Bilgisayar Programcılığı mezunu olan ve 657 sayılı Yasa'nın 4/c maddesi kapsamında sözleşmeli statüde kısmi zamanlı geçici bilgisayar öğreticisi olarak görev yapmaktayken Danıştay 12 nci Dairesinin 14.3.2007 günlü, E:2007/101 sayılı kararıyla sözleşmesi feshedilen davacının, 657 sayılı Yasa'nın 4/B maddesi kapsamında sözleşmeli öğretmen olarak atanmak için başvurduğu dava konusu işlemle de önlisans mezunu olduğu gerekçesiyle reddedildiği anlaşılmaktadır.

Bu durumda, davacının mezun olduğu bölümün 119 sayılı Talim ve Terbiye Kurulu Kararının ek çizelgesine göre öğretmenliğe atanabilecek yüksek öğrenim programları arasında bulunmadığı gibi pedagojik formasyonu olmadığı, gerekli olan KPSS 10 puan türünün bulunmadığı belirlendiğinden dava konusu işlemde hukuka aykırılık bulunmamaktadır.

Belirtilen nedenlerle temyiz isteminin kabulüyle mahkeme kararının bozulmasının uygun olacağı düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Onikinci Dairesi'nce işin gereği düşünüldü:

Dava; 657 sayılı Yasa'nın 4/C maddesi kapsamında sözleşmeli statüde kısmi zamanlı geçici bilgisayar öğreticisi olarak görev yapan davacının, anılan Yasa'nın 4/B maddesi kapsamında sözleşmeli öğretmen olarak atanmak için yaptığı 24.4.2008 günlü başvurusunun reddine ilişkin 1.5.2008 gün ve 30980 sayılı işlemin iptali istemiyle açılmıştır.

Ankara 11. İdare Mahkemesi'nin 24.12.2008 günlü, E:2008/1430, K:2008/2496 sayılı kararıyla; davacının önlisans mezunu olmasının öğretmen olarak atanmasına engel olmayacağı, bu nedenle diğer atama şartları yönünden durumun değerlendirilmesi gerekirken aksi yönde tesis edilen işlemde hukuka uyarlık bulunmadığı gerekçesiyle dava konusu işlemin iptaline hükmedilmiştir.

Davalı idare, yasaların verdiği yetkiye istinaden çıkarılan Talim Terbiye Kurulu Kararında ve ekli çizelgede önlisans mezunlarının öğretmen olarak atanmasının mümkün olmadığını ileri sürmekte ve İdare Mahkemesi kararının temyizen incelenerek bozulmasını istemektedir.

657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun atanma şartlarına ilişkin 48. maddesinde, Devlet memurluğuna alınacaklarda aranacak genel şartlar belirlenmiş olup, özel şartlar arasında "kurumların özel kanun veya diğer mevzuatında aranan şartları taşımak" ifadesine yer verilmiştir.

1739 sayılı Milli Eğitim Temel Kanunun 43. maddesinde "öğretmenliğin özel bir ihtisas mesleği olduğu belirtilerek, öğretmenlik mesleğine hazırlığın genel kültür, özel alan eğitimi ve pedagojik formasyonla sağlandığı," 45. maddesinde ise; "öğretmenlerin öğretmen yetiştiren yükseköğretim kurumlarından mezun olanlar arasından, Milli Eğitim Bakanlığınca seçileceği" hükümlerine yer verilmiştir.

3797 sayılı Milli Eğitim Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanunun 8. maddesinde ise; bu yetkinin Bakanlık adına Talim ve Terbiye Kurulunca kullanılacağı hükme bağlanmıştır.

4.3.2006 günlü, 26098 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren Milli Eğitim Bakanlığı Öğretmenlerinin Atama ve Yer Değiştirme Yönetmeliği'nin "Temel İlkeler" başlıklı 5. maddesinin (c) bendinde, öğretmenliğe ilk defa atanacaklarda, öğretmenlik için Kamu Personeli Seçme Sınavından alınan ve Bakanlıkça alanlar itibarıyla belirlenen puan üstünlüğünün esas alınacağı, aynı Yönetmeliğin "Atama Şartları" başlıklı 6. maddesinin (a) bendinde de, mezun olunan yüksek öğrenim programının Talim ve Terbiye Kurulunun öğretmenliğe atanacakların tespitine ilişkin kararlarına göre atanacağı alana uygun olmak koşulu getirilmiştir.

12.7.2004 günlü, 119 sayılı Talim ve Terbiye Kurulu Kararının "Öğrenim Durumu" başlıklı 6. maddesinin 1. fıkrasında da, öğretmenlerin, ek çizelgede belirtilen alanlar itibarıyla ve bu alanların karşısında gösterilen yüksek öğretim programlarından en az lisans mezunu olanlar arasından seçileceği belirtilmiştir.

12.7.2004 günlü, 119 sayılı Talim ve Terbiye Kurulu Kararının Ek Çizelgesinde, bilgisayar öğretmenliğine atanacaklara kaynak olarak; 1. Bilgisayar Öğretmenliği, 2. Bilgisayar Sistemleri Öğretmenliği, 3. Bilgisayar ve Kontrol Öğretmenliği, 4. Elektronik ve Bilgisayar Öğretmenliği, 5. Bilgisayar ve Öğretim Teknolojileri Öğretmenliği, 6. Bilgisayar Teknolojisi Bölümü/Bilgisayar Teknolojisi ve Bilişim Sistemleri Bölümü, 7. Matematik - Bilgisayar Bölümü, 8. İstatistik ve Bilgisayar Bilimleri, 9. Bilgisayar Mühendisliği, 10. Bilgisayar Bilimleri Mühendisliği, 11. Kontrol ve Bilgisayar Mühendisliği(6. sıradan itibaren formasyon belgesi bulunanlar) mezunları gösterilmiştir.

Dosyanın incelenmesinden; Erciyes Üniversitesi Kayseri Meslek Yüksek Okulu Bilgisayar Programcılığı mezunu olan ve 657 sayılı Yasa'nın 4/C maddesi kapsamında sözleşmeli statüde kısmi zamanlı geçici bilgisayar öğreticisi olarak görev yapmaktayken Danıştay Onikinci Dairesi'nin 14.3.2007 gün ve E:2007/101 sayılı kararı üzerine sözleşmesi feshedilen davacının, anılan Yasa'nın 4/B maddesi kapsamında sözleşmeli öğretmen olarak atanmak için yaptığı 24.4.2008 günlü başvurusunun, önlisans mezunu olduğundan bahisle reddine ilişkin 1.5.2008 gün ve 30980 sayılı işlemin tesisi üzerine bakılan davanın açıldığı anlaşılmaktadır.

Bu durumda; ön lisans düzeyinde Erciyes Üniversitesi Kayseri Meslek Yüksek Okulu Bilgisayar Programcılığı mezunu olan davacının, mezun olduğu bölümün, 119 sayılı Talim ve Terbiye Kurulu Kararının ek çizelgesine göre öğretmenliğe atanabilecek yüksek öğrenim programları arasında bulunmadığı, gerekli genel kültür, özel alan ve pedagojik formasyonu almadığı, puan üstünlüğüne göre atamaların gerçekleştirilmesi için gerekli olan KPSS 10 puan türünün bulunmadığı hususları göz önüne alındığında; davacının 657 sayılı Kanun'un 4/B maddesi kapsamında sözleşmeli öğretmen olarak atanması istemiyle 24.4.2008 tarihinde

yaptığı başvurusunun reddine ilişkin dava konusu işlemde hukuka aykırılık bulunmadığı sonucuna ulaşılmaktadır.

Kaldı ki, Milli Eğitim Bakanlığı Öğretmenlerinin Atama ve Yer Değiştirme Yönetmeliği'nin "Atama Dönemleri" başlıklı 10. maddesi uyarınca Milli Eğitim Bakanlığı'nın belirli atama dönemlerinde ve önceden atama izni aldığı kadro ve kontenjanları ilan ederek atama şartlarını taşıyan öğretmen adaylarının tercihleri doğrultusunda öğretmen atamalarını yaptığı dikkate alındığında, davacının atama dönemi dışında yaptığı bireysel başvurusunun reddine dair dava konusu işlemde bu yönüyle de hukuka aykırılık görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle; davalı idarenin temyiz isteminin kabulüyle Ankara 11. İdare Mahkemesi'nce verilen 24.12.2008 günlü, E:2008/1430, K:2008/2496 sayılı kararın 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 49. maddesinin 1/b fıkrası uyarınca bozulmasına, aynı maddenin 3622 sayılı Yasa ile değişik 3. fıkrası gereğince ve yukarıda belirtilen nedenler gözetilmek suretiyle yeniden bir karar verilmek üzere dosyanın adı geçen Mahkemeye gönderilmesine, 15.9.2009 tarihinde oybirliği ile karar verildi.

T.C.
DANIŞTAY
Onikinci Daire

Esas No : 2009/5547

Karar No : 2009/5193

Özeti : Meslek Lisesinde usta öğretici olarak görevlendirilen davacının görevinde başarılı olup olmadığının soruşturma yapılmadan tespiti mümkün olduğundan soruşturma yapılarak somut tespit gerektiğinden bahisle verilen iptal kararında hukuka aykırılık bulunmadığı hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan (Davalı): Nevşehir Valiliği

Karşı Taraf : ...

İsteğin Özeti : Kayseri 1.İdare Mahkemesince verilen 6.3.2009 günlü, E:2008/865 , K:2009/124 sayılı kararının dilekçede yazılı nedenlerle 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 49. maddesi uyarınca temyizen incelenerek bozulması istenilmektedir.

Savunmanın Özeti : Savunma verilmemiştir.

Danıştay Tetkik Hakimi : Yusuf Altıntaş

Düşüncesi : Dava konusu işlemde hukuka aykırılık bulunmadığı dosyanın incelenmesinden anlaşıldığından, davalı idarenin temyiz isteminin kabulü ile İdare Mahkemesi kararının bozulması gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı : Yaşar Uğurlu

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

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

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Onikinci Dairesince işin gereği düşünüldü:

Dava, Nevşehir İli ... Lisesinde usta öğretici olarak görevlendirilen davacının, söz konusu görevlendirmenin iptal edilmesine ilişkin 5.8.2008 tarih ve 10740 sayılı işlemin iptali ile açıkta geçirilen sürelerle ilişkin parasal kayıplarının yasal faiziyle birlikte tazmini istemiyle açılmıştır.

Kayseri 1.İdare Mahkemesinin 6.3.2009 günlü, E:2008/865 , K:2009/124 sayılı kararıyla; davacının görevinde başarısız sayıldığına ilişkin iddia ve tespitlerle ilgili olarak usulüne uygun soruşturma açılıp somut tespitler yapılmadığı gerekçesi ile dava konusu işlemin iptali ile dava konusu işlem nedeniyle yoksun kalınan ücretlerin yasal faiziyle birlikte tazminine hükmedilmiştir.

Davalı idare ; davacının verimsizliğine ve başarısızlığına ilişkin somut tespitler yapıldığı ve işlemin bu tespitlere dayandığını ileri sürmektedir.

21.5.1977 tarih ve 15943 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren Milli Eğitim Bakanlığı Kurumlarında Sözleşmeli veya Ek Ders Görevi ile Görevlendirilecek Uzman ve Usta Öğreticiler Hakkındaki Yönetmeliğin 1 inci maddesinde; 1739 sayılı Milli Eğitim Temel Kanununun 47 nci maddesine göre Milli Eğitim Bakanlığı örgün ve yaygın eğitim kurumlarında ve hizmet içi yetiştirme kurs ve seminerlerinde geçici veya ek ders görevi ile görevlendirilecek uzman ve usta öğreticiler hakkında bu Yönetmelik hükümlerinin uygulanacağı, "Uzman ve Usta Öğreticilerin Çalıştırılması ile İlgili Çeşitli Hükümler" başlıklı IV.Bölümünün alt maddesi olan 14 ncü maddesinde ise, uzman ve usta öğreticilerden 3 ncü maddede belirtilen şartları taşımadıkları, sözleşme hükümlerine uymadıkları ve görevlerinde başarısız oldukları kurum müdürlüğünce tespit edilenlerin, sözleşmelerinin tek taraflı olarak feshedilebileceği hüküm altına alınmıştır.

Yukarıdaki mevzuat hükümleri uyarınca, sözleşmeli personelin sözleşme hükümlerine uymadıkları ve görevlerinde başarısız olduklarının kurum müdürlüğünce tespit edilmesi halinde sözleşmenin tek taraflı olarak fesh edilmesinde idareye takdir yetkisi tanınmış ise de, bu yetkinin ancak davalı idarece sözleşmeli personelin sözleşme hükümlerine uymadığı veya görevinde başarısız olduğunun somut bilgi ve belgelerle kanıtlanması halinde ve kamu yararı ve hizmet gerekleri de dikkate alınarak kullanılması gerekmektedir. Aksi halde, bu yetkinin sözleşme hükümleri ve kamu yararı ve hizmet gereği gözardı edilerek kullanıldığının kanıtlanması ya da idari yargı merciiince saptanması halinde söz edilen bu durum dava konusu idari işlemin sebep ve maksat yönlerinden hukuka aykırılığı nedeniyle iptalini gerektirecektir.

Dava dosyasının incelenmesinden; öğrenci ve okul personeli tarafından çeşitli tarihlerde verilen dilekçelerde davacının, kendilerine hakaret ettiğinin ve argo kelimeler kullandığının ve öğrencilere karşı eğitimciye yakışmayacak hal ve hareketlerde bulunduğu idareye bildirildiği, davacı hakkında müteaddit defa görevini yapmadığına ilişkin tutanak tutulduğu, mesaiye geliş gidiş saatlerini gösteren çizelgelerden davacının mesai saatlerine riayet etmediğinin tespit edildiği, davacı hakkında düzenlenen 2005, 2006 ve 2007 yıllarına ait Usta Öğretici Yıllık Değerlendirme Kriter Tablolarında olumsuz değerlendirmeler yapıldığı, belirtilen hususlar dikkate alınarak davacının çalışmalarının yetersiz olduğu yönünde okul müdürlüğünce yazılan 31.7.2008 tarih ve 479 sayılı yazı uyarınca Nevşehir İl Milli Eğitim Müdürlüğünün 5.8.2008 tarih ve 10740 sayılı işlemi ile görevine son verilmesi üzerine bakılmakta olan davanın açıldığı anlaşılmaktadır.

Bu durumda; belirtilen hususlar değerlendirilerek davacının görevinde başarılı olup olmadığının -soruşturma yapılmadan- tespitinin mümkün olduğu bir diğer ifade ile dosya kapsamındaki bilgi ve belgelerin davacının durumunun değerlendirilmesi için yeterli olduğu hususu dikkate alınmadan soruşturma yapılarak somut tespit yapılması gerektiğinden bahisle dava konusu işlemin iptal edilmesi yolundaki İdare Mahkemesi kararında hukuki isabet görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle, davalı idarenin temyiz isteminin kabulüyle Kayseri 1. İdare Mahkemesince verilen 6.3.2009 günlü, E:2008/865 , K:2009/124 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 7.10.2009 tarihinde oybirliği ile karar verildi.

YARGILAMA USULÜ

T.C. DANIŞTAY Onikinci Daire

Esas No : 2008/3015
Karar No : 2009/4843

Özeti : DSİ'de geçici işçi olarak çalışan davacının daimi işçi statüsüne atanması için yaptığı başvurunun reddine dair işlemin iptali istemiyle açtığı davada Tebligat Kanununun 32. ve Tebligat Tüzüğü'nün 51. maddesi uyarınca süre aşımı bulunmadığı hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan (Davacı): ...

Vekili : Av. ...

Karşı Taraf : DSİ Genel Müdürlüğü

İsteğin Özeti : Elazığ İdare Mahkemesince verilen 30.1.2008 günlü, E:2008/186, K:2008/139 sayılı kararın dilekçede yazılı nedenlerle 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 49. maddesi uyarınca temyizen incelenerek bozulması istenilmektedir.

Savunmanın Özeti : Temyizi istenen kararın usul ve kanuna uygun olduğu, ileri sürülen nedenlerin 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 49. maddesine uymadığı, bu nedenle istemin reddi gerekeceği yolundadır.

Danıştay Tetkik Hakimi : Oğuz Özkarslı

Düşüncesi : Davacının temyiz dilekçesinde, dava konusu işlemi 26.11.2007 tarihinde öğrendiğini, ancak dava dilekçesine sehven 22.11.2007 tarihinin yazıldığını beyan etmesi ve idare tarafından da yazılı tebligat yapılmadığının kabul edilmiş olması karşısında, davacının dava konusu işlemi 26.11.2007 tarihinde öğrendiğinin kabulü gerekmekte olup 23.1.2008 tarihinde açılan davada süre aşımı bulunmadığı anlaşıldığından, davanın süre aşımı yönünden reddi yolunda verilen idare mahkemesi kararının 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, DSİ 9. Bölge Müdürlüğünde geçici işçi olarak çalışmakta olan davacının 21.4.2007 tarih ve 26500 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren Kamuda Geçici İşçi Pozisyonunda Çalışanların Sürekli İşçi Kadrolarına veya Sözleşmeli Personel Statüsüne Geçirilmeleri, Geçici İşçi Çalıştırılması ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun uyarınca daimi kadroya alınmaları için yapılan başvurunun reddine ilişkin 21.11.2007 gün ve P-46929 sayılı işlemin iptali, daimi işçi statüsüne geçirilmesine hükmedilmesi istemiyle açılmıştır.

Elazığ İdare Mahkemesince verilen 30.1.2008 günlü, E:2008/186 , K:2008/139 sayılı kararla, dava dilekçesinde dava konusu edilen işlemin tebliğ tarihinin 22.11.2007 olarak gösterildiği bu tarihten itibaren 60 gün içerisinde bir başka deyişle dava açma süresinin son günü olan 21.1.2008 (Pazartesi) günü mesai saati bitimine kadar açılması gerekirken 23.1.2008 tarihinde açıldığı anlaşılan bu davanın süre aşımı nedeniyle esasının inceleme olanağı bulunmadığı gerekçesiyle reddine karar verilmiştir.

Davacı, dava dilekçesinde yer verilen tarihin sehven yazıldığını, aslında dava konusu işlemin 26.11.2007 de tebliğ edildiğini ileri sürerek mahkeme kararının temyizen incelenerek bozulmasını istemektedir.

Anayasa'nın 125/3. maddesinde, idari işlemlere karşı açılacak davalarda sürenin, yazılı bildirim tarihinden itibaren başlayacağı öngörülmüş, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 7/1. maddesinde, özel kanunlarda ayrı süre gösterilmeyen hallerde idare mahkemelerinde dava açma süresinin işlemin tebliğinden itibaren 60 gün olduğu düzenlenmiş, 7/2-a maddesinde; idari uyumazlıklarda bu sürenin yazılı bildirimin yapıldığı tarihi izleyen günden itibaren işlemeye başlayacağı hüküm altına alınmıştır.

7201 sayılı Tebligat Kanunu'nun 10. maddesinde, tebligatın tebliğ yapılacak şahsa bilinen en son adresinde yapılacağı öngörülmüş, "Usule aykırı tebliğin hükmü" başlıklı 32. maddesinde, "Tebliği usulüne aykırı yapılmış olsa bile, muhatabı tebliği muttali olmuş ise muteber sayılır. muhatabın beyan ettiği tarih tebliğ tarihi addolunur." hükmü yer almaktadır.

Yine, 11.9.1959 gün ve 10303 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren Tebligat Tüzüğü'nün 51. maddesinde, "Tebliğ usulüne aykırı yapılmış olsa bile muhatabı tebliğe muttali olmuş ise muteberdir. Aksi takdirde tebligat yapılmamış addedilir. Muhatap, her ne suretle olursa olsun tebliğ evrakını veya davetiyeyi alır ve yahut bunların münderecatını öğrenirse tebliğe muttali olmuş sayılır. Muhatabın tebliğe muttali olduğunun ve bunun tarihinin iddia ve ispatına cevaz yoktur." hükmüne yer verilmiştir.

Dava dosyasının incelenmesinden, DSİ 9 Bölge Müdürlüğünde geçici işçi olarak çalışmakta olan davacının, daimi işçi kadrosuna geçmek için yapmış olduğu başvurusunun reddine ilişkin 21.11.2007 tarih ve P-46929 sayılı işlemin iptali ve daimi işçi kadrosuna atanmasına karar verilmesi istemiyle görülmekte olan davanın açıldığı anlaşılmaktadır.

Dairemizce verilen 8.6.2009 tarihli ara kararı ile davalı idareye dava konusu işlemin davacıya hangi tarihte tebliğ edildiği sorulmuş ve tebliğ - tebellüğ belgesinin gönderilmesi istenilmiştir.

Davalı idare tarafından verilen 23.7.2009 tarihli cevapta, dava konusu işlemin davacıya yazılı olarak tebliğ edilmediği, davacıya okutulmak suretiyle tebliğ edildiği belirtilmiş olup, ara kararında sorulmasına rağmen hangi tarihte tebliğ edildiği bildirilmemiştir.

Anayasa'nın 125/3. ve 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 7/2-a maddeleri uyarınca idari işlemlere karşı açılacak davalarda, dava açma süresinin işlemin yazılı bildirim tarihini izleyen günden itibaren başlaması, buna karşılık olayda davacıya yazılı bildirim yapılmamış olması karşısında işlemin davacıya tebliğ tarihinin tespitinde 7201 sayılı Tebligat Kanunu'nun ve Tebligat Tüzüğü'nün usule aykırı tebliğe ilişkin hükümlerinin uygulama alanı bulacağı görülmektedir.

Tebliğat Kanunu'nun 32. ve Tebliğat Tüzüğü'nün 51. maddelerinde tebliğin usule aykırı olarak yapılması hallerinde, ilgilinin tebliği öğrendiği tarihin esas alınacağı ve bu konuda ilgilinin beyan ettiği tarihe itibar edileceği hükümleri gözönüne alındığında, davacının temyiz dilekçesinde, dava konusu işlemi 26.11.2007 tarihinde öğrendiğini, ancak dava dilekçesine sehven 22.11.2007 tarihinin yazıldığını beyan etmesi ve idare tarafından da yazılı tebliğat yapılmadığının kabul edilmiş olması karşısında, davacının dava konusu işlemi 26.11.2007 tarihinde öğrendiğinin kabulü gerekmekte olup 23.1.2008 tarihinde açılan davada süre aşımı bulunmadığı anlaşılmıştır.

Bu durumda, davanın süre aşımı yönünden reddi yolunda verilen idare mahkemesi kararında hukuki isabet görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle, davacının temyiz isteminin kabulüyle Elazığ İdare Mahkemesince verilen 30.1.2008 günlü, E:2008/186 , K:2008/139 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 25.9.2009 tarihinde oybirliği ile karar verildi.

ONÜÇÜNCÜ DAİRE KARARLARI

ELEKTRONİK HABER ARAÇLARI

T.C.
DANIŞTAY
Onüçüncü Daire
Esas No : 2007/1056
Karar No : 2009/7041

Özeti : Türk Telekomünikasyon A.Ş. tarafından hazırlanan ve 01.03.2007 tarihi itibarıyla yürürlüğe giren ücret tarifesinin onaylanmasına ilişkin Telekomünikasyon Kurulu kararının, Tebliğe aykırı olarak Tebliğin kapsamadığı dönemi aşar şekilde 2007 ve daha sonraki dönemlere ilişkin tarife onayı içermesi ve il içi aramalara yüksek oranda zam yapılırken şehirlerarası ve uluslararası görüşmelere maliyetinin altında indirim yapılmasının 406 sayılı Kanun ve Tarife Yönetmeliğinde öngörülen bazı hizmetlerin maliyetinin başka hizmetlerin ücretlerinden desteklenmemesi ve karşılanmaması gerektiğine ilişkin ilkeyle bağdaşmaması karşısında hukuka aykırı olduğu ve iptali hakkında.

Davacı : Serbest Telekomünikasyon İşletmecileri Derneği (TELKODER)
Vekili : Av. ...
Davalı : Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu (Telekomünikasyon Kurumu)
Vekilleri: Av. ..., Av. ...
Av. ..., Av. ...

Davalı Yanında Müdahil : Türk Telekomünikasyon A.Ş.
Türk Telekomünikasyon A.Ş. Hukuk Müşavirliği
Vekilleri : Av. ..., Av. ..., Av. ...

Davanın Özeti : Türk Telekomünikasyon A.Ş. tarafından hazırlanan ve 01.03.2007 tarihi itibarıyla yürürlüğe giren yeni ücret tarifesinin onaylanmasına ilişkin 25.12.2006 tarih ve 2006/DK-07/777 sayılı Telekomünikasyon Kurulu kararının ve 28.08.2001 tarih ve 24507 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan Tarife Yönetmeliği'nin 7. maddesinin tavan fiyat yöntemine ilişkin kısımları ile 11. ve 12. maddelerinin; onaylanan yeni tarife ile Türk Telekom'un uzak mesafe telefon ücretinin maliyetin altında belirlendiği, bu nedenle Dernek üyesi olan Uzak Mesafe Telefon Hizmeti işletmecilerinin faaliyetlerinin zorlaştırıldığı, tarifeyle şehirlerarası ve uluslararası telefon görüşmelerine yüksek oranlarda indirim yapılırken, şehir içi görüşmelere ve sabit hat ücretlerinde zam yapıldığı, bu şekilde mevzuatta yasaklanan biçimde şehir içi görüşmelerinden elde edilen gelirle şehirlerarası ve uluslararası telefon görüşmelerinin finansmanının sağlandığı, çapraz sübvansiyona neden olduğu, Türk Telekom'un özelleştirilmesinin 2005 yılında tamamlanmasına rağmen, tarifenin hala maliyete dayalı olarak belirlenmediği, şehirlerarası ve uluslararası telefon görüşmelerinin maliyetinin daha fazla olması gerekirken, bunlarda indirim, şehir içi görüşmelerde zam yapıldığı, belirtilen nedenlerle hukuka aykırı olarak hazırlandığı anlaşılan tarifenin, Tarife Yönetmeliği hükümleri uyarınca onaylanmaması gerekirken onaylandığı,

tarife onayına olanak sağlayan Yönetmeliğin 7., 11. ve 12. maddelerinin de hukuka aykırı bulunduğu öne sürülerek iptali istenilmektedir.

Savunmanın Özeti : Dava konusu tarifenin, mevzuata uygun olarak onaylandığı, tarifenin maliyete dayalı yöntem ve tavan fiyat yöntemi ayrı ayrı veya her ikisi birden uygulanarak onaylandığı, tarife onaylanırken, maliyetin de göz önünde bulundurulduğu, Uzak Mesafe Telefon Hizmeti işletmecilerinin Türk Telekom'la rekabet edebilmeleri için arabağlantı ücretlerinde önemli indirimler yapıldığı, 2005/21 sayılı Kurul kararının alındığı, davacının maliyet hesabının anlaşılamadığı, ortaya çıkan rakamlara nasıl ulaşıldığının somut bir biçimde ortaya konulamadığı, bu şekilde davacının iddiasını ispatlayamadığı, tarifenin uygulanmasıyla indirimlerin tam olarak ortaya çıkacağı, başka bir anlatımla yeni tarifenin faturaya nasıl yansıyacağının kullanıma bağlı olarak belirleneceği, davaya konu tarifenin, 406 sayılı Kanun'un 30/b maddesi uyarınca tarifelerin yeniden dengelenmesi sürecinin bir sonucu olduğu, tarihsel olarak dünyada şehirlerarası ve uluslararası telefon görüşmeleri ücretlerinin çok yüksek tutulması nedeniyle dengeleme yapılmasının gerekli bulunduğu, tüm dünyada sabit ve yerel arama fiyatının arttığı, buna karşın, şehirlerarası ve uluslararası telefon görüşmelerinin ucuzladığı, telefon işletmecisinin maliyetlerinin büyük bir bölümünü, değişken maliyetlerden daha çok, sabit ve batık maliyetlerin oluşturduğu, kullanıma bağlı maliyetlerin daha önemsiz hale geldiği, teknolojik ilerlemelerle arama hizmetinin maliyetlerinin mesafeden büyük ölçüde bağımsızlaştığı, bunun sonucu olarak, şehirlerarası ve uluslararası telefon görüşmeleri ücretlerinin çok yüksek olması nedeniyle, dengeleme yapılmasının bir zorunluluk haline geldiği, Türk Telekom'un üç yıldır zam yapmadığı, işletmecinin mevzuat hükümleri uyarınca makul kâr elde etme hakkının bulunduğu, tavan fiyat yönteminde de, maliyetlerin göz önüne alınarak tarifeye onay verildiği, Kurum'ca hesap ayrımı ve maliyet muhasebesi ile ilgili çalışmaların sürdürüldüğu, tavan fiyat yöntemiyle aşırı fiyatlandırmanın önüne geçildiği, şehirci görüşmelerin de rekabete açılması için çalışmaların son aşamaya geldiği, iptali istenilen Tarife Yönetmeliği'nin dayanağı yasal düzenlemelere aykırı bir yönünün bulunmadığı savlarıyla davanın reddi gerektiği savunulmaktadır.

Müdahil Savunmasının Özeti : Davanın reddi gerektiği savunulmaktadır.

Danıştay Tetkik Hâkimi Ahmet EĞERCİ'nin Düşüncesi : Dava, Türk Telekom'un 01.03.2007 tarihi itibarıyla yürürlüğe giren yeni ücret tarifesinin onaylanmasına ilişkin 25.12.2006 tarih ve 2006/DK-07/777 sayılı Telekomünikasyon Kurulu kararının ve 28.08.2001 tarih ve 24507 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan Tarife Yönetmeliği'nin 7. maddesinin tavan fiyat yöntemine ilişkin kısımları ile 11. ve 12. maddelerinin iptali istemiyle açılmıştır.

2813 ve 406 sayılı Kanunların dava konusu tarifeyle ilişkin hükümlerinin incelenmesinden; Türk Telekom'un tavan fiyat yöntemi dışında başka bir tarife hazırlamasını zorunlu kılan bir kuralın yer almaması nedeniyle, davacının iptalini istediği Yönetmelik hükümlerinin, 2813 ve 406 sayılı Kanunlara aykırı ve Kanunları aşan bir düzenleme getirmediği, kamu yararı ve hizmet gereklerine uygun bulunduğu sonucuna ulaşılmıştır.

Davanın, Türk Telekom tarafından hazırlanan ve 01.03.2007 tarihi itibarıyla yürürlüğe giren yeni ücret tarifesinin onaylanmasına ilişkin Telekomünikasyon Kurulu kararının iptali istemine ilişkin kısmına gelince;

Davalı idare savunmasında, Türk Telekom'un onaylanan tarifeleri incelendiğinde genel olarak; aylık kira (sabit) %0 ile %23,6, iliçi arama hizmet ücretlerinde %17,7 ile %26,4 arasında değişen oranlarda artış; illerarası arama hizmeti ücretlerinde %45,6 ile %57,1, uluslararası arama hizmeti ücretlerinde %0 ile %60, sabitten GSM işletmecilerine arama hizmeti ücretlerinde de %1,9 ile %46,9 arasında değişen oranlarda düşüş yapıldığı, bu tarifenin, 31.12.2003 tarih ve 25333 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanarak 31.12.2006 tarihine kadar yürürlükte bulunan Tavan Fiyat Tebliği hükümlerine göre onaylandığı belirtilmektedir.

31.12.2003 tarih ve 25333 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan Tavan Fiyat Tebliği'nin 4. maddesinde, tavan fiyat formülleri (1) ve (2) nolu formüller olarak belirtilerek, Telekomünikasyon Kurulu'nun, Türk Telekom'un bu Tebliğin 5. maddesinde tanımlanan hizmet sepetine ilişkin tarifeleri sepetteki hizmetlerin bir bütün olarak (1) numaralı eşitsizliği, sepet içinde azami artış oranı belirlenen hizmetlerin de (2) numaralı eşitsizliği aynı anda sağlaması durumunda onaylayacağı belirtilmiş, 5. maddesinde il içi aramaların da bulunduğu hizmet sepetinde, ISDN PA Bağlantı/Nakil/Aylık ücret, uluslararası aramalar ile internet aramalarında azami artış oranı öngörülmesine karşın, il içi aramalar için herhangi bir azami artış oranı öngörülmemiş, bu konuda Türk Telekom serbest bırakılmıştır.

Diğer yandan Tavan Fiyat Tebliği'nin 6. maddesinde, tavan fiyat döneminin 01.01.2004 tarihinde başlayıp 31.12.2005 tarihinde sona erecek şekilde iki yıllık bir dönemi kapsadığı, Kurul'un gerekli görmesi halinde her tavan fiyat döneminin 31.12.2006 tarihinde sona erecek şekilde bir yıl daha uzatabileceği, tavan fiyat döneminin, üçer aylık olmak üzere, sekiz periyottan, Kurul tarafından uzatılması durumunda oniki periyottan oluşacağı, Tebliğin 12. maddesinde de, her bir periyotta, bu Tebliğin 5. maddesinde yer alan sepetteki bazı hizmetlerin tarifeleri için izin verilen azami artış sınırını ifade edeceği kuralları yer almıştır.

Görüldüğü üzere Tavan Fiyat Tebliği ile; Türk Telekom tarafından hizmet sepetinde yer alan telekomünikasyon hizmetlerine yapılabilecek aşırı fiyat artışlarının önüne geçebilmek amacıyla idarece saptanan formülle, ortaya çıkan yeni tarifenin test edilmesi yöntemi getirilmiştir.

Ancak, 16.01.2007 tarih ve 26405 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanarak 01.01.2007 tarihinden itibaren geçerli olmak üzere yayımı tarihinde yürürlüğe giren Sabit Telefon Şebekesine Erişim veya Sabit Şebeke Üzerinden Arama Hizmetlerine Yönelik İlgili Piyasalarda Etkin Piyasa Gücüne Sahip İşletmecilerin Bazı Hizmetlerine İlişkin Tarifelerin Tavan Fiyat Yöntemi ile Onaylanmasına Yönelik Usul ve Esaslara İlişkin Tebliğ'in 21. maddesiyle, 31/12/2003 tarih ve 25333 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren Tavan Fiyat Tebliğ hükümleri yürürlükten kaldırılmıştır.

Sözü edilen yeni Tebliğ'le yürürlükten kalkan Tebliğ'de idarece saptanan formüller aynı olmakla birlikte, yeni Tavan Fiyat Tebliği'nin hizmet sepetinin belirlendiği 5. maddesinde, il içi arama ücretine azami artış oranı sınırı getirilmiştir. Tebliğin 12. maddesinde de, her bir periyotta, bu Tebliğin 5. maddesinde yer alan sepetteki bazı hizmetlerin tarifeleri için izin verilen azami artış sınırını ifade edeceği hükümleri yer almıştır.

Bu durumda, Türk Telekom tarafından dava konusu tarifenin 31.12.2003 tarih ve 25333 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan Tavan Fiyat Tebliği'ne göre hazırlandığı, Kurum tarafından da aynı Tebliğ hükümlerine göre incelenerek, 25.12.2006 tarihinde onaylandığı ve 01.03.2007 tarihinde yürürlüğe girdiği anlaşılmaktadır. Ancak sözü edilen Tebliğin 01.01.2004 tarihinde başlayıp 31.12.2005 tarihinde sona erecek şekilde iki yıllık bir dönemi kapsamı, Kurul'un gerekli görmesi halinde her tavan fiyat döneminin 31.12.2006 tarihinde sona erecek şekilde bir yıl daha uzatılarak yürürlükte bulunması karşısında, Kurum tarafından, bu Tebliğe dayalı olarak 2007 ve daha sonraki dönemlere ilişkin tarife onaylanmasında hukuka uyarlık bulunmamaktadır.

Öte yandan, 01.01.2007 tarihinden itibaren geçerli olmak üzere yürürlüğe giren yeni Tebliğ'in geçici 1. maddesindeki, "31.12.2003 tarih ve 25333 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren Türk Telekomünikasyon A.Ş.'nin Bazı Hizmetlerine İlişkin Tarifelerin Tavan Fiyat Yönteminin Uygulanmasına Yönelik Usul ve Esaslara İlişkin Tebliğ hükümleri yürürlükte olduğu dönemde ilgili işletmeci tarafından teklif edilen tarife değişikliği önerilerinin Kurul tarafından onaylanması ancak 1.1.2007 tarihinden sonraki bir tarihte yürürlüğe girecek olması durumunda; 2007 yılı periyodu için, hizmet sepetindeki her hizmet için ilk periyottaki fiyat değişiminin hesaplanmasında kullanılacak olan başlangıç fiyat düzeyi onaylanan tarifeler olacaktır" hükmü de onaylanacak tarifenin başlangıç fiyat düzeyine ilişkin

bulunması nedeniyle, 2007 ve daha sonraki dönemlerde tarife onaylanmasına dayanak alınamayacağı anlaşılmaktadır.

Esasen 16.01.2007 tarih ve 26405 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanarak 01.01.2007 tarihinden itibaren geçerli olmak üzere yayımı tarihinde yürürlüğe giren yeni Tebliğ'le; ilçe arama ücretine TÜFE-%3,3 oranında azami artış oranı sınırının getirilmesi, onaya ilişkin eski Tebliğ hükümlerinde böyle bir sınırlamanın bulunmaması ve davanın konusunu da ilçe aramalara yüksek oranda zam yapılırken, şehirlerarası ve uluslararası görüşmelere maliyetin altında indirim yapılması yönündeki iddiaların oluşturması nedenleriyle, onaylanan tarifenin, Kanun'la korunması gereken tüketici menfaatlerine aykırı olduğu, 406 sayılı Kanun'un 30/b maddesinde ve Tarife Yönetmeliği'nin 5/e maddesinde öngörülen bazı hizmetlerin maliyetinin başka hizmetlerin ücretlerinden desteklenmesi veya karşılanmaması gerektiğine ilişkin ilkeyle bağdaşmadığı, bu itibarla mevzuata uygun olarak onaylanmadığı, kamu yararı ve hizmet gereklerine uyarlık bulunmadığı sonucuna ulaşılmıştır.

Diğer yandan, davalı idare tarafından ilçe aramalara yapılan zammın üç yıldır herhangi bir artış yapılmamasından kaynaklandığı ileri sürülmekte ise de; aynı tarifenin şehirlerarası ve uluslararası görüşmelerde yüksek oranlarda indirim içermesi nedeniyle, 406 sayılı Kanun'un 30/b maddesinde belirtilen tarifelerin dengelemesinin hukuka aykırı olarak yapıldığı anlaşılmaktadır.

Açıklanan nedenlerle, dava konusu tarifeyle ilişkin olarak Kurul kararının iptaline, Tarife Yönetmeliği'nin 7. maddesinin tavan fiyat yöntemine ilişkin kısımları ile 11. ve 12. maddelerinin iptali istemiyle açılan davanın da reddine karar verilmesi gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı Mehmet KARAOĞLU'nun Düşüncesi : Dava,Türk Telekomünikasyon A.Ş. (Türk Telekom) tarafından hazırlanan ve 01.03.2007 tarihi itibarıyla yürürlüğe giren yeni ücret tarifesinin onaylanmasına ilişkin 25.12.2006 tarih ve 2006/DK-07/777 sayılı Telekomünikasyon Kurulu kararının ve 28.08.2001 tarih ve 24507 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan Tarife Yönetmeliği'nin 7. maddesinin tavan fiyat yöntemine ilişkin kısımları ile 11. ve 12. maddelerinin iptali istemiyle açılmıştır.

2813 sayılı Telsiz Kanunu'nun, 4502 sayılı Kanun ile değişik 7. maddesinin 1. fıkrasının (h) bendinde, "Telekomünikasyon hizmetlerinden ve alt yapısından yararlanacak kullanıcılara ve telekomünikasyon şebekeleri arasındaki ara bağlantılar bakımından diğer işletmecilere uygulanacak ücret tarifelerine ve sözleşme hükümlerine ve teknik hususlara ilişkin genel kriterleri ve görev alanına giren diğer konularda uygulama usul ve esaslarını belirlemek, tarifeleri incelemek, değerlendirmek, gerekenleri onaylamak ve bunların uygulanmasını izlemek"; (ı) bendinde , "Telekomünikasyon hizmetleri ve altyapısı ile ilgili olarak işletmecilerin ve bu alanda kanuna uygun olarak ticari faaliyet içinde bulunanların, hizmetlerin yürütülmesi, altyapının işletilmesi ve çeşitli telekomünikasyon teçhizat ve cihazları üreten veya satanların bu hizmet ve faaliyetlerini Türkiye dahilinde tam bir rekabet ortamı içinde gerçekleştirmelerini sağlamak, teşvik edici tedbirleri almak"; (j) bendinde ise, "Telsiz haberleşmesi ve telekomünikasyon hizmetleri ve altyapısının 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" Telekomünikasyon Kurumu'nun görevleri arasında sayılmıştır.

406 sayılı Telgraf ve Telefon Kanunu'nun değişik 4. maddesinde, telekomünikasyon hizmetlerinin yürütülmesinde ve/veya telekomünikasyon altyapısı işletiminde ve bu hususlarda yapılacak düzenlemelerde nitelik ve nicelik itibarıyla gözönünde bulundurulacak ilkeler belirlenmiş olup, maddenin (a) bendinde, "Herkesin makul bir ücret karşılığında telekomünikasyon hizmetlerinden ve altyapısından yararlanmasını sağlayacak uygulamaların teşvik edilmesi", (k) bendinde de, "İlgili mevzuat, imtiyaz sözleşmesi veya telekomünikasyon

ruhsatında açıkça belirlenen durumlar haricinde, ara bağlantı ücretleri ile hat ve devre kiralari da dahil telekomünikasyon hizmetleri karşılığı alınacak ücretlerin, yatırım ve işletme maliyetlerini ve genel masraflardan ilgili payını, amortisman ve makul ölçüde kârı mümkün olduğu ölçüde yansıtmayı" gerektiği kurala bağlanmış, 29. maddesinde, telekomünikasyon hizmetlerinin ücret esasları düzenlenerek; "İşletmeciler, telekomünikasyon hizmetlerinin yürütülmesi ve/veya altyapı işletilmesi karşılığında alacakları ücretleri ilgili mevzuat, tabi oldukları görev veya imtiyaz sözleşmesi, telekomünikasyon ruhsatı veya genel izin ile Kurum düzenlemelerine aykırı olmayacak şekilde serbestçe belirleyebilirler. Aşağıdaki hallerde Kurum, hat ve devre kiralari da dahil olmak üzere ücretlerin hesaplanma yöntemlerini ve üst sınırlarını, makul ve ayırım gözetmeyen şartlarla, 30 uncu maddede belirlenen genel ilkeler çerçevesinde çıkarılacak yönetmelikler, tebliğler ve sair idari düzenlemeler, imtiyaz sözleşmeleri ve telekomünikasyon ruhsatlarının hüküm ve şartları da gözetilerek tayin ve tespit etmeye yetkilidir:"hükmüne yer verildikten sonra bu haller: a) Türk Telekom veya başka bir işletmecinin, vermekle yükümlü olduğu evrensel hizmet dahil, bazı hizmetlerin maliyetini başka hizmetlerin ücretlerinden karşılamak zorunda olduğu haller,

b) İlgili telekomünikasyon hizmetlerinde, bir işletmecinin hukuki veya fiili bir tekel olduğunun veya ilgili hizmet veya coğrafi piyasada hakim konumda bulunduğu Kurum tarafından belirlendiği haller,

c) Ücretlerin Kurum düzenlemelerine aykırı işlem ve eylemlerle belirlendiğinin tespit edildiği haller,

d) Kurum'un çıkaracağı yönetmeliklerde belirleyeceği diğer durumlar" olarak belirtilmiştir.

Kanun'un 30. maddesinde de, Kurum'un, telekomünikasyon hizmetlerinin yürütülmesi ve/veya altyapı işletilmesi karşılığında alınacak ücretlere ilişkin düzenlemelerini, maddede sayılan genel ilkelerin gerçekleştirilmesi hususunu gözönünde tutarak yapacağı öngörülmüş, genel ilkeler de, "a) Ücretler adil olmalı ve benzer konumdaki kişiler arasında haklı olmayan nedenlerle ayırım gözetmemelidir. Bu genel ilke, toplumdaki ihtiyaç sahibi kesimlere özel ve kapsamı açıkça ve sınırlı olarak belirlenmiş kolaylıklar sağlanmasını engellemez,

b) 29 uncu madde kapsamına giren durumlarda; ücretlerin 4 üncü maddenin (k) bendinde öngörülen şekilde yatırım ve işletme maliyetleri de dahil olmak üzere, mümkün olduğunca ilgili hizmetin maliyetlerini yansıtacak şekilde belirlenerek tarifelerin dengelenmesi esas olup, bir hizmetin maliyetinin diğer bir hizmetin ücreti yoluyla desteklenmesinden veya karşılanmasından kaçınılır,

c) Ücretler; kendisine bir maliyet yükleyen ve anılan ücretin kapsamında olan her hizmet kalemini ayrı ayrı gösterir,

d) Ücretlerin, uygun olduğu ölçüde, gelişen teknolojik şartlar çerçevesinde uluslararası standartlara ve ölçeklere yaklaştırılması esastır.

e) Ücretlerin, değişik hizmet türü ve kategorileri için, teknolojik gelişmeyi ve yeni yatırımları teşvik etmeye yönelik düzeyde olması gözetilir.

f) Ücretlerin belirlenmesinde, Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası anlaşmalar ve uluslararası kuruluşların tavsiyeleri uygun olduğu ölçüde dikkate alınır.

g) Haklı gerekçelerin varlığı halinde, ücretlere zorunlu maliyetleri ve makul bir ölçüde kârı da yansıtmak kaydıyla üst sınır konulabilir" hükmüyle düzenlenmiştir.

Kurum tarafından 406 sayılı Kanun'un değişik 4., 29. ve 30. maddeleri ile 2813 sayılı Kanun'un değişik 7. maddesine dayanılarak, tarifelerin onaylanmasına ve denetlenmesine yönelik usul ve esasların tespiti amacıyla düzenlenen Tarife Yönetmeliği de 28.08.2001 tarihli, 24507 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe konulmuş, Yönetmeliğin 2. maddesinde, Yönetmeliğin, Kurum tarafından, ilgili telekomünikasyon hizmetlerinde, bir işletmecinin hukukî veya fiili bir tekel olduğunun veya ilgili hizmet veya coğrafi piyasada hâkim konumda bulunduğu Kurum tarafından belirlendiğinin veya etkin piyasa gücüne sahip olduğunun

belirlendiği hallerde, işletmecinin kullanıcılara sunduğu telekomünikasyon hizmetlerinde uygulanacak tarifelerin onaylanmasına ve denetlenmesine yönelik usul ve esasları kapsadığı belirtilmiş 5. maddesinde Kurul'un tarifeleri onaylaması sırasında gözetileceği temel ilkeler sayılmış olup, getirilen ilkelerden birisinin de maddenin (e) bendinde, haklı bir gerekçe olmadan bazı hizmetlerin maliyetinin başka hizmetlerin ücretlerinden desteklenmesi veya karşılanmasına olanak vermemesi gerektiği vurgulanmış, 6. maddesinde de, tarifelerin onaylanmasında uygulanacak esaslar sayılmıştır. Anılan maddede;

"a) Tarifeler, hizmetin etkin olarak sağlanması maliyetine dayalı olacaktır.

b) Tarifeler, haklı bir gerekçe olmadıkça;

1) İşletmecinin etkin piyasa gücünün bir sonucu olarak ortaya çıkabilecek aşırı fiyatları içermeyecek,

2) Rekabetin kısıtlanmasını hedefleyen fiyat indirimlerini ihtiva etmeyecek,

3) Aynı veya benzer telekomünikasyon hizmetlerinin sunulmasında kullanıcılar arasında ayırım yapılmasına yol açmayacaktır.

c) Bu maddenin (b) bendi, farklı kullanıcı gruplarının özel durumlarını ve talep yapısını dikkate alan özel tarife seçeneklerinin geliştirilmesine engel teşkil etmeyecektir" hükmü yer almıştır.

Yönetmeliğin 7. maddesinde de; Kurul'un, her bir hizmet için hizmetin etkin olarak sağlanması maliyetine dayalı yöntem ya da belli bir dönemde bir hizmet sepetindeki tarife değişikliklerinin ortalamasına uygulanacak tavan fiyat yöntemini ayrı ayrı veya her ikisini birden uygulayarak tarifeleri onaylayacağı, belirtilen yöntemlerle tarifeler onaylanırken; Kurul'un, tarifelerin hizmetin etkin olarak sağlanması maliyeti yöntemine göre belirlenmesi durumunda, her bir tarifenin bu Yönetmeliğin 6. maddesinin (b) bendinin (1) numaralı alt bendine uygunluğunun inceleneyeceği, bu hükmün gereklerinin sağlanmadığı takdirde tarifeye onay verilmeyeceği, tarifelerin tavan fiyat yöntemine göre belirlenmesi durumunda ise, bu Yönetmeliğin 6. maddesinin (b) bendi (1) numaralı alt bendinin gereklerinin yerine gelmiş sayılacağı, tarifelerin, bu Yönetmeliğin 6. maddesinin (b) bendinin (2) ve (3) numaralı alt bentlerinin gereklerini açıkça karşılamadığı takdirde de onay verilmeyeceği, Kurul'un, tarifeleri değerlendirirken, bu Yönetmeliğin 6. maddesinin (c) bendine göre özel tarife seçeneklerini gözönünde bulunduracağı hükümlerine yer verilmiş, 11. maddesinde, herhangi bir tarifenin tavan fiyat yöntemine göre onaylanması için işletmeci tarafından istenilen bilgi ve belgeler sayılmış, 12. maddesinde de tarifelerin tavan fiyat yöntemine göre onaylanması durumunda göz önünde bulundurulacak hususlar belirlenmiş, Yönetmeliğin 13. maddesinde ise, tarifelerin onaylanma süreci kurala bağlanmıştır.

Dava konusu edilen Yönetmelik maddeleri ile anılan diğer mevzuat hükümlerinin birlikte incelenmesinden; iptali istenilen Yönetmelik hükümlerinin, 2813 ve 406 sayılı Kanunlara aykırı ve kanunları aşan herhangi bir düzenleme getirmediği, anılan kamu hizmetinin gereklerine, kamu yararına ve hukuka uygun bulunduğu anlaşılmaktadır.

Davanın, Türk Telekom tarafından hazırlanan ve 01.03.2007 tarihi itibarıyla yürürlüğe giren yeni ücret tarifesinin onaylanmasına ilişkin Telekomünikasyon Kurulu kararının iptali istemine ilişkin kısmına gelince;

Dava dosyasının incelenmesinden; Türk Telekom tarafından, şirketin 14.12.2006 tarihli ve 743 sayılı yazısı ile, ŞirketHATT, KonuşkanHATT, standartHATT, Hesaplı HATT ve YazlıkHATT tarifeleri kapsamında teklif edilen tarifelerin onaylanmasının talep edildiği, Türk Telekom'un talebinin ilgili mevzuat uyarınca incelenmesi sonucu, Telekomünikasyon Kurulu'nun 25.12.2006 tarih ve 2006/DK-07/777 sayılı kararıyla, tarifelerin 406 sayılı Kanun'un 29.maddesi, Tarife Yönetmeliği'nin 5., 6., 7. ve 12.maddeleri ile Türk Telekomünikasyon A.Ş.'nin Bazı Hizmetlerine İlişkin Tarifelerin Tavan Fiyat Yöntemi ile Onaylanmasına Yönelik Usul ve Esaslara İlişkin Tebliğ (Tavan Fiyat Tebliği) hükümleri gözetilerek onaylandığı, bu kararın 15.01.2007 tarih ve 2191-1303 sayılı Kurum yazısıyla Türk Telekom'a tebliğ edildiği, Türk Telekom'un dava konusu işlemle onaylanan yeni ücret

tarifesinde, aylık kira ücretlerinde %0,0 ile %23,6, il içi arama ücretlerinde ise %17,7 ile %26,4 arasında değişen oranlarda artış, buna karşılık, illerarası arama ücretlerinde %45,6 ile %57,1, uluslararası arama ücretlerinde %0,0 ile %60, sabit telefondan GSM işletmecilerine arama hizmeti ücretlerinde %1,9 ile %46,9 arasında değişen oranlarda düşüş sağlandığı anlaşılmaktadır.

31.12.2003 tarih ve 25333 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Tavan Fiyat Tebliği'nin 4.maddesinde, tavan fiyat formülleri (1) ve (2) nolu formüller olarak belirtilerek, Telekomünikasyon Kurulu'nun, Türk Telekom'un bu Tebliğin 5.maddesinde tanımlanan hizmet sepetine ilişkin tarifeleri sepetteki hizmetlerin bir bütün olarak (1) numaralı eşitsizliği, sepet içinde azami artış oranı belirlenen hizmetlerin de (2) numaralı eşitsizliği aynı anda sağlaması durumunda onaylayacağı belirtilmiş, 5.maddesinde il içi aramaların da bulunduğu hizmet sepetinde, ISDN PA Bağlantı/Nakil/Aylık ücret, uluslararası aramalar ile internet aramalarında azami artış oranı öngörülmesine karşın, il içi aramalar için herhangi bir azami artış oranı öngörülmemiş, bu konuda Türk Telekom serbest bırakılmıştır.

Diğer yandan Tavan Fiyat Tebliği'nin 6.maddesinde, tavan fiyat döneminin 01.01.2004 tarihinde başlayıp 31.12.2005 tarihinde sona erecek şekilde iki yıllık bir dönemi kapsadığı, Kurul'un gerekli görmesi halinde her tavan fiyat döneminin 31.12.2006 tarihinde sona erecek şekilde bir yıl daha uzatabileceği, tavan fiyat döneminin, üçer aylık olmak üzere, sekiz periyottan, Kurul tarafından uzatılması durumunda on iki periyottan oluşacağı, Tebliğin 12.maddesinde de, her periyotta, bu Tebliğin 5.maddesinde yer alan sepetteki bazı hizmetlerin tarifeleri için izin verilen azami artış sınırını ifade edeceği kuralları yer almıştır.

Türk Telekom tarafından hazırlanan ve 1.3.2007 tarihinde yürürlüğe konulan ücret tarifesinin, 31.12.2003 günlü, 25333 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmış olan "Türk Telekomünikasyon A.Ş.'nin Bazı Hizmetlerine İlişkin Tarifelerin Tavan Fiyat Yöntemi ile Onaylanmasına Yönelik Usul ve Esaslara İlişkin Tebliğ" uyarınca incelenerek ve tavan fiyat yöntemiyle onaylandığı, Türk Telekom'un bu Tebliğde öngörülen ve 21.12.2005 günlü, 2005/896 sayılı Kurul kararıyla bir yıl daha uzatılan tavan fiyat döneminin 31.12.2006 tarihinde sona ermesinden önce, 14.12.2006 tarihinde ŞirketHatt, KonuşkanHatt, StandartHatt, HesaplıHatt ve Yazlıkhatt tarife seçenekleri kapsamında önerdiği yeni tarifelerinin onaylanması için Kuruma başvurduğu, Kurulun 25.12.2006 günlü, 2006/DK-07/777 sayılı kararıyla, onaya sunulan tarifeleri 406 sayılı Yasa'nın 29. maddesi ile Tarife Yönetmeliği'nin ilgili maddeleri ve tavan fiyat yöntemine ilişkin Tebliğ hükümlerini gözeterek onayladığı; gerek onay kararında, gerek onay işleminin Türk Telekom'a bildirildiği yazıda tarifelerin yürürlüğe gireceği tarihten söz edilmediği, bu tarifenin onaylanmasından ve yürürlüğe girmesinden sonra, 16.1.2007 günlü, 26405 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan ve 1.1.2007 tarihinden geçerli olmak üzere yürürlüğe giren "Sabit Telefon Şebekesine Erişim veya Sabit Şebeke Üzerinden Arama Hizmetlerine Yönelik İlgili Piyasalarda Etkin Piyasa Gücüne Sahip İşletmecilerin Bazı Hizmetlerine İlişkin Tarifelerin Tavan Fiyat Yöntemi ile Onaylanmasına Yönelik Usul ve Esaslara İlişkin Tebliğ" ile 31.12.2003 günlü, 25333 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren ve Türk Telekom'un 1.3.2007 tarihinden itibaren yürürlüğe koyduğu yeni tarifenin onaylanmasında uygulanan Tebliğin yürürlükten kaldırıldığı, yeni Tebliğ'in geçici 1. maddesinde ise "31.12.2003 tarih ve 25333 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren Türk Telekomünikasyon A.Ş.'nin Bazı Hizmetlerine İlişkin Tarifelerin Tavan Fiyat Yönteminin Uygulanmasına Yönelik Usul ve Esaslara İlişkin Tebliğ hükümleri yürürlükte olduğu dönemde ilgili işletmeci tarafından teklif edilen tarife değişikliği önerilerinin Kurul tarafından onaylanması ancak 1.1.2007 tarihinden sonraki bir tarihte yürürlüğe girecek olması durumunda; 2007 yılı periyodu için, hizmet sepetindeki her hizmet için ilk periyottaki fiyat değişiminin hesaplanmasında kullanılacak olan başlangıç fiyat düzeyi onaylanan tarifeler olacaktır." hükmüne yer verilerek, dava konusu işlemle onaylanan tarifenin 1.1.2007 tarihinde başlayan tavan fiyat dönemi için başlangıç fiyat düzeyi olarak kabul edildiği anlaşılmaktadır.

Daha önceki dönemlerde telekomünikasyon hizmetlerinde egemen olan anlayış çerçevesinde fiyatların maliyetlerinden uzaklaştırılarak, uzak mesafe ve uluslararası arama ücretlerinin aşırı fiyatlandırılması, yerel arama ücretlerinin, yani il içi arama ve aylık sabit ücretlerin aşırı düşük tutulması; bu yapının doğal sonucu olarak, telefon kullanımı görece yoğun olan bireysel kullanıcılar ile uzak mesafe ve uluslararası telefon harcamaları toplam telefon harcamaları içinde önemli bir yer tutan ticari kullanıcıların, telefon harcaması düşük mesken telefonu kullanıcılarını sübvansetmesi ve bu politikanın, telefon hizmetlerine yönelik talebi kısıtlayıp, telekomünikasyon sektörünün büyümesini engellemesi, genellikle kullanım profili yüksek ticari kullanıcıların iletişim maliyetlerini artırarak ekonomiye zarar vermesi, bu firmaların maliyetlerini artırarak uluslararası piyasada rekabet güçlerini zayıflatması hususları gözönüne alınarak; söz konusu çapraz sübvansiyonun ortada kaldırılmasını ifade eden "tarifelerin dengelenmesi" sürecinin başlatıldığı, bu süreçte tarifelerin yeniden dengelenmesi ile kullanım profili yüksek bireysel mesken kullanıcıları ile ticari kullanıcıların toplam telefon harcamalarında düşüşe, kullanım profili düşük bireysel mesken kullanıcılarının telefon harcamalarında artışa gidilmek suretiyle, daha sağlıklı bir finansal yapının yaratılması ve yatırımların artmasının sağlanması, piyasada rekabetin artırılması, artan hizmet çeşitliliğinden ve kalitesinden ve düşen arama ücretlerinden dolayı zaman içerisinde tüketicilerin faydalanmasını temin amacıyla tesis edilen dava konusu tarifenin, mevzuata uygun olarak hazırlanıp, onaylandığı, kamu yararı ve hizmet gereklerine uygun bulunduğu anlaşılmakta olup; aksi yöndeki davacı iddiaları ile, tarifenin yürütülmesinin durdurulmasına dair Danıştay Onüçüncü Dairesi Kararı uyarınca Türk Telekom'un yeni bir tarife hazırlayıp, Telekomünisyon Kurumu'nun 18.7.2007 tarih ve 2007/DK-07/396 sayılı kararıyla onaylanması ve 21.7.2007 tarihinden itibaren de yürürlüğe girmiş olması nedeniyle davanın konusuz kaldığı iddiası yerinde görülmemiştir,

Açıklanan nedenlerle davanın reddine karar verilmesinin uygun olacağı düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Karar veren Danıştay Onüçüncü Dairesi'nce, duruşma için önceden belirlenen 23.06.2009 tarihinde davacı vekili Av. ..., davalı Kurum vekili Av. ... ile davalı yanında müdahil Türk Telekomünikasyon A.Ş. vekili Av. ...'ın geldikleri, Danıştay Savcısının hazır bulunduğu görülmekle açık duruşmaya başlandı. Taraflara ve müdahile usulüne uygun söz verilip dinlendikten ve Danıştay Savcısı'nın düşüncesi alındıktan sonra, taraflara ve müdahile son kez söz verilip duruşma tamamlandı. Dava dosyası incelenerek gereği görüldü;

Dava, Türk Telekomünikasyon A.Ş. (Türk Telekom) tarafından hazırlanan ve 01.03.2007 tarihi itibarıyla yürürlüğe giren yeni ücret tarifesinin onaylanmasına ilişkin 25.12.2006 tarih ve 2006/DK-07/777 sayılı Telekomünikasyon Kurulu kararının ve 28.08.2001 tarih ve 24507 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan Tarife Yönetmeliği'nin 7. maddesinin tavan fiyat yöntemine ilişkin kısımları ile 11. ve 12. maddelerinin iptali istemiyle açılmıştır.

Dava konusu tarifenin onaylandığı tarihte yürürlükte bulunan mevzuat hükümleri incelendiğinde;

2813 sayılı Telsiz Kanunu'nun, 4502 sayılı Kanun'un 16. maddesi ile değişik ve Telekomünikasyon Kurumu'nun görevlerinin düzenlendiği 7. maddesinin 1. fıkrasının (h) bendinde, "Telekomünikasyon hizmetlerinden ve altyapısından yararlanacak kullanıcılara ve telekomünikasyon şebekeleri arasındaki ara bağlantılar bakımından diğer işletmecilere uygulanacak ücret tarifelerine ve sözleşme hükümlerine ve teknik hususlara ilişkin genel kriterleri ve görev alanına giren diğer konularda uygulama usul ve esaslarını belirlemek, tarifeleri incelemek, değerlendirmek, gerekenleri onaylamak ve bunların uygulanmasını izlemek" Telekomünikasyon Kurumu'nun görevleri arasında sayılmış; maddenin 2. fıkrasında ise, Kurum'un tüketici menfaatlerinin korunması için de gerekli tedbirleri alacağı belirtilmiştir.

406 sayılı Telgraf ve Telefon Kanunu'nun değişik 4. maddesinde, telekomünikasyon hizmetlerinin yürütülmesinde ve/veya telekomünikasyon altyapısı işletiminde ve bu hususlarda yapılacak düzenlemelerde nitelik ve nicelik itibariyle gözönünde bulundurulacak ilkeler belirlenmiş olup, maddenin (a) bendinde, "Herkesin makul bir ücret karşılığında telekomünikasyon hizmetlerinden ve altyapısından yararlanmasını sağlayacak uygulamaların teşvik edilmesi", (k) bendinde de, "İlgili mevzuat, imtiyaz sözleşmesi veya telekomünikasyon ruhsatında açıkca belirlenen durumlar haricinde, ara bağlantı ücretleri ile hat ve devre kiralari da dahil telekomünikasyon hizmetleri karşılığı alınacak ücretlerin, yatırım ve işletme maliyetlerini ve genel masraflardan ilgili payını, amortisman ve makul ölçüde kârı mümkün olduğu ölçüde yansıtmayı" gerektiği hükme bağlanmıştır.

406 sayılı Kanun'un 29. maddesinde, telekomünikasyon hizmetlerinin ücret esasları düzenlenerek, "İşletmeciler, telekomünikasyon hizmetlerinin yürütülmesi ve/veya altyapı işletilmesi karşılığında alacakları ücretleri ilgili mevzuat, tabi oldukları görev veya imtiyaz sözleşmesi, telekomünikasyon ruhsatı veya genel izin ile Kurum düzenlemelerine aykırı olmayacak şekilde serbestçe belirleyebilirler. Aşağıdaki hallerde Kurum, hat ve devre kiralari da dahil olmak üzere ücretlerin hesaplanma yöntemlerini ve üst sınırlarını, makul ve ayırım gözetmeyen şartlarla, 30 uncu maddede belirlenen genel ilkeler çerçevesinde çıkarılacak yönetmelikler, tebliğler ve sair idari düzenlemeler, imtiyaz sözleşmeleri ve telekomünikasyon ruhsatlarının hüküm ve şartları da gözetilerek tayin ve tespit etmeye yetkilidir:

a) Türk Telekom veya başka bir işletmecinin, vermekle yükümlü olduğu evrensel hizmet dahil, bazı hizmetlerin maliyetini başka hizmetlerin ücretlerinden karşılamak zorunda olduğu haller,

b) İlgili telekomünikasyon hizmetlerinde, bir işletmecinin hukuki veya fiili bir tekel olduğunun veya ilgili hizmet veya coğrafi piyasada hakim konumda bulunduğu Kurum tarafından belirlendiği haller,

c) Ücretlerin Kurum düzenlemelerine aykırı işlem ve eylemlerle belirlendiğinin tespit edildiği haller,

d) Kurum'un çıkaracağı yönetmeliklerde belirleyeceği diğer durumlar" hükmüne yer verilmiştir.

Anılan Kanun'un 30. maddesinde ise, Kurum'un, telekomünikasyon hizmetlerinin yürütülmesi ve/veya altyapı işletilmesi karşılığında alınacak ücretlere ilişkin düzenlemelerini, maddede sayılan genel ilkelerin gerçekleştirilmesi hususunu gözönünde tutarak yapacağı öngörülmüş ve genel ilkeler; "a) Ücretler adil olmalı ve benzer konumdaki kişiler arasında haklı olmayan nedenlerle ayırım gözetmemelidir. Bu genel ilke, toplumdaki ihtiyaç sahibi kesimlere özel ve kapsamı açıkca ve sınırlı olarak belirlenmiş kolaylıklar sağlanmasını engellemez,

b) 29 uncu madde kapsamına giren durumlarda; ücretlerin 4 üncü maddenin (k) bendinde öngörülen şekilde yatırım ve işletme maliyetleri de dahil olmak üzere, mümkün olduğunca ilgili hizmetin maliyetlerini yansıtacak şekilde belirlenerek tarifelerin dengelenmesi esas olup, bir hizmetin maliyetinin diğer bir hizmetin ücreti yoluyla desteklenmesinden veya karşılanmasından kaçınılır,

c) Ücretler; kendisine bir maliyet yükleyen ve anılan ücretin kapsamında olan her hizmet kalemini ayrı ayrı gösterir,

d) Ücretlerin, uygun olduğu ölçüde, gelişen teknolojik şartlar çerçevesinde uluslararası standartlara ve ölçeklere yaklaştırılması esastır.

e) Ücretlerin, değişik hizmet türü ve kategorileri için, teknolojik gelişmeyi ve yeni yatırımları teşvik etmeye yönelik düzeyde olması gözetilir.

f) Ücretlerin belirlenmesinde, Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası anlaşmalar ve uluslararası kuruluşların tavsiyeleri uygun olduğu ölçüde dikkate alınır.

g) Haklı gerekçelerin varlığı halinde, ücretlere zorunlu maliyetleri ve makul bir ölçüde kârı da yansıtmak kaydıyla üst sınır konulabilir" hükmüyle düzenlenmiştir.

Yukarıda ayrıntısı ile aktarılan ve davaya konu tarifeyle ilişkin bulunan yasal düzenlemelerden; Telekomünikasyon Kurumu'nun tarifeleri inceleme ve gerekenleri onaylama görevi sırasında tüketici menfaatlerinin korunması için gerekli tedbirleri alacağı, herkesin makul bir ücret karşılığında telekomünikasyon hizmetlerinden ve altyapısından yararlanmasını sağlayacak uygulamaların teşvik edilmesi ve telekomünikasyon hizmetleri karşılığı alınacak ücretlerin, yatırım ve işletme maliyetlerini ve genel masraflardan ilgili payını, amortisman ve makul ölçüdeki kârı mümkün olduğu ölçüde yansıtmaları gerektiği, işletmecilerin, telekomünikasyon hizmetlerinin yürütülmesi ve/veya altyapı işletilmesi karşılığında alacakları ücretleri serbestçe belirleyebilmekle birlikte, Kurum'un bazı durumlarda ücretlerin hesaplanma yöntemlerini ve üst sınırlarını, makul ve ayırım gözetmeyen şartlarla, 30. maddede belirlenen genel ilkeler çerçevesinde çıkarılacak yönetmelikler, tebliğler ve sair idari düzenlemeler, imtiyaz sözleşmeleri ve telekomünikasyon ruhsatlarının hüküm ve şartları da gözetilerek tayin ve tespit etmeye yetkili bulunduğu, bu durumlardan birisinin de ilgili telekomünikasyon hizmetlerinde, bir işletmecinin hukukî veya fiili bir tekel olduğunun veya ilgili hizmet veya coğrafi piyasada hâkim konumda bulunduğu Kurum tarafından belirlendiği haller olduğu, Kurum'un, telekomünikasyon hizmetlerinin yürütülmesi ve/veya altyapı işletilmesi karşılığında alınacak ücretlere ilişkin düzenlemelerinde bir takım genel ilkelerin gerçekleştirilmesi hususunu gözönünde tutarak yapacağı, bu ilkelerden birisinin de, yatırım ve işletme maliyetleri de dahil olmak üzere, mümkün olduğunca ilgili hizmetin maliyetlerini yansıtacak şekilde belirlenerek tarifelerin dengelenmesi esası olduğu, bir hizmetin maliyetinin diğer bir hizmetin ücreti yoluyla desteklenmesinden veya karşılanmasından kaçınılması gerektiği, haklı gerekçelerin varlığı halinde, ücretlere zorunlu maliyetleri ve makul bir ölçüde kârı da yansıtmak kaydıyla üst sınır konulabileceği anlaşılmaktadır.

Kurum tarafından 406 sayılı Kanun'un değişik 4., 29. ve 30. maddeleri ile 2813 sayılı Kanun'un değişik 7. maddesine dayanılarak, tarifelerin onaylanmasına ve denetlenmesine yönelik usul ve esasların tespiti amacıyla düzenlenen Tarife Yönetmeliği 28.08.2001 tarihli, 24507 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe konulmuş olup, Yönetmeliğin 2. maddesinde; bu Yönetmeliğin, Kurum tarafından, ilgili telekomünikasyon hizmetlerinde, bir işletmecinin hukukî veya fiili bir tekel olduğunun veya ilgili hizmet veya coğrafi piyasada hâkim konumda bulunduğu veya etkin piyasa gücüne sahip olduğunun belirlendiği hallerde, işletmecinin kullanıcılara sunduğu telekomünikasyon hizmetlerinde uygulanacak tarifelerin onaylanmasına ve denetlenmesine yönelik usûl ve esasları kapsadığı belirtilmiştir.

Dolayısıyla, Telekomünikasyon Kurumu'nun, tarifeleri yasaların yukarıda aktarılan hükümleri ile Tarife Yönetmeliği hükümleri uyarınca inceleyeceği, mevzuata aykırı bulduğu tarifeleri onaylamaması gerektiği açıktır.

Tarife Yönetmeliği'nin 5. maddesinde, Kurul'un tarifeleri onaylaması sırasında gözececeği temel ilkeler sayılmış olup, maddenin (e) bendinde, "haklı bir gerekçe olmadan bazı hizmetlerin maliyetinin başka hizmetlerin ücretlerinden desteklenmesi veya karşılanmasına olanak vermemesi" ilkesine yer verilmiş; 6. maddesinde de, tarifelerin onaylanmasında uygulanacak esaslar sayılmıştır. Anılan maddede;

"a) Tarifeler, hizmetin etkin olarak sağlanması maliyetine dayalı olacaktır.

b) Tarifeler, haklı bir gerekçe olmadıkça;

1) İşletmecinin etkin piyasa gücünün bir sonucu olarak ortaya çıkabilecek aşırı fiyatları içermeyecek,

2) Rekabetin kısıtlanmasını hedefleyen fiyat indirimlerini ihtiva etmeyecek,

3) Aynı veya benzer telekomünikasyon hizmetlerinin sunulmasında kullanıcılar arasında ayırım yapılmasına yol açmayacaktır.

c) Bu maddenin (b) bendi, farklı kullanıcı gruplarının özel durumlarını ve talep yapısını dikkate alan özel tarife seçeneklerinin geliştirilmesine engel teşkil etmeyecektir" hükmü yer almıştır.

Yönetmeliğin 7. maddesinde de; Kurul'un, her bir hizmet için hizmetin etkin olarak sağlanması maliyetine dayalı yöntem ya da belli bir dönemde bir hizmet sepetindeki tarife değişikliklerinin ortalamasına uygulanacak tavan fiyat yöntemini ayrı ayrı veya her ikisini birden uygulayarak tarifeleri onaylayacağı, belirtilen yöntemlerle tarifeler onaylanırken; Kurul'un, tarifelerin hizmetin etkin olarak sağlanması maliyeti yöntemine göre belirlenmesi durumunda, her bir tarifenin bu Yönetmeliğin 6. maddesinin (b) bendinin (1) numaralı alt bendine uygunluğunun inceleneceği, bu hükmün gerekleri sağlanmadığı takdirde tarifeye onay verilmeyeceği, tarifelerin tavan fiyat yöntemine göre belirlenmesi durumunda ise, bu Yönetmeliğin 6. maddesinin (b) bendi (1) numaralı alt bendinin gereklerinin yerine gelmiş sayılacağı, tarifelerin, bu Yönetmeliğin 6. maddesinin (b) bendinin (2) ve (3) numaralı alt bentlerinin gereklerini açıkça karşılamadığı takdirde de onay verilmeyeceği, Kurul'un, tarifeleri değerlendirirken, bu Yönetmeliğin 6. maddesinin (c) bendine göre özel tarife seçeneklerini gözönünde bulunduracağı hükümlerine yer verilmiştir.

Bunun yanında, Yönetmeliğin 11. maddesinde, herhangi bir tarifenin tavan fiyat yöntemine göre onaylanması için işletmeciler tarafından istenilen bilgi ve belgeler sayılmış; 12. maddesinde, tarifelerin tavan fiyat yöntemine göre onaylanması durumunda göz önünde bulundurulacak hususlar belirlenmiş; 13. maddesinde ise, tarifelerin onaylanma süreci kurala bağlanmıştır.

Davacı tarafından, Türk Telekom tarifesinin tavan fiyat yöntemi ile onaylanmasına olanak sağlanması nedeniyle, Yönetmeliğin 7. maddesinin ilgili kısımları ile 11. ve 12. maddelerinin iptali istenilmektedir.

Yukarıda aktarılan mevzuat hükümlerinde, Türk Telekom'un tavan fiyat yöntemi dışında başka bir tarife hazırlamasını zorunlu kılan bir kuralın yer almaması nedeniyle, davacının iptalini istediği Yönetmelik hükümlerinin, 2813 ve 406 sayılı Kanunlara aykırı ve Kanunları aşan bir düzenleme getirmediği, kamu yararı ve hizmet gereklerine uygun bulunduğu sonucuna ulaşılmıştır.

Davanın, Türk Telekom tarafından hazırlanan ve 01.03.2007 tarihi itibarıyla yürürlüğe giren yeni ücret tarifesinin onaylanmasına ilişkin Telekomünikasyon Kurulu kararının iptali istemine ilişkin kısmına gelince;

Dava dosyasının incelenmesinden; Türk Telekom tarafından, şirketin 14.12.2006 tarihli ve 743 sayılı yazısı ile, ŞirkethATT, KonuşkanHATT, StandartHATT, HesaplıHATT ve YazlıkHATT tarifeleri kapsamında teklif edilen tarifelerin onaylanmasının talep edildiği, Türk Telekom'un talebinin ilgili mevzuat uyarınca incelenmesi sonucu, Telekomünikasyon Kurulu'nun 25.12.2006 tarih ve 2006/DK-07/777 sayılı kararıyla, tarifelerin 406 sayılı Kanun'un 29. maddesi, Tarife Yönetmeliği'nin 5., 6., 7. ve 12. maddeleri ile Türk Telekomünikasyon A.Ş.'nin Bazı Hizmetlerine İlişkin Tarifelerin Tavan Fiyat Yöntemi ile Onaylanmasına Yönelik Usul ve Esaslara İlişkin Tebliğ (Tavan Fiyat Tebliği) hükümleri gözetilerek onaylandığı, bu kararın 15.01.2007 tarih ve 2191-1303 sayılı Kurum yazısıyla Türk Telekom'a tebliğ edildiği, Türk Telekom tarafından dava konusu tarifenin, ulusal, uluslararası ve cep telefonu görüşmelerinde şimdiye kadar yapılmış en büyük indirimi içerdiği şeklinde kamuoyuna duyurulduğu, bu duyuruda 01 Mart 2007 tarihinden itibaren geçerli olacak yeni fiyat tarifiyle şehirlerarası aramaların şehiriçi ile aynı fiyata getirildiğinin de belirtildiği anlaşılmaktadır.

Davalı idare savunmasında, Türk Telekom'un onaylanan tarifeleri incelendiğinde genel olarak; aylık kirada (sabit) %0 ile %23,6, ilçe arama hizmet ücretlerinde %17,7 ile %26,4 arasında değişen oranlarda artış; illerarası arama hizmeti ücretlerinde %45,6 ile %57,1, uluslararası arama hizmeti ücretlerinde %0 ile %60, sabitten GSM işletmecilerine arama hizmeti ücretlerinde de %1,9 ile %46,9 arasında değişen oranlarda düşüş yapıldığı,

bu tarifenin, 31.12.2003 tarih ve 25333 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanarak 31.12.2006 tarihine kadar yürürlükte bulunan Tavan Fiyat Tebliği hükümlerine göre onaylandığı belirtilmektedir.

Bakılan davanın konusunu da, Türk Telekom tarafından hazırlanan, Telekomünikasyon Kurumu tarafından Tarife Yönetmeliği ve sözü edilen Tebliğ çerçevesinde incelenen ve onaylanan tarifenin iptali istemi oluşturmaktadır.

Telekomünikasyon Kurumu tarafından, Tarife Yönetmeliği'ne dayanılarak, Türk Telekom'un kullanıcılara sunduğu bazı telekomünikasyon hizmetlerinde uygulanacak tarifelerin "Tavan Fiyat Yöntemi"ne göre onaylanmasına ilişkin usûl ve esasları belirlemek amacıyla Tavan Fiyat Tebliği hazırlanarak 31.12.2003 tarih ve 25333 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmıştır.

31.12.2003 tarih ve 25333 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan Tavan Fiyat Tebliği'nin 4. maddesinde, tavan fiyat formülleri (1) ve (2) nolu formüller olarak belirtilerek, Telekomünikasyon Kurulu'nun, Türk Telekom'un bu Tebliğin 5. maddesinde tanımlanan hizmet sepetine ilişkin tarifeleri sepetteki hizmetlerin bir bütün olarak (1) numaralı eşitsizliği, sepet içinde azami artış oranı belirlenen hizmetlerin de (2) numaralı eşitsizliği aynı anda sağlaması durumunda onaylayacağı belirtilmiş, 5. maddesinde il içi aramaların da bulunduğu hizmet sepetinde, ISDN PA Bağlantı/Nakil/Aylık ücret, uluslararası aramalar ile internet aramalarında azami artış oranı öngörülmesine karşın, il içi aramalar için herhangi bir azami artış oranı öngörülmemiş, bu konuda Türk Telekom serbest bırakılmıştır.

Diğer yandan Tavan Fiyat Tebliği'nin 6. maddesinde, tavan fiyat döneminin 01.01.2004 tarihinde başlayıp 31.12.2005 tarihinde sona erecek şekilde iki yıllık bir dönemi kapsadığı, Kurul'un gerekli görmesi halinde her tavan fiyat dönemini 31.12.2006 tarihinde sona erecek şekilde bir yıl daha uzatabileceği, tavan fiyat döneminin, üçer aylık olmak üzere, sekiz periyottan, Kurul tarafından uzatılması durumunda oniki periyottan oluşacağı, Tebliğin 12. maddesinde de, her bir periyotta, bu Tebliğin 5. maddesinde yer alan sepetteki bazı hizmetlerin tarifeleri için izin verilen azami artış sınırını ifade edeceği kuralları yer almıştır.

Görüldüğü üzere Tavan Fiyat Tebliği ile; Türk Telekom tarafından hizmet sepetinde yer alan telekomünikasyon hizmetlerine yapılabilecek aşırı fiyat artışlarının önüne geçebilmek amacıyla idarece saptanan formülle, ortaya çıkan yeni tarifenin test edilmesi yöntemi getirilmiştir.

Ancak, 16.01.2007 tarih ve 26405 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanarak 01.01.2007 tarihinden itibaren geçerli olmak üzere yayımı tarihinde yürürlüğe giren Sabit Telefon Şebekesine Erişim veya Sabit Şebeke Üzerinden Arama Hizmetlerine Yönelik İlgili Piyasalarda Etkin Piyasa Gücüne Sahip İşletmecilerin Bazı Hizmetlerine İlişkin Tarifelerin Tavan Fiyat Yöntemi ile Onaylanmasına Yönelik Usul ve Esaslara İlişkin Tebliğ'in 21. maddesiyle, 31/12/2003 tarih ve 25333 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren Tavan Fiyat Tebliğ hükümleri yürürlükten kaldırılmıştır.

Sözü edilen yeni Tebliğ'le yürürlükten kalkan Tebliğ'de idarece saptanan formüller aynı olmakla birlikte, yeni Tavan Fiyat Tebliği'nin hizmet sepetinin belirlendiği 5. maddesinde, il içi arama ücretine azami artış oranı sınırı getirilmiştir. Tebliğin 6. maddesinde, tavan fiyat döneminin, 01.01.2007 tarihinde başlayıp 31.12.2008 tarihinde sona erecek şekilde iki yıllık bir dönemi kapsadığı, Kurul'un, gerek görmesi halinde tavan fiyat döneminin 31.12.2009 tarihinde sona erecek şekilde bir yıl uzatılabileceği, tavan fiyat döneminin, bir yıllık olmak üzere iki periyottan, Kurul tarafından tavan fiyat döneminin uzatılması halinde üç periyottan oluşacağı, Tebliğin 12. maddesinde de, her bir periyotta, bu Tebliğin 5. maddesinde yer alan sepetteki bazı hizmetlerin tarifeleri için izin verilen azami artış sınırını ifade edeceği hükümleri yer almıştır.

Bu durumda; Türk Telekom tarafından dava konusu tarifenin 31.12.2003 tarih ve 25333 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan Tavan Fiyat Tebliği'ne göre hazırlandığı, Kurum tarafından da aynı Tebliğ hükümlerine göre incelenerek, 25.12.2006 tarihinde onaylandığı ve

01.03.2007 tarihinde yürürlüğe girdiği anlaşılmaktadır. Ancak sözü edilen Tebliğin 01.01.2004 tarihinde başlayıp 31.12.2005 tarihinde sona erecek şekilde iki yıllık bir dönemi kapsamı, Kurul'un gerekli görmesi halinde her tavan fiyat döneminin 31.12.2006 tarihinde sona erecek şekilde bir yıl daha uzatılarak yürürlükte bulunması karşısında, Kurum tarafından, bu Tebliğe dayalı olarak 2007 ve daha sonraki dönemlere ilişkin tarife onaylanmasında hukuka uyarlık bulunmamaktadır.

Öte yandan, 01.01.2007 tarihinden itibaren geçerli olmak üzere yürürlüğe giren yeni Tebliğ'in geçici 1. maddesindeki, "31.12.2003 tarih ve 25333 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren Türk Telekomünikasyon A.Ş.'nin Bazı Hizmetlerine İlişkin Tarifelerin Tavan Fiyat Yönteminin Uygulanmasına Yönelik Usul ve Esaslara İlişkin Tebliğ hükümleri yürürlükte olduğu dönemde ilgili işletmeciler tarafından teklif edilen tarife değişikliği önerilerinin Kurul tarafından onaylanması, ancak 1.1.2007 tarihinden sonraki bir tarihte yürürlüğe girecek olması durumunda; 2007 yılı periyodu için, hizmet sepetindeki her hizmet için ilk periyottaki fiyat değişiminin hesaplanmasında kullanılacak olan başlangıç fiyat düzeyi onaylanan tarifeler olacaktır" hükmünün de onaylanacak tarifenin başlangıç fiyat düzeyine ilişkin bulunması nedeniyle, 2007 ve daha sonraki dönemlerde tarife onaylanmasına dayanak alınamayacağı anlaşılmaktadır.

Esasen 16.01.2007 tarih ve 26405 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanarak 01.01.2007 tarihinden itibaren geçerli olmak üzere yayımı tarihinde yürürlüğe giren yeni Tebliğ'le; ilçe arama ücretine TÜFE-%3,3 oranında azami artış oranı sınırının getirilmesi, onaya ilişkin eski Tebliğ hükümlerinde böyle bir sınırlamanın bulunmaması ve davanın konusunu da ilçe aramalara yüksek oranda zam yapılırken, şehirlerarası ve uluslararası görüşmelere maliyetin altında indirim yapılması yönündeki iddiaların oluşturması nedenleriyle, onaylanan tarifenin, Kanun'la korunması gereken tüketici menfaatlerine aykırı olduğu, 406 sayılı Kanun'un 30/b maddesinde ve Tarife Yönetmeliği'nin 5/e maddesinde öngörülen bazı hizmetlerin maliyetinin başka hizmetlerin ücretlerinden desteklenmesi veya karşılanmaması gerektiğine ilişkin ilkeyle bağdaşmadığı, bu itibarla mevzuata uygun olarak onaylanmadığı, kamu yararı ve hizmet gereklerine uyarlık bulunmadığı sonucuna ulaşılmıştır.

Diğer taraftan, davalı idarece ilçe aramalara yapılan zammın üç yıldır herhangi bir artış yapılmamasından kaynaklandığı ileri sürülmekte ise de; aynı tarifenin şehirlerarası ve uluslararası görüşmelerde yüksek oranlarda indirim içermesi nedeniyle, 406 sayılı Kanun'un 30/b maddesinde belirtilen tarifelerin dengelemesinin hukuka aykırı olarak yapıldığı anlaşıldığından, davalı idarenin bu savunması da yerinde bulunmamıştır.

Açıklanan nedenlerle; Tarife Yönetmeliği'nin 7. maddesinin tavan fiyat yöntemine ilişkin kısımları ile 11. ve 12. maddelerinin iptali istemine ilişkin olarak davanın reddine, Türk Telekomünikasyon A.Ş. tarafından hazırlanan ve 01.03.2007 tarihi itibarıyla yürürlüğe giren yeni ücret tarifelerinin onaylanmasına ilişkin 25.12.2006 tarih ve 2006/DK-07/777 sayılı Telekomünikasyon Kurulu kararının iptaline, aşağıda dökümü yapılan 133,40-TL yargılama giderlerinin 66,70-TL'sinin davacı üzerinde bırakılmasına, geriye kalan yargılama 66,70-TL giderleri ile Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi uyarınca 1.250-TL avukatlık ücretinin davalı idareden alınarak davacıya verilmesine, 1.250-TL avukatlık ücretinin ise davacıdan alınarak davalı idareye verilmesine, 23.06.2009 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

ENERJİ PİYASASI İŞLERİ

T.C.
DANIŞTAY
Onüçüncü Daire
Esas No : 2007/5970
Karar No : 2009/5492

Özeti : Dağıtıcısı dışında akaryakıt ikmali, akaryakıt istasyonu dışında akaryakıt ikmali, standartlara aykırı akaryakıt ikmali yaptığı ve lisansına kayıtlı olmayan akaryakıt tankeriyle akaryakıt taşımacılığı yaptığı tespit edilen davacı şirkete idarî para cezası verilmesine ilişkin Enerji Piyasası Düzenleme Kurulu kararının dağıtıcısı dışında akaryakıt ikmali, akaryakıt istasyonu dışında akaryakıt ikmali ve standartlara akaryakıt ikmali yaptığına ilişkin kısmında hukuka aykırılık bulunmadığı, idarî para cezasının dayanağı olan 5015 sayılı Petrol Piyasası Kanununun 19. maddesinin 5278 sayılı Yasa ile değişmesi nedeniyle cezanın tahsil edileceği tarihte lehe bir değişiklik söz konusu ise bu miktar esas alınarak tahsilat yapılacağından ihlâlin gerçekleştiği tarih esas alınarak tesis edilen işlemde bu yönüyle de hukuka aykırılık bulunmadığı, işlemin, lisansına kayıtlı olmayan akaryakıt tankeriyle akaryakıt taşımacılığı yaptığından bahisle verilen idarî para cezasına dair kısmında ise, 5015 sayılı Kanunun 5784 sayılı Kanunla değişik 2. maddesinin 39 numaralı bendinde karayolu ile akaryakıt taşımacılığının lisans alınması zorunlu faaliyetlerin kapsamı dışına çıkarılmış olması ve 5015 sayılı Kanunun 9. maddesinin 8. fıkrasının yürürlükten kaldırılmış olması nedeniyle hukuka uyarlık bulunmadığı hakkında.

Davacı : ... Petrol Nakliyat Tekstil Tarım Ürünleri Sanayi ve Ticaret Ltd. Şti.

Vekili : Av. ...

Davalı : Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu

Vekili : Av. ...

Davanın Özeti : Davacı şirkete, dağıtıcısı haricinde akaryakıt ikmali, akaryakıt istasyonu dışında akaryakıt ikmali, standartlara aykırı akaryakıt ikmali ve lisansına kayıtlı olmayan tanklerle akaryakıt taşımacılığı yaptığından bahisle idarî para cezası verilmesine ilişkin Enerji Piyasası Düzenleme Kurulu'nun 15.02.2007 tarih ve 1104/43 sayılı kararının; akaryakıtı kendi ihtiyacı için aldığı, tankerden akaryakıt satışının bulunmadığı, bir defaya mahsus olmak üzere ödünç akaryakıt verildiği ileri sürülerek iptali istenilmektedir.

Savunmanın Özeti: 5015 sayılı Kanun'un 14. maddesinin verdiği yetki çerçevesinde yapılan denetimlerde, davacının bayisi olduğu dağıtıcı dışında akaryakıt ikmali, akaryakıt tankeriyle akaryakıt istasyonu dışında seyyar pompa ile akaryakıt ikmali ve standartlara aykırı akaryakıt ikmali yaptığıın tespit edildiği, bu tespiti dayanılarak verilen

idari para cezasında Kanun'a aykırılık bulunmadığı belirtilerek, davanın reddi gerektiği savunulmaktadır.

Danıştay Tetkik Hâkimi Cengiz MASYAN'ın Düşüncesi : Dava konusu işlemde hukuka aykırılık bulunmadığından davanın reddine karar verilmesi gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı Gülen AYDINOĞLU'nun Düşüncesi : Dava, davacı şirketin dağıtıcısı haricinde akaryakıt ikmali yaptığı, istasyonda bulunan pompalar haricinde tankerden akaryakıt satışı ve standartlara aykırı akaryakıt ikmali yaptığı gerekçesiyle idari para cezası ile cezalandırılmasına ilişkin işlemin iptali istemiyle açılmıştır.

5015 sayılı Petrol Piyasası Kanunu'nun 2./10.maddesinde, bayilik, karşılıklı yükümlülüklerin ekinde fizibilite olan bir sözleşmeye bağlanarak akaryakıt dağıtım şirketleri tarafından gerçek ve tüzel kişilere akaryakıtın kullanıcılara ikmali yetkisi verilmesi işlemi; 24. bendinde, kullanıcı, petrol kullanımı yapan gerçek ve tüzel kişileri; 25. bendinde, kullanım petrolün sadece kişisel ve işletme ihtiyaçları için tüketimi olarak tanımlanmış, Kanunun 8/2-(a) maddesinde, lisanslı bayilerin bayilik lisansı süresince, bayisi olduğu dağıtıcı haricinde, diğer dağıtıcı ve onların bayilerinden akaryakıt ikmali yapamayacakları hükme bağlanmış, bulunmaktadır.

Anılan Kanunun 4/4-(I) maddesinde de; "Piyasa faaliyetlerinde, Kurulun belirleyeceği teknik düzenlemelere uygun akaryakıt sağlamak" lisans sahiplerinin yükümlülükleri arasında sayılmıştır.

Anılan Yasanın "İdari para cezaları" başlıklı 19.maddesinde; lisans alınmaksızın lisansa tabi faaliyetlerin yapılması ve sahip olunan lisansın verdiği haklar dışında faaliyet gösterilmesi halinde, sorumluları hakkında Yasada öngörülen miktarda idari para cezası uygulanacağı belirtilmiştir.

Dava dosyasında mevcut bilgi ve belgelerin incelenmesinden; davacı şirketin bayisi olduğu dağıtım şirketi dışında bir yerden akaryakıt ikmal ettiği, istasyon dışında tankeri ile akaryakıt sattığı ve standartlara aykırı akaryakıt ikmal ettiği anlaşılmakta olup; davacı hakkında yapılan inceleme sonucu saptanan bu hususlar nedeniyle verilen idari para cezalarında mevzuata aykırılık saptanmamıştır.

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 görüldü:

Dava; bayilik lisansı sahibi olan davacı şirkete, dağıtıcısı haricinde akaryakıt ikmali yaptığından bahisle 5015 sayılı Kanun'un 19. maddesinin ikinci fıkrasının (a) bendinin (4) numaralı alt bendi uyarınca 142.892,-TL, akaryakıt istasyonu dışında akaryakıt ikmali yaptığından bahisle aynı maddenin ikinci fıkrasının (a) bendinin (3) numaralı alt bendi uyarınca 142.892,- TL, lisansına işletmediği tankeri ile akaryakıt taşımacılığı yaptığından bahisle 142.892,- TL ve standartlara aykırı akaryakıt ikmali yaptığından bahisle aynı maddenin ikinci fıkrasının (b) bendinin (3) numaralı alt bendi uyarınca 57.156,- TL idarî para cezası verilmesine ilişkin Enerji Piyasası Düzenleme Kurulu'nun 15.02.2007 tarih ve 1104/43 sayılı kararının iptali istemiyle açılmıştır.

5015 sayılı Petrol Piyasası Kanunu'nun 2. maddesinin 10. bendinde, "bayilik"; karşılıklı yükümlülüklerin ekinde fizibilite olan bir sözleşmeye bağlanarak akaryakıt dağıtım şirketleri tarafından gerçek ve tüzel kişilere akaryakıtın kullanıcılara ikmali yetkisi verilmesi işlemi; 25. bendinde, "kullanıcı"; petrol kullanımı yapan gerçek ve tüzel kişiler; 26. bendinde, "kullanım"; petrolün sadece kişisel ve işletme ihtiyaçları için tüketimi olarak tanımlanmıştır.

5015 sayılı Petrol Piyasası Kanunu'nun "Lisansların tâbi olacağı usul ve esaslar" başlığını taşıyan 3. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendinde; akaryakıt dağıtımı, taşınması ve bayilik faaliyetlerinin yapılması için lisans alınmasının zorunlu olduğu kurala bağlandıktan

sonra, üçüncü fıkrasında; lisansların verilmesi, güncelleştirilmesi, geçici olarak durdurulması veya iptaline ilişkin işlemlerin Enerji Piyasası Düzenleme Kurumunca yapılacağı, onuncu fıkrasının (1) bendinde; lisans kapsamında olsun veya olmasın piyasa ile ilgili faaliyetlerin yönlendirilmesi, gözetimi, denetimi ve benzeri konulara ait usul ve esasların Kurumca çıkarılacak yönetmeliklerle düzenleneceği belirtilmiştir; 8. maddesinin 2. fıkrasının (a) bendinde, bayilerin, bayisi olduğu dağıtıcı haricinde diğer dağıtıcı ve onların bayilerinden akaryakıt ikmali yapılmaması ile yükümlü oldukları, hükme bağlanmıştır; 9. maddesinin 7. fıkrasında, "Fabrika, şantiye, nakliye filosu işletmeleri ve benzeri kendi ihtiyaçları için depolama imkanı ve kendi araçlarına akaryakıt ikmal kapasitesi olan yerler hariç, araçlara yapılacak akaryakıt ikmali bayilik lisansı ve yeterli donanımı olan akaryakıt istasyonları dışında yapılamaz." hükmü yer almıştır; 4. maddesinin (1) bendinde ise, lisans sahiplerinin, piyasa faaliyetlerinde, Kurulun belirleyeceği teknik düzenlemelere uygun akaryakıt sağlamak ile yükümlü oldukları belirtilmiştir.

5015 sayılı Kanun'un verdiği yetkiye dayanarak çıkarılan Petrol Piyasası Lisans Yönetmeliği'nin 38. maddesinin (d) bendinde, bayilik lisansı sahiplerinin bayisi oldukları dağıtıcı haricinde akaryakıt temini yapamayacakları hükmüne yer verilmiştir.

Öte yandan, 5015 sayılı Kanun'un 14. maddesinin dördüncü fıkrasında, Kurumun piyasa faaliyetlerini kendi personeli veya kamu kurum ve kuruluşları ile özel denetim kuruluşlarından hizmet alımı yoluyla denetime tabi tutacağı belirtilmiştir, olay tarihinde yürürlükte bulunan 19. maddesinin ikinci fıkrasının (a) bendinin (3) numaralı alt bendinde, "9 uncu maddede yer alan kısıtlamalara uyulmaması" hali, (a) bendinin (4) numaralı alt bendinde, "5,6,7,8,16,17 ve 18 inci maddelerin ihlali" hali ağır kusur sayılarak, sorumluları hakkında beşyüz milyar Türk Lirası idarî para cezası uygulanacağı; ikinci fıkrasının (b) bendinin (3) numaralı alt bendinde, "4 üncü madde hükümlerinin ihlali" hali birinci derece kusur sayılarak, sorumluları hakkında ikiyüz milyar Türk Lirası idarî para cezası uygulanacağı; dördüncü fıkrasında, bayiler için yukarıda yer alan cezaların beşte birinin uygulanacağı; son fıkrasında ise; idarî para cezalarının miktarlarının her yıl bir önceki yıla ilişkin olarak 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun mükerrer 298. maddesi uyarınca belirlenen yeniden değerlendirme oranında artırılmak suretiyle uygulanacağı hükme bağlanmıştır.

Dava dosyasının incelenmesinden; 5015 sayılı Kanun'un 14. maddesinin verdiği yetkiye dayanarak davacı şirket nezdinde düzenlenen tutanak ve davacı şirkete ait akaryakıt tankerinden alınan akaryakıt numunelerinin analiz raporları ile, davacı şirketin, dağıtıcısı haricinde akaryakıt ikmali, akaryakıt istasyonu dışında akaryakıt ikmali ve standartlara aykırı akaryakıt ikmali yaptığı tespit edildiği anlaşıldığından, bu eylemi nedeniyle davacıya idarî para cezası uygulanmasına ilişkin olarak verilen Kurul kararının bu kısımlarında mevzuata aykırılık bulunmamaktadır.

Bununla birlikte, davacıya ceza verilmesine dayanak alınan 5015 sayılı Kanun'un 19. maddesinin, 08.02.2008 tarih ve 26781 sayılı Resmî Gazete'de yayınlanan 5728 sayılı Kanun'un 522. maddesiyle değişmesi karşısında, yapılan bu değişikliğin dava konusu işlemin hukukiliğini etkileyip etkilemediğinin irdelenmesi gerekmektedir.

Davacı şirkete, dağıtıcısı haricinde akaryakıt ikmali, akaryakıt istasyonu dışında akaryakıt ikmali ve standartlara aykırı akaryakıt ikmali eylemleri nedeniyle idari para cezası verilmesi işleminin tesis edildiği tarihte yürürlükte bulunan 5015 sayılı Kanun'un 19. maddesinin ikinci fıkrasının (a) bendinin (3) numaralı alt bendinde, "9 uncu maddede yer alan kısıtlamalara uyulmaması" hali, (a) bendinin (4) numaralı alt bendinde, "5,6,7,8,16,17 ve 18 inci maddelerin ihlali" hali ağır kusur sayılarak, sorumluları hakkında beşyüz milyar Türk Lirası idarî para cezası uygulanacağı; ikinci fıkrasının (b) bendinin (3) numaralı alt bendinde, "4 üncü madde hükümlerinin ihlali" hali birinci derece kusur sayılarak, sorumluları hakkında ikiyüz milyar Türk Lirası idarî para cezası uygulanacağı; dördüncü fıkrasında, bayiler için yukarıda yer alan cezaların beşte birinin uygulanacağı; dördüncü fıkrasında ise,

bayiler için bu cezaların beşte birinin uygulanacağı belirtilmiştir. Maddede, ayrıca tahsil, zamaşıımı, artırma konularında düzenlemeler yapılmıştır.

5015 sayılı Kanun'un 19. maddesinde yer alan artırım hükmüne dayanılarak, maddenin (a) bendindeki ceza miktarı 2004 yılı için 642.500,-TL, 2005 yılı için 714.460,-TL, 2006 yılı için 784.477,-TL, 2007 yılı için 845.666,-TL ve 2008 yılı için 906.553,-TL olarak, maddenin (b) bendindeki ceza miktarı ise 2004 yılı için 257.000,-TL, 2005 yılı için 285.784,-TL, 2006 yılı için 313.790,-TL, 2007 yılı için 338.265,-TL ve 2008 yılı için 362.620,-TL olarak belirlenmiştir.

5015 sayılı Kanun'un 19. maddesinin ikinci fıkrasının (a) bendinde, 5728 sayılı Kanun'un 522. maddesiyle yapılan değişiklikle, 9 uncu maddede yer alan kısıtlamalara uyulmaması ve 5,6,7,8,16,17 ve 18 inci maddelerin ihlali halinde sorumlulara altıyüzbin Türk Lirası idarî para cezası uygulanacağı; (b) bendinde, 4 üncü madde hükümlerinin ihlali halinde sorumlulara ikiyüzellibin Türk Lirası idarî para cezası uygulanacağı kuralına yer verilmiş; tahsil, zamaşıımı, artırma konularındaki düzenlemelere ise madde metninde yer verilmemiştir.

5728 sayılı Kanun'da 08.02.2008 tarihinden önce Enerji Piyasası Düzenleme Kurulu'na verilen idarî para cezalarının tahsili yönünden değişiklikten önceki hükümlerin geçerli olacağı yönünde bir düzenlemeye yer verilmediği gibi, 4628 sayılı Elektrik Piyasası Kanunu'nun Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu'nun Kabahatler Kanunu hükümlerine tabi olmadığı yolundaki hükmü de yürürlükten kaldırılmıştır. Nitekim, 5728 sayılı Kanun'un gerek genel, gerekse madde gerekçesinde, idarî yaptırım kararlarının tebliği, kesinleşmesi, takip ve tahsili ile zamaşıımı konularının Kabahatler Kanunu'nun genel hükümler kısmında ayrıntılı olarak düzenlenmesi nedeniyle buna ilişkin düzenlemelere madde metninde yer verilmediği belirtilmiştir. Bu itibarla, 5015 sayılı Kanun'un 19. maddesi uyarınca verilen idarî para cezalarının takip ve tahsilinde 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun uygulanması gerektiği kuşkusuzdur.

31.03.2005 tarih ve 25772 mükerrer sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan 5326 sayılı Kabahatler Kanunu ile toplum düzenini, genel ahlakı, genel sağlığı, çevreyi ve ekonomik düzeni korumak amacıyla, bir kısım ilke ve esaslar belirlenerek çeşitli kabahatler tanımlanmıştır. Kanunun 2. maddesinde, kabahat deyimini; Kanunun, karşılığında idarî yaptırım uygulamasını öngördüğü haksızlık olarak anlaşıldığı belirtilmiş; 3. maddesinde, bu Kanun hükümlerinin bütün idarî para cezaları hakkında uygulanacağı kuralı getirilmiş; 5. maddesinde, 26.09.2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun zaman bakımından uygulamaya ilişkin hükümlerinin kabahatler hakkında da uygulanacağı öngörülmüş; 17. maddesinin 7. fıkrasında da, "İdarî para cezaları her takvim yılı başından geçerli olmak üzere o yıl için 04.01.1961 tarihli ve 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun mükerrer 298. maddesi hükümleri uyarınca tespit ve ilân edilen yeniden değerlendirme oranında arttırılarak uygulanır." hükmüne yer verilmiştir.

5326 sayılı Kanun'un 5. maddesinin yollama yaptığı 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun "zaman bakımından uygulama" başlıklı 7. maddesinin 2. fıkrasında ise; suçun işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanun ile sonradan yürürlüğe giren kanunların hükümleri farklı ise, failin lehine olan kanunun uygulanacağı ve infaz olunacağı kurala bağlanmıştır.

Anılan düzenlemelerden, idarî para cezalarının verilmesinde esas alınan kuralın yürürlükten kaldırılması veya lehe düzenleme yapılması yoluyla ortaya çıkan yeni hukukî durumun dikkate alınması gerektiği sonucuna ulaşıldığından, ihlâlin gerçekleştiği tarih esas alınarak idarî para cezası uygulanması gerekmekte ise de, işlem tarihindeki veya cezanın tahsil tarihindeki ceza miktarındaki lehe düzenlemelerin de göz önünde bulundurulması gerekmektedir.

Uyuşmazlık konusu olayda, davacının 5015 sayılı Kanun'a aykırı faaliyette bulunduğu tarihteki ceza miktarları (a) ve (b) bentlerinde sırasıyla 714.460,-TL ve 313.790,-TL, 2008 yılındaki ceza miktarlarının 906.553,- TL ve 362.620,- TL olmasına karşın,

08.02.2008 tarihinde yürürlüğe giren 5728 sayılı Kanun ile yapılan düzenleme sonucu ceza 600.000,- TL ve 250.000,-TL'ye indirilmiş, 2009 yılı için ise 672.000,- TL ve 280.000,- TL olarak belirlenmiştir. Görüldüğü üzere, yeniden değerlendirme oranında artırım uygulanması nedeniyle para cezası yıllar itibariyle farklı olarak tespit edilmektedir.

Bu durumda; idarece verilen para cezasının tahsil edileceği tarihte ceza miktarında lehe bir değişiklik söz konusu ise, bu miktar esas alınarak tahsilat yapılacağından, ihlâlin gerçekleştiği tarihte yürürlükte bulunan mevzuata uygun olarak tesis edilen işlemde bu yönüyle de hukuka aykırılık görülmemiştir.

Nitekim, Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu'nun 19.02.2009 tarih ve E:2008/3398, K:2009/60 sayılı kararı da aynı yöndedir.

Dava konusu Kurul kararının, davacı şirketin, lisansına kayıtlı olmamasına rağmen adına kayıtlı tankerle akaryakıt taşımacılığı yaptığından bahisle 5015 sayılı Petrol Piyasası Kanunu'nun 19. maddesinin ikinci fıkrasının (a) bendinin (3) numaralı alt bendi uyarınca idarî para cezası verilmesine ilişkin kısmına gelince;

5015 sayılı Petrol Piyasası Kanunu'nun 9. maddesinin 8. fıkrasında, bayilerin lisansına işlenmek ve taşıma lisansı sahiplerinin taşıma araçlarında istenen kriterleri sağlamak koşuluyla kendi araçları ile taşıma yapabilecekleri kurala bağlanmıştır.

Öte yandan, anılan Kanun'un 2. maddesinin (39) numaralı bendinde "ham petrolün rafineriye ulaştırılmak üzere toplandığı teslim noktasından sonra, diğer ürünlerin ise taşıma araçları ile yapılan tüm nakil faaliyetleri bütünü" şeklinde tanımlı yapılan "taşıma", 26.07.2008 tarih ve 26948 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe konulan 5784 sayılı Kanunun 27. maddesi ile "ham petrol ve akaryakıtların, kabotaj kapsamında denizyolu ve demiryolu taşıma araçlarıyla yapılan nakil faaliyetleri" olarak değiştirilmiş; ayrıca anılan Petrol Piyasası Kanunu'nun 9. maddesinin sekizinci fıkrasında yer alan: "Bayiler lisanslarına işlenmek ve taşıma lisansı sahiplerinin taşıma araçlarında istenen kriterleri sağlamak koşuluyla kendi araçları ile taşıma yapabilirler" hükmü ise yürürlükten kaldırılmıştır. Dolayısıyla, karayolu taşıma araçlarıyla yapılan nakil faaliyetleri lisansa tabi taşıma faaliyeti kapsamından çıkarılmıştır.

5784 sayılı Kanunla yapılan düzenleme ile karayoluyla akaryakıt taşıma faaliyetinde lisans alma veya bayilik lisansına işlenmesi zorunluluğunun ortadan kaldırılmış olması karşısında, bu şekilde yapılan akaryakıt taşımacılığından dolayı idari para cezası uygulanması mümkün değildir.

Bu durumda, dava konusu idari para cezasının verilmesinden sonra yapılan yasal düzenleme ile lisansına işletmeksizin karayolu üzerinden tankerle akaryakıt taşınması işlemi 5015 sayılı Petrol Piyasası Kanunu uyarınca verilen idari para cezasının konusu olmaktan çıkartıldığından, bu eylem nedeni ile davacıya idari para cezası verilmesine ilişkin dava konusu Enerji Piyasası Düzenleme Kurulu kararının bu kısmında hukuka uygunluk bulunmamaktadır.

Nitekim Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu'nun 05.03.2009 tarih ve E:2009/299, K:2009/364 sayılı kararı da bu yöndedir.

Açıklanan nedenlerle; Enerji Piyasası Düzenleme Kurulu'nun 15.02.2007 tarih ve 1104/43 sayılı kararının, dağıtıcısı haricinde akaryakıt ikmali, akaryakıt istasyonu dışında akaryakıt ikmali ve standartlara aykırı akaryakıt ikmali nedeniyle idarî para cezası verilmesine ilişkin kısmı için davanın reddine, davacının lisansına kayıtlı olmamasına rağmen adına kayıtlı tankerle akaryakıt taşımacılığı yaptığından bahisle idarî para cezası verilmesine ilişkin kısmının iptaline, aşağıda dökümü yapılan toplam 93,40.-TL yargılama giderinin 46,70.-TL kısmının davacı üzerinde bırakılmasına, Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi uyarınca 575,00.-TL vekâlet ücretinin davacıdan alınarak davalı idareye verilmesine, yargılama giderlerinin 46,70.-TL kısmının davalı idareden alınarak davacıya, 575,00.-TL vekâlet ücretinin davalı idareden alınarak davacı vekiline verilmesine, artan posta giderinin istemi halinde davacıya iadesine, 20.05.2009 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

T.C.
DANIŞTAY
Onüçüncü Daire
Esas No : 2007/4056
Karar No : 2009/5656

Özeti : İlgili mevzuat uyarınca, özelleştirilen elektrik dağıtım tesis ve varlıklarına ilişkin her türlü işletme ile yatırım plânlaması ve uygulamasında onay, değişiklik ve denetim yetkisinin Enerji Piyasası Düzenleme Kurulu'na verildiği, Kanunda bu denetim yetkisinin devredilebileceğine ilişkin herhangi bir kural öngörülmediği; bu durumda, aslî ve sürekli kamu hizmeti niteliği taşıyan denetim yetkisinin özel hukuk tüzel kişilerine devrini öngören Elektrik Piyasasında Dağıtım Sistemi Yatırımlarının Düzenlenmesi ve Plânlardaki Gerçekleşmelerin Denetlenmesi Hakkında Yönetmeliğin 4. maddesinin (a) bendi ile 6. maddesinin hukuka aykırı olduğu ve iptali hakkında.

Davacı : Elektrik Mühendisleri Odası
Vekili : Av. ...
Davalı : Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu
Vekili : Av. ...

Davanın Özeti : 07.01.2007 tarih ve 26396 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan Elektrik Piyasasında Dağıtım Sistemi Yatırımlarının Düzenlenmesi ve Plânlardaki Gerçekleşmelerin Denetlenmesi Hakkında Yönetmelik'in 4. maddesinin (a) bendi ile 6. maddesinin; denetim görevi ve yetkisinin Enerji Piyasası Düzenleme Kurulu'na verildiği, bu yetkinin devredilemeyeceği, kamu hizmetinin özel kişilere gördürülemeyeceği ileri sürülerek iptali istenilmektedir.

Savunmanın Özeti : Davacının dava açmakta menfaatinin bulunmadığı, yasal dayanaktan yoksun bulunan davanın reddi gerektiği savunulmaktadır.

Danıştay Tetkik Hâkimi Aytaç KURT'un Düşüncesi : Aslî nitelikte kamu hizmetinin özel kişiler eliyle gördürülmesine yönelik, yasal dayanağı olmayan düzenlemede hukuka uyarlık bulunmadığından, dava konusu düzenlemelerin iptaline karar verilmesi gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı Ünal DEMİRCİ'nin Düşüncesi : Dava; 7.1.2007 tarih ve 26396 sayılı Resmî Gazetede yayımlanan Elektrik Piyasasında Dağıtım Sistemi Yatırımlarının Düzenlenmesi ve Planlardaki Gerçekleşmelerin Denetlenmesi Hakkında Yönetmeliğin (Yönetmelik) 4. maddesinin (a) bendi ile 6. maddesinin iptali istemiyle açılmıştır.

Davalı idarenin ehliyeteye ilişkin itirazı yerinde görülmemiştir. İşin esasına gelince;

T.C. Anayasasının (Anayasa) 124. maddesinde, Başbakanlık, bakanlıklar ve kamu tüzelkişilerinin, kendi görev alanlarını ilgilendiren kanunların ve tüzüklerin uygulanmasını sağlamak üzere ve bunlara aykırı olmamak şartıyla yönetmelikler çıkarabilecekleri belirtilmiştir.

Uyuşmazlığın çözümü bakımından, Yönetmelikle yapılan düzenlemenin üst normlara ve hukuka uygun olup olmadığının irdelenmesi gerekmektedir. Buna göre;

Anayasanın 128. maddesinin birinci fıkrasında, Devletin, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği aslî ve sürekli görevlerin, memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görüleceği belirtilmiştir. Bu itibarla, kurumların kanunla kendilerine verilen zorunlu bir

kamu hizmetinin yürütülmesinde, yasal bir düzenleme olmadıkça hizmetin görülmesini özel hukuk tüzelkişilerine devretmeleri mümkün değildir.

4628 sayılı Elektrik Piyasası Kanununun 2. maddesinin (c) bendine 5398 sayılı Kanunun 21. maddesiyle eklenen son 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 Kurula aittir. Kurul, hizmetin verilmesini sağlayacak yatırımların teklif edilmemesi halinde talep eder ve onaylanmış yatırımlar gerçekleştirilmediği takdirde lisans iptal edilerek yeniden ihale yapılır." hükmü yer almış, anılan Kanunun 4. ve 5. maddelerinde Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu ve Kurulunun görev ve yetkileri sayılmıştır.

Dava konusu yapılan Yönetmeliğin 4. maddesinin (a) bendinde: "Bağımsız yatırım denetim şirketi: Kurumca belirlenecek şartları yerine getiren ve dağıtım şirketlerince yapılan yatırımların fiziki gerçekleştirmelerini denetlemekle görevlendirilecek olan şirketler" ifade eder şeklinde tanımlanmış; 6. maddesinde: "(1) Ek-3 formuna uygun olarak Kuruma sunulan tablolarda yer alan, yıl içerisinde kullanılmaya başlanması ya da kullanıma hazır duruma gelmesi planlanmış olan veya devam eden yatırımlar, yıllık bazdaki yatırım gerçekleştirme tablolarından izlenir. Söz konusu tablolar, dağıtım şirketi tarafından Ek-6 formuna uygun olarak hazırlanır ve izleyen Mart ayı sonuna kadar Kuruma sunulur.

(2) Ek-3 formu ile onaylanmış olan yatırımlar arasında yer alan ve süresi 1 yılı geçen yatırımlar için, yıl içerisindeki fiziki ilerlemeler ve bununla ilgili gerçekleştirmeler, her 3 ayda bir Kurumca belirlenecek olan bağımsız yatırım denetim şirketlerince denetlenerek, sonuç Kuruma bildirilir. Dağıtım şirketleri, söz konusu denetimi yapacak olan bağımsız yatırım denetim şirketlerine her türlü kolaylığı göstermek ve projelerin yürürlükteki ilgili tüzük, yönetmelik ve standartlara uygun olup olmadığını gösteren detaylı uygulama projelerinde dahil olmak üzere ihtiyaç duyacakları her türlü bilgi ve belgeyi sağlamakla yükümlüdür.

(3) Yıl içerisinde kullanıma hazır hale gelerek kabulü yapılmış ve kullanılmaya başlanmış yatırımlar için, Ek-6 formuna uygun olarak sunulacak olan söz konusu yatırıma ait gerçekleşen tutarların; muhasebe kayıtlarına, muhasebe standartlarına esas ispatlayıcı belgelere uygun olduğunun yeminli mali müşavirce, yetkili tüzel kişilerce kabulü yapılmış tesislere ilişkin kabul tutanaklarının da yatırımların fiili gerçekleştirme durumuna uygun olduğunun dağıtım şirketlerince de onaylanarak Kuruma sunulur.

(4) Kurum kendisine sunulacak olan bilgileri kendisi denetleyebilir veya denetlettirebilir." hükümlerine yer verilmiştir.

4628 sayılı Kanun uyarınca özelleştirilen elektrik dağıtım tesis ve varlıklarına ilişkin her türlü işletme ile yatırım plânlaması ve uygulamasında onay, değişiklik ve denetim yetkisi Enerji Piyasası Düzenleme Kuruluna verildiğine ve denetim yetkisinin devredileceğine dair Kanunda bir hükme yer verilmediğine göre, kamu hizmeti niteliğini taşıyan denetim yetkisinin düzenleyici işlemle özel hukuk tüzelkişilerine devredilmesi mümkün değildir.

Buna göre, bağımsız yatırım denetim şirketinin tanımına yer veren Yönetmeliğin 4/a maddesi ile dağıtım şirketlerinin planlarındaki yatırımların gerçekleştirmelerinin denetlenmesi yetkisinin bağımsız yatırım denetim şirketlerine devrini öngören Yönetmeliğin 6. maddesinin (2) numaralı fıkrası ile (4) numaralı fıkrasında yer alan: "veya denetlettirebilir" ibaresinde üst normlara ve hukuka uyarlık görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle davanın kabulüyle Elektrik Piyasasında Dağıtım Sistemi Yatırımlarının Düzenlenmesi ve Planlardaki Gerçekleştirmelerin Denetlenmesi Hakkında Yönetmeliğin 4. maddesinin (a) bendi ile 6. maddesinin dağıtım şirketlerinin planlarındaki yatırımların gerçekleştirilmesini denetleme yetkisini bağımsız yatırım denetim şirketlerine devreden hükümlerinin iptaline 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 görüldü:

Dava; 07.01.2007 tarih ve 26396 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan Elektrik Piyasasında Dağıtım Sistemi Yatırımlarının Düzenlenmesi ve Plânlardaki Gerçekleşmelerin Denetlenmesi Hakkında Yönetmelik'in 4. maddesinin (a) bendi ile 6. maddesinin iptali istemiyle açılmıştır.

Davalı idarenin usule yönelik itirazı yerinde görülmemiştir.

Yönetmeliğin dava konusu edilen 4. maddesinin (a) bendinde: "Bağımsız yatırım denetim şirketi: Kurumca belirlenecek şartları yerine getiren ve dağıtım şirketlerince yapılan yatırımların fiziki gerçekleştirmelerini denetlemekle görevlendirilecek olan şirketleri" ifade eder denilmiş; 6. maddesinde, yatırım plânlarındaki gerçekleştirmelerin izlenmesi ve denetlenmesi konusu düzenlenerek, denetim şirketlerince yapılacak denetimin usul ve esasları belirtilmiştir.

Anayasanın 128. maddesinin 1. fıkrasında, Devletin, kamu iktisadî teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği aslî ve sürekli görevlerin, memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görüleceği kurala bağlanmıştır.

4628 sayılı Elektrik Piyasası Kanununun 2. maddesinin (c) bendine 5398 sayılı Kanunun 21. maddesiyle eklenen son 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 Kurula aittir. Kurul, hizmetin verilmesini sağlayacak yatırımların teklif edilmemesi halinde talep eder ve onaylanmış yatırımlar gerçekleştirilmediği takdirde lisans iptal edilerek yeniden ihale yapılır." hükmü yer almış, anılan Kanunun 4. ve 5. maddelerinde Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu ve Kurulunun görev ve yetkileri sayma suretiyle belirlenmiştir.

Görüldüğü gibi, ilgili mevzuat uyarınca özelleştirilen elektrik dağıtım tesis ve varlıklarına ilişkin her türlü işletme ile yatırım plânlaması ve uygulamasında onay, değişiklik ve denetim yetkisi Enerji Piyasası Düzenleme Kurulu'na verilmiş, ayrıca Kanun'da bu denetim yetkisinin devredilebileceğine ilişkin herhangi bir kural öngörülmemiştir.

Bu durumda, aslî ve sürekli kamu hizmeti niteliği taşıyan denetim yetkisinin düzenleyici işlemlerle özel hukuk tüzel kişilerine devredilmesi söz konusu olamayacağından, elektrik piyasasında dağıtım şirketlerinin yatırımlarının gerçekleştirmelerini denetlenmesi yetkisinin bağımsız yatırım denetim şirketlerine devrini öngören düzenlemede hukuka uygunluk bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle Elektrik Piyasasında Dağıtım Sistemi Yatırımlarının Düzenlenmesi ve Plânlardaki Gerçekleşmelerin Denetlenmesi Hakkında Yönetmeliğin 4. maddesinin (a) bendi ile 6. maddesinin iptaline, aşağıda dökümü yapılan 64,00 TL yargılama giderlerinin davalı idareden alınarak davacıya verilmesine, Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi uyarınca belirlenen 575,00.-TL avukatlık ücretinin davalı idareden alınarak davacı vekiline verilmesine, artan posta ücretinin istemi halinde davacıya iadesine, 22.05.2009 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

İHALE İŞLERİ

T.C.
DANIŞTAY
Onüçüncü Daire
Esas No : 2007/16068
Karar No : 2009/6830

Özeti : Davacı şirketin % 25 ortağı olan bir gerçek kişinin, hakkında kamu davası açılması nedeniyle ihalelere katılmaktan yasaklanmış olması, bu gerçek kişinin şirket sermayesinin yarısından fazlasına sahip olmaması karşısında, Kanunla düzenlenmediği halde Kamu İhale Genel Tebliğiyle yapılan düzenlemeye dayanılarak şirket müdürü olduğundan bahisle şirket hakkında yasaklama kararı verilmesinde 4734 sayılı Kanun hükümlerine uyarlık bulunmadığı hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan (Davalı) : İçişleri Bakanlığı

Karşı Taraf (Davacı) : Ltd. Şti.

Vekili : Av. ...

İstemin Özeti : Ankara 6. İdare Mahkemesi'nin 11.09.2007 tarih ve E:2007/176, K:2007/1367 sayılı kararının; davacı şirketin ortağı ve aynı zamanda müdürü olan kişi hakkında kamu davası açılması nedeniyle Kamu İhale Genel Tebliği'nin XV/H maddesi esas alınarak tesis edilen işlemde hukuka aykırılık bulunmadığı ileri sürülerek bozulması istenilmektedir.

Savunmanın Özeti : Temyiz isteminin reddi ile usul ve yasaya uygun olan idare mahkemesi kararının onanması gerektiği savunulmaktadır.

Danıştay Tetkik Hâkimi Fikret ERKAN'ın Düşüncesi : Temyiz isteminin reddi 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 Hâkiminin açıklamaları dinlendikten ve dosyadaki belgeler incelendikten sonra işin gereği görüşüldü:

Dava, davacı şirketin bir yıl süreyle kamu ihalelerine katılmaktan yasaklanmasına ilişkin 16.02.2007 tarihli Resmî Gazete'de yayımlanan davalı idare işleminin iptali istemiyle açılmış, İdare Mahkemesince; 4734 sayılı Kanun'un 58. maddesinin ikinci fıkrasına atıfta bulunan 59. maddesinin ikinci fıkrasına göre haklarında kamu davası açılmasına karar verilen gerçek kişiler ile birlikte bu gerçek kişinin % 50'sinden fazla hissesine sahip olduğu sermaye şirketlerinin yargılama sonuna kadar ihalelere katılamayacakları hüküm altına alındığı, bakılan davada hakkında kamu davası açılan şirket ortağının hissesinin % 25 olduğu, dolayısıyla davacı şirketin anılan Kanun hükümleri uyarınca ihalelere katılması yönünde herhangi bir engeli bulunmadığı anlaşıldığından yasaklı olmasına karşın Çorum Belediye

Başkanlığı tarafından yapılan ihaleye katıldığından bahisle 1 yıl süreyle bütün kamu kurum ve kuruluş ihalelerine katılmaktan yasaklanmasına yönelik dava konusu işlemde hukuka uyarlık bulunmadığı sonucuna varıldığı gerekçesiyle dava konusu işlemin iptaline karar verilmiş, bu karar davalı idarece temyiz edilmiştir.

4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun "İhaleye Katılamayacak Olanlar" başlığını taşıyan 11. maddesinin birinci fıkrasında, doğrudan veya dolaylı veya alt yüklenici olarak, kendileri veya başkaları adına hiçbir şekilde ihalelere katılamayacaklar sayılmış; (a) bendinde, Bu Kanun ve diğer kanunlardaki hükümler gereğince geçici veya sürekli olarak kamu ihalelerine katılmaktan yasaklanmış olanların ihalelere katılamayacakları belirtilmiş, aynı Yasa'nın "Yasak fiil veya davranışlar" başlıklı 17. maddesinin (e) bendinde, "11.maddeye göre ihaleye katılamayacağı belirtildiği halde ihaleye katılmak "yasak fiil ve davranışlardan kabul edilmiş; ikinci fıkrasında da bu yasak fiil veya davranışlarda bulunanlar hakkında bu Kanunun Dördüncü kısmında yer alan hükümlerin uygulanacağı hüküm altına alınmıştır.

Anılan Yasanın Yasaklar ve Ceza Sorumluluğunu düzenleyen Dördüncü kısmında bulunan "İhalelere katılmaktan Yasaklanma" başlıklı 58. maddesinin birinci fıkrasında, 17. maddede belirtilen fiil veya davranışlarda bulundukları tespit edilenler hakkında fiil veya davranışlarının özelliğine göre, bir yıldan az olmamak üzere iki yıla kadar, bütün kamu kurum ve kuruluşlarının ihalelerine katılmaktan yasaklama kararı verileceği, ikinci ve üçüncü fıkralarında ise, "Haklarında yasaklama kararı verilen tüzel kişilerin şahıs şirketi olması halinde şirket ortaklarının tamamı hakkında, sermaye şirketi olması halinde ise sermayesinin yarısından fazlasına sahip olan gerçek veya tüzel kişi ortaklar hakkında birinci fıkra hükmüne göre yasaklama kararı verilir. Haklarında yasaklama kararı verilenlerin gerçek veya tüzel kişi olması durumuna göre; ayrıca bir şahıs şirketinde ortak olmaları halinde bu şahıs şirketi hakkında da, sermaye şirketinde ortak olmaları halinde ise sermayesinin yarısından fazlasına sahip olmaları kaydıyla bu sermaye şirketi hakkında da aynı şekilde yasaklama kararı verilir. İhale sırasında veya sonrasında bu fiil veya davranışlarda bulundukları tespit edilenler, idarelerce o ihaleye iştirak ettirilmeyecekleri gibi yasaklama kararının yürürlüğe girdiği tarihe kadar aynı idare tarafından yapılacak sonraki ihalelere de iştirak ettirilmezler." kuralı yer almış, 59.maddesinde ise; "Taahhüt tamamlandıktan ve kabul işlemi yapıldıktan sonra tespit edilmiş olsa dahi, 17.maddede belirtilen fiil veya davranışlardan Türk Ceza Kanununa göre suç teşkil eden fiil veya davranışlarda bulunan gerçek veya tüzel kişiler ile o işteki ortak veya vekilleri hakkında Türk Ceza Kanunu hükümlerine göre ceza kovuşturması yapılmak üzere yetkili Cumhuriyet Savcılığına suç duyurusunda bulunulur. Hükmolunacak cezanın yanısıra, idarece 58.maddeye göre verilen yasaklama kararının bitiş tarihini izleyen günden itibaren uygulanmak şartıyla bir yıldan az olmamak üzere üç yıla kadar bu Kanun kapsamında yer alan bütün kamu kurum ve kuruluşlarının ihalelerine katılmaktan mahkeme kararıyla 58. maddenin ikinci fıkrasında sayılanlarla birlikte yasaklanırlar.

Bu Kanun kapsamında yapılan ihalelerden dolayı haklarında birinci fıkra gereğince ceza kovuşturması yapılarak kamu davası açılmasına karar verilenler ve 58 inci maddenin ikinci fıkrasında sayılanlar yargılama sonuna kadar Kanun kapsamında yer alan kamu kurum ve kuruluşlarının ihalelerine katılamaz. Haklarında kamu davası açılmasına karar verilenler, Cumhuriyet Savcılıklarınca sicillerine işlenmek üzere Kamu İhale Kurumuna bildirilir.

Bu Kanunda belirtilen yasak fiil veya davranışları nedeniyle haklarında mükerrer ceza hükmolunanlar ile bu kişilerin sermayesinin yarısından fazlasına sahip olduğu sermaye şirketleri veya bu kişilerin ortağı olduğu şahıs şirketleri, mahkeme kararı ile sürekli olarak kamu ihalelerine katılmaktan yasaklanır. " hükmü yer almaktadır.

Bu hükümler ile hakkında yasaklama kararı verilen gerçek kişi ile bu kişilerin bir şahıs şirketinde ortak olmaları halinde o şahıs şirketi hakkında, sermaye şirketine ortak olmaları halinde ise, ancak şirketin sermayesinin yarısından fazlasına sahip olmaları koşuluyla sermaye şirketi hakkında da yasaklama kararı verileceği,ceza kovuşturması yapılarak kamu davası açılmasına karar verilenler ile bunların yarısından fazla hissesine sahip olduğu

sermaye şirketi ile bu kişilerin ortağı olduğu şahıs şirketlerinin yargılama sonuna kadar ihalelere katılamayacakları açıkça düzenlenmiştir.

İşlem tarihinde yürürlükte olan Kamu İhale Genel Tebliğinin XV İhalelere Katılmaktan Yasaklamaya İlişkin Açıklamalar Bölümünün H-Haklarında Yasaklama Kararı Verilen Şirket Ortak veya Ortaklarının Durumuna ilişkin Bölümde ; 4734 sayılı Kanunun 17.maddesinde sayılan yasak fiil veya davranışlarda bulunması sebebiyle aynı Kanunun 58.maddesinin 1.ve 2.fıkraları gereğince haklarında ihalelere katılmaktan yasaklama kararı verilen şirket ortak veya ortaklarının; sermayesinin yarısından fazlasına sahip olmamakla birlikte idare ve temsile yetkili yönetim kurulu üyesi veya müdürü olması koşuluyla ortağı olduğu sermaye şirketinin ortak hakkında verilmiş olan yasaklılık kararı devam ettiği süre içinde 4734 sayılı Kanunun 11.maddesi uyarınca anılan Kanun kapsamındaki idarelerin ihalelerine katılamayacakları, Kamu İhale Genel Tebliğinin XV Haklarında Kamu Davası Açılmasına Karar Verilenlere İlişkin I) Bölümünde de "...Kanunun 59. maddesinin 1. fıkrasında; taahhüt tamamlandıktan ve kabul işlemi yapıldıktan sonra tespit edilmiş olsa dahi, 17. maddede belirtilen fiil veya davranışlardan Türk Ceza Kanununa göre suç teşkil eden fiil veya davranışlarda bulunan gerçek veya tüzel kişiler ile o işteki ortak veya vekilleri hakkında Türk Ceza Kanunu hükümlerine göre ceza kovuşturması yapılmak üzere yetkili Cumhuriyet Savcılığına suç duyurusunda bulunulacağı, hükmolunacak cezanın yanı sıra, idarece 58. maddeye göre verilen yasaklama kararının bitiş tarihini izleyen günden itibaren uygulanmak şartıyla bir yıldan az olmamak üzere üç yıla kadar bu Kanun kapsamında yer alan bütün kamu kurum ve kuruluşlarının ihalelerine katılmaktan mahkeme kararıyla 58 inci maddenin ikinci fıkrasında sayılanlarla birlikte yasaklanacakları, 2. fıkrasında ise; bu Kanun kapsamında yapılan ihalelerden dolayı haklarında birinci fıkra gereğince ceza kovuşturması yapılarak kamu davası açılmasına karar verilenler ve 58.maddenin ikinci fıkrasında sayılanların yargılama sonuna kadar Kanun kapsamında yer alan kamu kurum ve kuruluşlarının ihalelerine katılamayacakları, haklarında kamu davası açılmasına karar verilenlerin, Cumhuriyet Savcılıklarınca sicillerine işlenmek üzere Kamu İhale Kurumuna bildirileceği,4734 sayılı Kanunun 17.maddesinde belirtilen yasak fiil ve davranışlarda bulunması sebebi ile aynı kanunun 59. maddesi 2. fıkrası gereğince haklarında kamu davası açılmasına karar verilen; a) Gerçek kişiler,b) Tüzel kişiler,c) Gerçek ve tüzel kişilerin o işteki ortakları, d) Gerçek ve tüzel kişilerin o işteki vekillerinin,yargılama sonuna kadar Kanun kapsamında yer alan kurum ve kuruluşların ihalelerine katılamayacakları,4734 sayılı Kanunun 59.maddesinin 2. fıkrasında yapılan gönderme dolayısıyla;3 - 4734 sayılı Kanunun 59.maddesinin 2. fıkrası gereğince bu Kanun kapsamında yapılan bir ihaleden dolayı haklarında kamu davası açılanların, kamu davası açıldığı tarihte 58. maddenin 2. fıkrasında sayılanlarla birlikte ihalelere katılamayacakları,58.maddenin 2.fıkrasında sayılan ve ihalelere katılamayacak olan ortak/ortaklıklar belirlenirken, kamu davasının açıldığı tarihteki durumun dikkate alınacağı yolunda düzenleme getirildiği görülmektedir.

Yukarıda belirtildiği üzere 4734 sayılı Kamu İhale Kanununun 58. maddesinde yasaklamanın kimlere münhasır olduğunun açıkça belirlenmesi, "sermayesinin yarısından fazlasına sahip olmamakla birlikte idare ve temsile yetkili yönetim kurulu üyesi veya müdürü olması koşuluyla ortağı olduğu sermaye şirketi " nin de yasaklanacağına ilişkin düzenlemeye yer verilmemesine karşın Kanunla düzenlenmeyen bu tür yasaklamanın Kamu İhale Genel Tebliğindeki anılan hüküm ile getirilmesine hukuken olanak bulunmamaktadır.

Bu itibarla bu tebliğ hükümleri uyarınca tesis edilen bir yasaklama kararının kanuna aykırılık teşkil edeceği açıktır.

Dosyanın incelenmesinden; Eminönü Belediyesince yapılan "Temizlik Hizmet Alımı" ihalesi nedeniyle davacı şirketin müdürü ve aynı zamanda %25 oranında ortağı olan ... hakkında "ihaleye fesat karıştırmak" suçundan 27.09.2006 tarihinde İstanbul 7. Ağır Ceza Mahkemesinde kamu davası açıldığının anlaşıldığı, ihalelere katılmaktan yasaklı olmasına rağmen Çorum Belediyesince yapılan "12 Adet Mahallenin Çöplerinin Toplanması ve

Yıkınması Temizlik Hizmet Alımı" ihalesine teklif verildiğinden bahisle 4734 sayılı Kanun'un 58. maddesi uyarınca davacı şirket hakkında bir yıl süre ile kamu ihalelerine katılmaktan yasaklama kararı verildiği anlaşılmakta olup, davacı şirketin %25 ortağı olan bir gerçek kişinin, hakkında kamu davası açılması nedeniyle ihalelere katılmaktan yasaklanmış olması, bu gerçek kişinin şirket sermayesinin yarısından fazlasına sahip olmaması karşısında, şirket müdürü olduğundan bahisle şirket hakkında yasaklama kararı verilmesinde 4734 sayılı Kanun hükümlerine uyarlık bulunmamaktadır.

Dava konusu işlemin yukarıda özetlenen gerekçeyle iptali yolundaki temyize konu Ankara 6. İdare Mahkemesi'nin 11.09.2007 tarih ve E:2007/176, K:2007/1367 sayılı kararında, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 49.maddesinin 1.fıkrasında sayılan bozma nedenlerinden hiçbirisi bulunmadığından, bozma istemi yerinde görülmeyle anılan Mahkeme kararının yukarıda belirtilen gerekçenin de eklenmesi suretiyle onanmasına, dosyanın adı geçen Mahkemeye gönderilmesine 19.06.2009 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

RADYO VE TELEVİZYON ÜST KURULU İŞLERİ

T.C.
DANIŞTAY
Onüçüncü Daire
Esas No : 2008/4483
Karar No : 2009/5592

Özeti : 3984 sayılı Kanun uyarınca verilen para cezalarının kamuoyuna duyurulmasına ilişkin herhangi bir düzenlemeye yer verilmediği, uyarı ve özür dileme kararları dışındaki müeyyidelerin kamuoyuna duyurulmasının istenmesinin hukuken mümkün olmadığı, Radyo ve Televizyon Üst Kurulu'nun Kanun ve Yönetmelikle kendisine verilen yetkisini aşar bir şekilde para cezasının kamuoyuna duyurulması yönünde tesis ettiği dava konusu işlemde hukuka ve mevzuata uyarlık görülmediği hakkında.

Temyiz Eden (Davalı) : Radyo ve Televizyon Üst Kurulu

Vekili : Av. ...

Karşı Taraf (Davacı) : ... Yayıncılık Anonim Şirketi

Vekili : Av. ...

İstemin Özeti : Ankara 10. İdare Mahkemesi'nin 14.02.2008 tarihli, E:2007/1271, K:2008/312 (E:2007/1271, K:2007/312) sayılı kararının; 3984 sayılı Kanun'un 33. maddesinde yer alan "Cezaların uygulanış usulleri ile gerekçeli olarak kamuoyuna duyuru şekli yönetmelikle belirlenir" hükmü uyarınca, Kanunun verdiği yetkiye dayanarak para cezasının kamuoyuna duyurulmasına karar verildiği ileri sürülerek bozulması istenilmektedir.

Savunmanın Özeti : Davalı idarenin temyiz isteminin reddi gerektiği savunulmaktadır.

Danıştay Tetkik Hâkimi Zühal Aysun SUNAY'ın Düşüncesi : Temyiz isteminin reddi ile temyize konu Mahkeme kararının onanması gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı Ünal DEMİRCİ'nin Düşüncesi : İdare ve vergi mahkemelerince verilen kararların temyizden incelenerek bozulabilmesi için, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 49 uncu maddesinin birinci fıkrasında belirtilen nedenlerin bulunması gerekmektedir.

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

TÜRK MİLLETİ ADINA

Karar veren Danıştay Onüçüncü Dairesi'nce Tetkik Hâkiminin açıklamaları dinlendikten ve dosyadaki belgeler incelendikten sonra işin gereği görüşüldü:

Dava, davacı şirkete ait televizyon kanalında 22.12.2005 tarihinde yayınlanan "... " adlı programda 3984 sayılı Kanun'un 4756 sayılı Kanun'la değişik 4.maddesinin (e) ve (z) bentlerinin tekraren ihlâl edildiği öne sürülerek yayın kuruluşuna 311.830.-TL. idarî para cezası verilmesi yolundaki 23.02.2006 tarihli Radyo ve Televizyon Üst Kurulu kararının tebliğine ilişkin 28.02.2006 tarih ve 2006/418-2552 sayılı işlemde yer alan, Üst Kurul kararının tebliğinden itibaren onbeş (15) gün içerisinde ihlâl konusu programın yayımlandığı zaman diliminde bir programın başında, idarî para cezasına neden olan programın adı, hangi yayın ilkesinin üçüncü kez ihlâl edilmesi nedeniyle idarî para cezasına hükmedildiğinin okunmasına ve aynı anda akan yazı ile okunur şekilde verilmek suretiyle kamuoyuna duyurulması ve okunan ve akan yazı ile verilen duyurunun bant kaydının yedi (7) gün içinde Üst Kurula gönderilmesine ilişkin (b) ve (c) bentlerinin iptali istemiyle açılmış; İdare Mahkemesi'nce, Danıştay Onüçüncü Dairesi'nin 20.06.2007 tarih ve E:2006/3219, K:2007/4030 sayılı bozma kararına uyulmak suretiyle, Kanun'da belirtilen müeyyideleri uygulamakla görevlendirilen Radyo ve Televizyon Üst Kurulu'nun yalnızca uyarı ve özür dileme kararlarının, Üst Kurul kararının tebliğinden itibaren yedi gün içinde aynı yayın kuşağının başında, televizyonlarda ihlâl konu programın yayımlandığı tarih, ihlâlin konusu ve hangi yayın ilkesinin ihlâl edildiği belirtilmek suretiyle okunması ve okunur şekilde yazılı olarak verilmesi, radyolarda anlaşılır şekilde okunması suretiyle uygulanıp kamuoyuna duyurulmasını isteyebileceğinin açık olduğu, para cezalarının kamuoyuna duyurulmasına ilişkin herhangi bir düzenlemeye yer verilmediğinin görüldüğü, uyarı ve özür dileme kararları dışındaki müeyyidelerin kamuoyuna duyurulmasının istenmesinin hukuken mümkün olmadığı sonucuna varıldığı, Radyo ve Televizyon Üst Kurulu'nun Kanun ve Yönetmelik'le kendisine verilen yetkisini aşar bir şekilde para cezasının kamuoyuna duyurulması yönünde tesis ettiği dava konusu işlemde hukuka ve mevzuata uyarlık görülmediği gerekçesiyle dava konusu işlemin iptaline karar verilmiş, bu karar davalı idare vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Dava konusu işlemin yukarıda özetlenen gerekçeyle iptali yolundaki temyize konu Ankara 10. İdare Mahkemesi'nin 14.02.2008 tarih ve E:2007/1271, K:2008/312 (E:2007/1271, K:2007/312) 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 onanmasına, dosyanın adı geçen Mahkemeye gönderilmesine 21.05.2009 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

T.C.
DANIŞTAY
Onüçüncü Daire
Esas No : 2007/15642
Karar No : 2009/5593

Özeti : Uydu, kablo ve karasal yayın haklarının devri için, Özel Radyo ve Televizyon Kuruluşları İdari ve Mali Şartlar Yönetmeliğinin 10. maddesinde öngörülen yükümlülüklerin devreden ve devralan kuruluşların her ikisi tarafından da yerine getirilmesi gerektiği hakkında.

Temyiz Eden (Davacı) : ... Anonim Şirketi
Vekili : Av. ...
Karşı Taraf (Davalı) : Radyo ve Televizyon Üst Kurulu
Vekili : Av. ...

İstemin Özeti : Ankara 6. İdare Mahkemesi'nin 08.06.2007 tarihli, E:2005/1998, K:2007/1077 sayılı kararının; 3984 sayılı Kanun'un Ek 4. maddesinde yayın lisansı, yayın istasyonu ve şebekelerinin devrinin mümkün olduğunun açıkça belirtildiği, yayın izninin devrini talep eden davacının, Özel Radyo ve Televizyon Kuruluşları İdari ve Mali Şartlar Yönetmeliği'nin 10. maddesinde öngörülen yükümlülükleri yerine getirdiği, idare tarafından devreden şirketten gerekli belgelerin istenilmediği, yayın izninin hacizli olması nedeniyle yayın izni devrinin engellenemeyeceği, haciz tarihinin 19.12.2003 tarihli sözleşmeden sonra olduğu, yayın izninin haczinin de zaten mümkün olmadığı, idarenin devir konusunda idarenin takdir hakkının bulunmadığı, idare tarafından çıkarılan Yönetmelikle Yasa'da öngörülmeyen şartların getirelemeyeceği, idarenin görevinin devrin uygun yapıp yapılmadığını kontrol etmekten ibaret olduğu ileri sürülerek bozulması istenilmektedir.

Savunmanın Özeti: Temyiz isteminin reddi gerektiği savunulmaktadır.

Danıştay Tetkik Hâkimi Zühal Aysun SUNAY'ın Düşüncesi: Temyiz isteminin reddi ile mahkeme kararının onanması gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı Birgül KURT'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

Karar veren Danıştay Onüçüncü Dairesi'nce Tetkik Hâkiminin açıklamaları dinlendikten ve dosyadaki belgeler incelendikten sonra işin gereği görüşüldü:

Dava, ... A.Ş. 'nin uydu, kablo ve karasal yayın haklarının davacı şirkete devri ile ilgili sözleşmenin Radyo Televizyon Üst Kurulu tarafından değerlendirmeye alınarak devre izin verilmesi isteğinin reddine ilişkin Radyo Televizyon Üst Kurulu İzinler ve Tahsisler Dairesi Başkanlığı'nın 08.02.2005 tarih ve 1328 sayılı işleminin iptali istemiyle açılmış; İdare Mahkemesince, davacı şirket ile ... A.Ş. arasında ... A.Ş.'nin Radyo ve Televizyon Üst Kurulu nezdinde sahip olduğu ulusal TV yayını ile ilgili uydu ortamından yayın ve kablolu yayın lisans hakları ile karasal ulusal TV yayını iznine ilişkin haklarının Kadıköy 4. Noterliğince düzenlenen ve onaylanan 19.12.2003 tarih ve 69517 sayılı devir sözleşmesi ile davacı şirket tarafından devralındığı, söz konusu devre ilişkin sözleşmenin tescili istemiyle devralan ve

devreden şirketler tarafından davalı idareye başvurulduğu, anılan başvurunun, "1-Devreden ... A.Ş.'nin ... A.Ş.'ye olan borcundan dolayı Üst Kurul nezdindeki doğmuş veya doğacak olan her türlü hesap hak ve alacakları ile lisans yayın izni ve benzeri hakedişlerine konulan haczin kaldırıldığına ilişkin belgenin, 2-12.10.2003 tarih ve 25257 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Yönetmelik değişikliğinin 5. maddesi uyarınca, a) Mali yükümlüklerle ilgili Üst Kuruldan alacağı ilişiksizlik belgesinin, b) Her türlü vergi borcu ile Sosyal Sigortalar Kurumu ve Esnaf ve Sanatkarlar ve Diğer Bağımsız Çalışanlar Sosyal Sigortalar Kurumu prim borcu olmadığına ilişkin ilgili kurumlardan alacağı belgelerin, c) Haberle ilgili birimlerinde çalışanların listesinin, 3-Devirle ilgili yetkili organlarca alınmış kararın, gönderilmesi gerektiği"nden bahisle reddedildiği, davanın anılan kararın iptali istemine ilişkin olduğu, olayda, davalı idare tarafından devreden ve devralan şirketlerden ibrazı istenen belgelerin eksiksiz olarak verilmediğinin dava dosyasından anlaşıldığı, bu nedenle davacı şirket ile ... A.Ş. arasında imzalanan devir sözleşmesinin davalı idarece tescil edilmesi istemiyle yapılan başvurunun reddine ilişkin işlemde mevzuata aykırılık bulunmadığı, öte yandan; davacı şirket tarafından, sözü edilen belgelerin eksikliği kabul edilmekle birlikte tamamlanması istenen belgeler arasında kendileri tarafından verilmesi gereken herhangi bir belgenin bulunmadığı, bu konuda kendilerinden istenen tüm belgeleri tamamladıkları ileri sürülmüş ise de; Yönetmelikte, devreden ve devralan kuruluşlarca sunulması gereken belgelerin tamamının sunulmasından sonra davalı idare tarafından devre izin verilebileceği belirtildiğinden, başka bir deyişle sadece devralan kuruluş tarafından Yönetmelikte öngörülen belgelerin verilmesi mevzuata göre yeterli olmadığından davacı şirketin bu iddiasına itibar edilmediği belirtilerek dava konusu işlemin hukuka uygun olduğu gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiş, bu karar davacı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Davanın yukarıda özetlenen gerekçeyle reddi yolundaki temyize konu Ankara 6. İdare Mahkemesi'nin 08.06.2007 tarih ve E:2005/1998, K:2007/1077 sayılı kararında, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 49.maddesinin 1.fıkrasında sayılan bozma nedenlerinden hiçbirisi bulunmadığından, bozma istemi yerinde görülmeyle anılan Mahkeme kararının onanmasına, dosyanın adı geçen Mahkemeye gönderilmesine 21.05.2009 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

T.C.
DANIŞTAY
Onüçüncü Daire

Esas No : 2008/7842

Karar No : 2009/5937

Özeti : İhlâlê konu programda, programı destekleyen firma tarafından yapılan konutların özelliklerinden bahsedilerek, firmanın pazarlama müdürüyle yapılan ve içeriğinde ödeme koşullarının banka kredi imkânlarının, konutların konforunun anlatıldığı röportajın yayınlanması suretiyle 3984 sayılı Kanunun 23. maddesinin 3. fıkrasında kurala bağlanan "Desteklenen programlarda destek verene veya üçüncü bir kişiye ait mal ve hizmetlere atıfta bulunulmaması ve bunların alınması, satılması ve kiralanması teşvik edilmeyecektir." hükmünün ihlâl edildiği hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan (Davacı) : ... Televizyon Yayıncılık A.Ş.
Vekili : Av. ...
Karşı Taraf (Davalı) : Radyo ve Televizyon Üst Kurulu
Vekili : Av. ...
İstem Özet : Ankara 6. İdare Mahkemesi'nin

22.02.2008 tarih ve E:2006/1708, K:2008/218 sayılı kararının; ihlâlê konu programın iç dekorasyonla ilgili olması nedeniyle mimari ve estetik bakımdan haber değeri olan bir sitenin konutlarının gezilmesinin 3984 sayılı Kanun'un 23. maddesinin 3. maddesinde düzenlenen program desteklenmesi hükümlerine aykırılık oluşturmadığı ileri sürülerek bozulması istenilmektedir.

Savunmanın Özeti : Dava konusu programda 3984 sayılı Kanun'un 23. maddesinin 3. fıkrasına aykırı davranıldığı ileri sürülerek temyiz isteminin reddi gerektiği savunulmuştur.

Danıştay Tetkik Hâkimi S.Betül MÜFTÜOĞLU'nun Düşüncesi: Temyiz isteminin reddi gerektiği düşünülmektedir.

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

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

TÜRK MİLLETİ ADINA

Karar veren Danıştay Onüçüncü Dairesi'nce Tetkik Hâkimi'nin açıklamaları dinlendikten ve dosyadaki belgeler incelendikten sonra işin gereği görüşüldü:

Dava, davacıya ait "... " logosuyla yayın yapan televizyon kuruluşunda 29.04.2006 tarihinde yayınlanan "... " isimli programda 3984 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayınları Hakkında Kanun'un 23. maddesinin 3. fıkrasında kurala bağlanan "Desteklenen programlarda, destek verene veya üçüncü bir kişiye ait mal ve hizmetlere atıfta bulunulması ve bunların alınması, satılması ve kiralınması teşvik edilmeyecektir" hükmünün ihlâl edildiği belirtilerek yayın kuruluşunun uyarılmasına ilişkin Radyo ve Televizyon Üst Kurulu'nun 08.06.2006 sayılı kararının iptali istemiyle açılmış, İdare Mahkemesi'nce; dosyada mevcut bilgi ve belgelerle birlikte işleme dayanak alınan yayın kasetinin birlikte değerlendirilmesinden, ihlâlê konu program başlarken programı destekleyen "... Konutları'nın keşifsiz ve kredisiz ev imkânı sunduğunun belirtildiği ve kuruluşu ait telefon numaralarının ekrana getirdiği, programda sponsor kuruluş tarafından yapılan evlerin konforlu olduğunun, kişilerin bu evleri tercih etmeleri halinde site içerisindeki kreşe çocuklarını bırakabileceklerinin ifade edildiği, kuruluşun pazarlama müdürüyle yapılan röportajın içeriğinde ise konutlara ilişkin ödeme koşullarının uygun olduğunun, banka kredisi ve finansman kredisi sağlandığının, ayrıca konutların hava alanına ve serbest bölgeye yakınlığının belirtildiği, programda konutların konforuna, uygun ödeme koşullarına ve ulaşım bakımından sağladığı avantajlara yer verilerek ayırt edici özelliklerinin belirtildiği, programa destek veren kuruluşun faaliyet konusu olan bu konutlara yönelik programı izleyen insanların tercihlerini etkileyip beğeni ve satın alma isteği uyandırma şeklindeki pazarlama ve reklam tekniklerinden güdülen amaçların hedeflendiği, sponsor firmaya ait mal ve hizmetlerin alınmasının teşvik edildiği ve dava konusu işlemde hukuka aykırılık bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiş, bu karar davacı vekilince temyiz edilmiştir.

Davanın yukarıda özetlenen gerekçeyle reddi yolundaki temyize konu Ankara 6. İdare Mahkemesi'nin 22.02.2008 tarih ve E:2006/1708, K:2008/218 sayılı kararında, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 49. maddesinin 1. fıkrasında sayılan bozma

nedenlerinden hiçbirisi bulunmadığından, bozma istemi yerinde görülmeyle anılan Mahkeme kararının onanmasına, dosyanın adı geçen Mahkemeye gönderilmesine 01.06.2009 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

T.C.
DANIŞTAY
Onüçüncü Daire
Esas No : 2008/8090
Karar No : 2009/7195

Özeti : 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 53. maddesinin (1). bölümüne 4928 sayılı Kanunun 6. maddesi ile eklenen (ı) bendinde düzenlenen "hüküm, İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşmenin veya eki protokollerin ihlâli suretiyle verildiğinin, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin kesinleşmiş kararıyla tespit edilmiş olması" kuralı uyarınca, yargılamanın yenilenmesi isteminin kabul edilebilmesi için öncelikle hükmün verilmesi öncesinde tarafların elinde olmayan bir nedenden dolayı hakkını kanıtlayamaması, delillerin, olguların mahkeme tarafından görülmeksizin hüküm kurulmuş olması ve bu tür bir olgunun Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi önünde çıkması veya yargılama aşamasında bir insan hakları ihlâlinin yargılamanın yenilenmesi yoluyla ortadan kaldırılabilmesi gerektiği, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesince tartışılan olgular ve maddi olayın yargılamanın yenilenmesine esas olan dava ile aynı olduğu, yargılamanın yenilenmesini gerektiren bir neden bulunmadığı, bu nedenle davacının yargılamanın yenilenmesi istemini kabul ederek işin esası hakkında karar veren mahkeme kararında hukuka uyarlık bulunmadığı hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan (Davalı) : Radyo ve Televizyon Üst Kurulu

Vekili : Av. ...

Karşı Taraf (Davacı) : ... Radyo - ... Radyo Televizyon Yayın Yapım Tanıtım A. Ş.

Vekili : Av. ...

İstemın Özetı : Ankara 8. İdare Mahkemesi'nin 14.12.2007 tarih ve E:2007/611, K:2007/2609 sayılı kararının; 3984 sayılı Kanun'un 4. ve 33. maddesinde düzenlenen yayın ilkeleri ile yaptırım uygulama usûllerinin 4756 sayılı Kanunla değıştiğı, bu nedenle yayıncı kuruluşların Kanun değışikliğinden önceki müeeyide sicillerinin ise silindiğı, yargılamanın yenilenmesi isteminin kabul edilerek dava konusu işlemin iptal edilmesinin davacı lehine hukukî bir durum yaratmayacağı ileri sürölerek bozulması istenilmektedir.

Savunmanın Özetı : Savunma verilmemiştir.

Danıştay Tetkik Hâkimi Saniye Betül MÜFTÜOĞLU'nun Düşüncesi : Temyiz isteminin reddi gerektiğı düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı Ünal DEMİRCİ'nin Düşüncesi : İdare ve vergi mahkemelerince verilen kararların temyizden incelenerek bozulabilmesi için, 2577 sayılı İdari

Yargılama Usulü Kanununun 49 uncu maddesinin birinci fıkrasında belirtilen nedenlerin bulunması gerekmektedir.

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

TÜRK MİLLETİ ADINA

Karar veren Danıştay Onüçüncü Dairesi'nce Tetkik Hâkiminin açıklamaları dinlendikten ve dosyadaki belgeler incelendikten sonra işin gereği görüldü:

Davacıya ait "..." logosuyla yayın yapan radyo kanalında 08.06.1998 tarihinde yayınlanan "..." adlı programda 3984 sayılı Kanun'un işlem tarihinde yürürlükte olan 4. maddesinin (g) bendinde kurala bağlanan "Toplumu, şiddet, terör ve etnik ayrımcılığa sevk eden ve toplumda nefret duyguları oluşturacak yayınlara imkân verilmemesi" yayın ilkesinin tekraren ihlâl edildiğinden bahisle yayın kuruluşuna 90 gün yayın durdurma yaptırımı uygulanmasına ilişkin 03.08.1998 tarih ve 7991 sayılı işlemlerle bildirilen Radyo ve Televizyon Üst Kurulu'nun 28.07.1998 tarihli kararının iptali istemiyle açılan davanın reddi yolunda verilen Ankara 8. İdare Mahkemesi'nin 23.02.1999 tarih ve E:1998/752, K:1999/91 sayılı kararı üzerine Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine başvuran davacı, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Birinci Dairesi'nin 30.06.2006 tarihinde kesinleşen 30.03.2006 günlü kararı uyarınca yargılamanın yenilenmesini ve dava konusu işlemin iptalini istemiş; İdare Mahkemesi'nce; 2577 sayılı Yasa'nın 53. maddesinin (1) numaralı bölümünün (i) bendi uyarınca davacının yargılamanın yenilenmesi istemi kabul edilerek, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararında, davacıya verilen yayın durdurma cezasının Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 10. maddesiyle güvence altına alınan ifade özgürlüğüne yönelik bir ihlâl teşkil ettiğinin, ifade özgürlüğünün demokratik toplumların en önemli temellerinden biri olduğunun, görev ve sorumlulukları çerçevesinde basına, kamu yararına ilişkin haber ve fikirleri iletme görevi düştüğünün, demokratik bir sistemde hükümetin eylemlerinin, adli ve yasal güçlerin, basın ve aynı zamanda kamuoyunun denetimi altında bulunması gerektiğinin, bu itibarla mevcut davada dava konusu programda, yolsuzluk, güvenlik güçlerinin teröristlerle mücadelesi ya da Devletle mafya arasında olası bir bağlantı olması gibi basında da geniş yer tutan çeşitli sorunlara değinildiğinin, bu bilgilerin daha önce de kamuoyuna sunulduğunun, ayrıca bu yayınlar sırasında alıntı yapıldığının ve söz konusu bölümlerin yayınlandığı gazetenin adının ve tarihinin belirtildiğinin vurgulandığı, davacıya uygulanan cezanın öngörülen amaçlarla orantılı olmadığı ve buna bağlı olarak da demokratik bir toplumda gereklilik arz etmediğinin belirtildiği, programda yer alan ifadelerin, yorumsuz olarak bir gazete haberinden alıntı olarak aktarıldığı dikkate alındığında, Anayasa'da güvence altına alınan haber verme ve basın özgürlüğü kapsamında değerlendirilmesi gerektiği, toplumu şiddet, terör ve etnik ayrımcılığa sevk edecek ve toplumda nefret duyguları oluşturacak nitelikte olmadığı gerekçesiyle dava konusu işlemin iptaline karar verilmiş, bu karar davalı vekilince temyiz edilmiştir.

Yargılamanın yenilenmesi kural olarak, hükmün esasını değiştirecek nitelikteki olguların hükmün kesinleşmesinden sonra ortaya çıkması durumunda, yeniden yapılacak yargılama ile kesin hükmü ortadan kaldırayan olağanüstü kanun yoludur. Sonradan ortaya çıkan bu gibi durumlarda kanunda sınırlı olarak sayılmış nedenlere dayanılarak taraflarca esas hükmün kaldırılması ve davanın yeniden incelenmesi istenebilir.

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunun "Yargılamanın Yenilenmesi" başlıklı 53. maddesinin 1. bendinde hangi hallerde yargılamanın yenilenmesi istenebileceği maddeler halinde sayılmış, 53. maddenin (1). bölümüne 4928 sayılı Yasanın 6. maddesiyle eklenen (i) bendi ile "Hükmün, İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşmenin veya eki protokollerin ihlali suretiyle verildiğinin, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin kesinleşmiş kararıyla tespit edilmiş olması" kuralı getirilmiştir.

Yargılamanın yenilenmesi isteminin kabul edilebilmesi için öncelikle hükmün verilmesi öncesinde tarafların ellerinde olmayan bir nedenden dolayı hakkını kanıtlayamaması, delillerin, olguların mahkeme tarafından görülmeksizin hüküm verilmiş olması gerekir. Eğer bu tür bir olgu Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi önünde ortaya çıkarsa veya yargılama aşamasındaki bir insan hakları ihlâli yargılamanın yenilenmesi yoluyla ortadan kaldırılabilir ise 2577 sayılı Yasa'nın 53/1-ı bendi uyarınca yargılamanın yenilenmesi isteminin kabul edilmesi gerekecektir.

Nitekim, 3 Haziran 2008 günlü 26895 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan Anayasa Mahkemesi'nin 8.1.2008 günlü, E:2003/1, K:2008/2 sayılı kararında da "Ceza Muhakemesi Kanunu'nda yer alan yargılamanın yenilenmesine ilişkin düzenleme, hükmün esasını değiştirecek nitelikteki olguların hükmün kesinleşmesinden sonra ortaya çıkması durumunda, yeniden yapılacak yargılama ile kesin hükmü ortadan kaldırabilen olağanüstü kanun yollarından birisidir. Bu niteliğinin gereği olarak yasa koyucu yargılamanın yenilenmesi usulünü 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 311. ilâ 323. maddelerinde etraflı biçimde düzenlemiştir. Bu hükümlerden yargılamanın yenilenmesi isteminin dört aşamada incelenip karara bağlanması gerektiği anlaşılmaktadır. Bu aşamalar, yasada sayılan yargılama nedenlerinin ve bunların dayandığı delilleri içeren istemin kabule değer olup olmadığının incelenip karara bağlanması, istem kabule değer bulunduğu takdirde delillerin toplanması, bu işlem tamamlandıktan sonra istemin esassız olup olmadığının karara bağlanması, istem esassız olması noktasından reddedilmemiş ise yargılamanın yenilenmesine ve duruşmanın açılmasına karar verilmesi şeklindedir..... Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Partisinin kapatılmasına esas alınan olguları değerlendirerek, kapatma kararının Sözleşmenin 11. maddesindeki dernek kurma ve toplantı özgürlüğünün ihlâli niteliğinde olduğuna karar vermiş ve bu ihlâl kararı yargılamanın yenilenmesi isteminin nedeni olarak ileri sürülmüştür. Ceza Muhakemesi Kanununun 321. maddesi uyarınca yargılamanın yenilenmesi isteminin kabul edilebilmesi için ilk hükmün verilmesinde esas alınan olgularla birlikte yeniden değerlendirilmesini gerektirecek nitelikte maddî bir olgunun bulunduğu hükmün kesinleşmesinden sonra saptanması gerekir. Söz konusu ihlâl kararında ise yargılama sonrasında ortaya çıkan ve kesin hükmün esasına etkileyecek nitelikte olan maddî bir olgunun varlığına değil kapatılmaya esas alınan mevcut olguların değerlendirilmesinde hata yapıldığı düşüncesine dayanılmaktadır. Ceza Muhakemesi Kanunu mevcut olguların değerlendirilmesinde hata yapılarak hüküm kurulmasını temyiz nedeni olarak kabul etmekle birlikte yargılamanın yenilenmesini gerektirecek bir neden olarak görmemektedir." gerekçesiyle yargılamanın yenilenmesi isteminin Ceza Muhakemesi Kanununun 321. maddesi uyarınca esassızlık noktasından reddine karar verilmiştir.

Uyuşmazlık konusu olayda; davacıya ait "... logosuyla yayın yapan radyo kanalında 08.06.1998 tarihinde yayınlanan "... adlı programda 3984 sayılı Kanun'un işlem tarihinde yürürlükte olan 4. maddesinin (g) bendinde kurala bağlanan "Toplumu, şiddet, terör ve etnik ayrımcılığa sevk eden ve toplumda nefret duyguları oluşturacak yayınlara imkân verilmemesi" yayın ilkesinin tekraren ihlâl edildiğinden bahisle yayın kuruluşuna 90 gün yayın durdurma yaptırımı uygulanmasına ilişkin 03.08.1998 tarih ve 7991 sayılı işlemle bildirilen Radyo ve Televizyon Üst Kurulu'nun 28.07.1998 sayılı kararının iptali istemiyle açılan davada, Ankara 8. İdare Mahkemesi'nin 23.02.1999 tarih ve E:1998/752, K:1999/91 sayılı kararıyla, ihlâlê konu yayında, "Bir Silahlı Kuvvetler Kuruluşu olan JİTEM'in cinayetleri göz önünde olmasına rağmen inkâr edilmeye devam edildi, böyle bir örgüt yok diye... Mustafa Muğlalı Paşa ne yapmıştı? Kürt köylüsünü kurşuna dizmişti, suçları falan olduğundan değil, canı öyle istediğinden. Peki Paşa'dan yarım asır sonra JİTEM ne yapmaktadır? Kurşuna dizmeye devam etmektedir, yoksul kürt köylülerini. Üstelik şimdi ölüm emirleri Orgenerallerden Başçavuşların ağzına kadar düşmüştür. Emir komuta zinciri içinde, özel savaşın konseptini kavrayış en alt noktalara kadar inmiştir." şeklindeki ifadelerle yer verildiği ve dava konusu işlemin ise bu ifadelerin 3984 sayılı Kanun'un işlem tarihinde yürürlükte olan 4. maddesinin

(g) bendinde kurala bağlanan "Toplumu, şiddet, terör ve etnik ayrımcılığa sevk eden ve toplumda nefret duyguları oluşturacak yayınlara imkân verilmemesi" yayın ilkesini tekraren ihlâl edildiğinden bahisle tesis edildiği, anılan ifadelerin söz konusu yayın ilkesini ihlâl eder nitelikte olduğu, gazetede yayınlanan bir yazıdan alıntı olmasının ihlâli ortadan kaldırmayacağı ve dava konusu işlemde hukuka aykırılık bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir.

Bu karar temyiz incelemesi sonucu Danıştay Onuncu Dairesi'nin 16.05.2001 tarih ve E:1999/3953, K:2001/1825 sayılı kararıyla onanmış, kararın düzeltilmesi istemi de Ankara 8. İdare Mahkemesi'nin 01.10.2001 tarih ve E:1998/752, K:1999/91ve T:1999/205 sayılı kararıyla süre yönünden reddedilmiştir. Bunun üzerine davacı, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne başvurmuş; Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Birinci Dairesi'nin 30.06.2006 tarihinde kesinleşen 30.03.2006 günlü kararı üzerine de yargılamanın yenilenmesi isteminde bulunmuştur.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, davacıya verilen yayın durdurma cezasının Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 10. maddesiyle güvence altına alınan ifade özgürlüğüne yönelik bir ihlâl teşkil ettiği, ifade özgürlüğünün demokratik toplumların en önemli temellerinden bir olduğu, görev ve sorumlulukları çerçevesinde basına, kamu yararına ilişkin haber ve fikirleri iletme görevi düştüğü, demokratik bir sistemde hükümetin eylemlerinin, adli ve yasal güçlerin, basın ve aynı zamanda kamuoyunun denetimi altında bulunması gerektiği, bu itibarla dava konusu programda, yolsuzluk, güvenlik güçlerinin teröristlerle mücadelesi ya da Devletle mafya arasında olası bir bağlantı olması gibi basında da geniş yer tutan çeşitli sorunlara değinildiğinin görüldüğü, bu bilgilerin daha önce de kamuoyuna sunulduğu, ayrıca bu yayınlar sırasında alıntı yapıldığının ve söz konusu bölümlerin yayınlandığı gazetenin adının ve tarihinin belirtildiği, davacıya uygulanan cezanın öngörülen amaçlarla orantılı olmadığı ve buna bağlı olarak da demokratik bir toplumda gereklilik arz etmediği sonucuna varmıştır.

Görüldüğü üzere, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesince tartışılan olgular ve maddi olayın yargılamanın yenilenmesine esas olan dava ile aynı olduğu, davacının yargılama aşamasında elinde olmayan bir nedenle hakkını kanıtlayamaması gibi bir durumun bulunmadığı, hükmü değiştirecek yeni bir delilin ortaya çıkmadığı; ayrıca yargılamanın herhangi bir aşamasına ilişkin olarak da adil yargılanma hakkının ihlâlinin tespit edilmediği; söz konusu ihlâl kararında Ankara 8. İdare Mahkemesi ile Danıştay Onuncu Dairesi tarafından karara esas alınan olgular yeniden değerlendirilerek hüküm kurulduğu, dolayısıyla yargılamanın yenilenmesini gerektiren bir nedenin bulunmadığı anlaşılmaktadır. Bu itibarla, davacının yargılamanın yenilenmesi istemi kabul edilerek işin esası hakkında karar verilmesinde hukuka aykırılık bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle; davalının temyiz isteminin kabulüne, Ankara 8. İdare Mahkemesi'nin 14.12.2007 tarihli ve E:2007/611, K:2007/2609 sayılı kararının; 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Yasası'nın 49. maddesi uyarınca bozulmasına, yeniden bir karar verilmek üzere dosyanın Mahkemeye gönderilmesine, 29.06.2009 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

REKABET KURULU İŞLERİ

T.C.
DANIŞTAY
Onüçüncü Daire
Esas No : 2007/2206
Karar No : 2009/5446

Özeti : Ekonomik faaliyette bulunan ve bağımsız karar alabilen veteriner hekimlerinin, 4054 sayılı Kanun kapsamında birer teşebbüs olduğu, veteriner hekimlerinin oluşturduğu Odaların da aynı Kanun anlamında teşebbüs birliği sayılacağı, buna göre serbest veteriner hekimlerin protokolle ilaçların satış fiyatını belirleyerek 4054 sayılı Kanunun 4. maddesini ihlâl ettikleri saptandığından, soruşturma döneminin başında bildirim üzerine protokolün uygulanmasına son verilerek, tarafların soruşturma boyunca da soruşturma heyeti ile işbirliği içinde çalıştığı dikkate alınarak asgari düzeyde idarî para cezası ile cezalandırılmasında hukuka aykırılık bulunmadığı hakkında.

Davacı : ... Veteriner Hekimleri Odası Adına Başkan ...
Davalı : Rekabet Kurumu
Vekili : Av. ...

Davanın Özeti : ... ilinde faaliyet gösteren serbest veteriner hekimlerin ve eczanelerin satmakta oldukları ilaçların minimum satış fiyatının belirlenmesi amacıyla, davacı ... Veteriner Hekimleri Odası ile ... Eczacı Odası arasında "Veteriner İlaçlarının Satış Fiyatının Belirlenmesi ve Haksız Rekabetin Önlenmesi" başlıklı protokol imzalanmak suretiyle, 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 4. maddesini ihlâl ettikleri belirtilerek tesis edilen Rekabet Kurulu'nun 19.10.2006 gün 06-77/1007-290 sayılı kararının davacıya para cezası verilmesine ilişkin kısmının; önceki kararın yargı kararıyla iptal edildiği, aynı konuda yeniden bir karar alınamayacağı, Oda'nın teşebbüs birliği sayılamayacağı, teşebbüs birliği sayılmayan meslek birliğine ceza da verilemeyeceği, ceza miktarının fahiş bulunduğu ileri sürülerek iptali istenilmektedir.

Savunmanın Özeti : Davacı Oda'nın da rekabet ihlâlinde bulunduğu yapılan soruşturma sonucunda saptandığı, ekonomik faaliyet yürüten Oda'nın teşebbüs niteliğine sahip olduğu, 4054 sayılı Kanun'a göre alt ceza uygulandığı belirtilerek davanın reddi gerektiği savunulmaktadır.

Danıştay Tetkik Hâkimi Ahmet EĞERCİ'nin Düşüncesi : Dava dosyasında mevcut bilgi ve belgelerin, mevzuat hükümleriyle birlikte incelenmesinden; ... Veteriner Hekimleri Odası ile ... Eczacı Odası arasında imzalanan protokolle, ... ilinde faaliyet gösteren serbest veteriner hekimlerin ve eczanelerin satmakta oldukları ilaçların satış fiyatının belirlenmesi suretiyle 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesinin ihlâl edildiği anlaşılmaktadır.

Bu durumda, açıkça 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesini ihlâl eden davacıya, dava konusu Rekabet Kurulu kararıyla, 4054 sayılı Kanun'un 16. maddesinin ikinci fıkrası ve 2006/1 sayılı Tebliğ uyarınca idarî para cezası verilmesinde hukuka aykırılık bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenle, davanın reddine karar verilmesi gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı Gülen AYDINOĞLU'nun Düşüncesi :Dava, 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanunun 4. maddesinin ihlal edildiği gerekçesiyle davacı adına idari para cezası uygulanmasına ilişkin 19.10.2006 günlü ve 06-77/1007-290 sayılı Rekabet Kurulu Kararının davacıya ilişkin kısmının iptali istemiyle açılmıştır.

4054 sayılı Kanunun 4. maddesinin 1. 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 anlaşmaların, uyumlu eylemlerin ve teşebbüs birliklerinin bu tür karar ve eylemlerinin hukuka aykırı ve yasak olduğu hükmüne yer verilmiştir.

Buna göre, 4. maddede belirtilen ve doğrudan veya dolaylı olarak rekabeti engelleme, bozma yazıda kısıtlama amacını taşıyan anlaşmaların hukuka aykırı ve yasak olduğu, keza bu amacı taşımasa dahi rekabeti engelleme, bozma ya da kısıtlama etkisi doğuran yahut doğurabilme olasılığı bulunan anlaşmaların yasak olduğu açıktır.

Aynı Kanunun 16. maddesinde ise, bu Kanunun 4 ve 6. maddesinde yasaklanmış olan davranışları gerçekleştirdiği kurul kararı ile sabit olanlara yasa dışı öngörülen miktardan aşağı olmamak üzere para cezası verileceği hükme bağlanmıştır..

Bu düzenlemeler uyarınca, Kanunun 4. maddesinde yasaklanan davranışlardan birinin işlenmesi halinde saptanan bu davranış para cezasının konusunu oluşturacaktır.

Dava dosyasının incelenmesinden, ... Veteriner Hekimleri Odası ve ... Eczacı Odası arasında imzalanan protokol ile ... İlde faaliyet gösteren serbest veteriner hekimlerinin sattığı veteriner ilaçlarının minimum satış fiyatlarının belirlendiği ve bu fiyatların altında satış yapan serbest veteriner hekimlerinin cezalandırıldığı yolundaki ihbar başvurusu üzerine soruşturma yapıldığı soruşturma sonucu; ihbar konusu protokole, veteriner ilaçlarının aylık olarak yayınlanacak tarifenin altında satılmayacağı, tarifenin protokolün taraflarınca belirleneceği, her iki oda başkanlığının fiyat listesine uyulmasını sağlamak amacıyla üyeleriyle ayrıca protokol imzalayacağı, bu protokole uyulmaması halinde para cezası uygulanacağı yolunda kuralların yer aldığı hususlarının saptandığı anlaşılmıştır.

Bu durumda, ... Veteriner Hekimleri Odası ile ... Eczacı Odası arasında imzalanan "Veteriner İlaçlarının Satış Fiyatlarının Belirlenmesi ve Haksız Rekabetin Önlenmesi" Protokolünün veteriner ilaçlarının minimum fiyatlarının belirlenmesine ve bu fiyat seviyesinin altında satışların yaptırılmadığına ilişkin bulunduğu açık olup, bu haliyle anılan protokolün 4054 sayılı Kanunun 4.maddesi kapsamında ihlal oluşturduğu sonucuna varıldığından, dava konusu kararda hukuka aykırılık 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, ... ilinde faaliyet gösteren serbest veteriner hekimlerin ve eczanelerin satmakta oldukları ilaçların minimum satış fiyatının belirlenmesi amacıyla, davacı ... Veteriner Hekimleri Odası ile ... Eczacı Odası arasında "Veteriner İlaçlarının Satış Fiyatının Belirlenmesi ve Haksız Rekabetin Önlenmesi" başlıklı protokol imzalanmak suretiyle, 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesini ihlâl ettikleri belirtilerek tesis edilen Rekabet Kurulu'nun 19.10.2006 gün 06-77/1007-290 sayılı kararının davacıya para cezası verilmesine ilişkin kısmının iptali istemiyle açılmıştır.

4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında 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 satın 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" hükmüne yer verilmiştir.

Bu hükümle, belirli bir mal ve hizmet piyasasında doğrudan veya dolaylı olarak rekabeti engelleme, bozma veya 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 bulunarak açıkça yasaklanmıştır.

Diğer yandan, davaya konu eylem ve işlem tarihinde yürürlükte bulunan Kanun'un "Para Cezaları" başlıklı 16. maddesinin ikinci fıkrasında; bu Kanun'un 4. ve 6. maddesinde yasaklanmış olan davranışları gerçekleştirdiği Kurul kararı ile sabit olanlara, ikiyüz milyon liradan aşağı olmamak üzere, ceza verilecek teşebbüs niteliğindeki gerçek ve tüzel kişiler ile teşebbüs birlikleri ve/veya bu birliklerin üyelerinin bir yıl önceki malî yıl sonunda oluşan ve Kurul tarafından saptanacak olan gayri safî gelirinin yüzde onuna kadar para cezası verileceği öngörülmüştür.

Dava dosyasındaki bilgi ve belgelerin işlem dosyasıyla birlikte incelenmesinden; ... Veteriner Hekimleri Odası ile ... Eczacı Odası arasında imzalanan protokolle ... ilinde faaliyet gösteren serbest veteriner hekimlerin ve eczanelerin satmakta oldukları ilaçların satış fiyatının belirlenmesi suretiyle, 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesinin ihlâli iddiasıyla ilgili olarak Kanun'un 41. maddesi çerçevesinde yürütülen soruşturma sonucunda dava konusu Rekabet Kurulu kararının alındığı, davacı Oda'da yerinde yapılan incelemede, "Veteriner İlaçlarının Satış Fiyatının Belirlenmesi ve Haksız Rekabetin Önlenmesi" başlıklı protokolün bulunduğu, bu protokolün ... Veteriner Hekimleri Odası ile ... Eczacı Odası arasında veteriner ilaçlarının minimum fiyatlarının belirlenmesine yönelik olduğu, Odaların bu protokolün 4. maddesine dayanarak "fiyat listesine uyulmasının temini için üyeleri ile ayrıca protokol" yaptıkları, ardından belirlenen aylık tarifelerin protokole katılan eczane ve veteriner kliniklerine bildirilerek uygulandığı, bu tarifeye uyulup uyulmadığının yapılan denetimlerle izlendiği ve protokol hükümlerine uygun hareket etmeyenlere para cezası da verildiği, mevzuat gereği maksimum satış fiyatı Sağlık Bakanlığı'nca belirlenen ilaçların perakende aşamasında hangi fiyattan satılacağına tamamen eczacının veya veteriner hekiminin tasarrufunda bulunduğu, minimum fiyat tespitine yönelik herhangi bir mevzuat hükmünün bulunmadığı, dolayısıyla söz konusu protokol yoluyla veteriner ilaçlarının perakende satış seviyesinde minimum fiyatlarının belirlenmesinin, 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesi kapsamında bir ihlâl olduğunun görüldüğü, düzenlenen protokol ile amaçlananın, özellikle ... şehir merkezindeki fiyat rekabetini ortadan kaldırmak olduğu, protokolün piyasada istenen etkiyi doğurmasına yönelik olarak denetim ve ceza mekanizmalarının öngörüldüğü, bu durumun, taraf teşebbüs birliklerinin rekabeti sınırlama amacına yönelik iradesini açıkça ortaya koymakta olduğu, bu

çerçeve, protokolün hem amacı hem de etkisi bakımından 4054 sayılı Kanun'a aykırı olduğu anlaşılmaktadır.

Bu durumda; 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesi, ... Veteriner Hekimleri Odası ile ... Eczacı Odası arasında imzalanan protokolle açıkça ihlâl edildiğinden, davacıya, dava konusu Rekabet Kurulu kararıyla 4054 sayılı Kanun'un 16. maddesinin ikinci fıkrası ve 2006/1 sayılı Tebliğ uyarınca, ihlâlın ağırlığının ve para cezası miktarının takdirinde, ... ili merkezinde faaliyet gösteren veteriner kliniklerinin ve etkin bir şekilde veteriner ilaçları satan eczanelerin tamamına yakınının protokole katılmasına karşın, soruşturma döneminin başında taraflara yapılan bildirim üzerine protokolün uygulanmasına son verilmesi ve tarafların Soruşturma Heyeti ile inceleme boyunca işbirliği içinde olması göz önünde bulundurularak, asgari düzeyde 6.368-TL idarî para cezası uygulanmasında hukuka aykırılık bulunmamaktadır.

Davacı tarafından, Oda'nın kamu kurumu niteliğinde bir mesleki kuruluşu olduğu, rekabet hukuku anlamında bir işletme olmadığı, kamu kuruluşlarının kamu hukukuna tabi işlemlerinin rekabeti bozucu etki yapmış olsa dahi, bu kapsamda değerlendirilemeyeceği ileri sürülmekte ise de; ekonomik faaliyette bulunan ve bağımsız karar alabilen veteriner hekimlerinin, 4054 sayılı Kanun kapsamında birer teşebbüs olduğu, veteriner hekimlerinin oluşturduğu odaların da aynı Kanun anlamında teşebbüs birliği sayılacağı, bu itibarla veteriner hekimlerinin ve bunların bağlı bulunduğu veteriner hekimleri odalarının rekabet kurallarını ilgilendiren işlemlerinin Kanun kapsamında olacağı anlaşılmakla, davacı iddiasına itibar edilmemiştir.

Davacının diğer iddiaları da, dava konusu işlemi sakatlayıcı nitelikte görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle; davanın reddine, aşağıda dökümü yapılan 98,40-TL yargılama giderlerinin davacı üzerinde bırakılmasına, Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi uyarınca 575-TL avukatlık ücretinin davacıdan alınarak davalıya verilmesine, artan posta ücretinin istemi halinde davacıya iadesine, 20.05.2009 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

T.C.
DANIŞTAY
Onüçüncü Daire

Esas No : 2007/4596
Karar No : 2009/5448

Özeti : İlinde şehirlerarası otobüs terminali işletmeciliği pazarında gerçek anlamda tek terminal işletmecisi olan davacı şirketin, hem hâkim durumundan yararlanarak, hem de kiracılık sözleşmesine koyduğu hükümlerden güç alarak karayolu ile şehirlerarası yolcu taşımacılığı pazarında faaliyet gösteren teşebbüsleri, aralarındaki fiyat rekabetini ortadan kaldırır mahiyette anlaşmalar yapmaya zorlamak, terminal bünyesinde kurduğu denetim sistemiyle, bu anlaşmalara uyulup uyulmadığını denetlemek ve seyahat firmalarına anlaşmalara uyulmaması durumunda yaptırım uygulamak suretiyle 4954 sayılı Kanunun 6. maddesinin ikinci fıkrasının (d) bendinde örneklendirilen kötüye kullanma hallerinden "Belirli bir piyasadaki hâkimiyetin yaratmış olduğu finansal, teknolojik ve ticarî avantajlardan yararlanarak başka bir mal veya hizmet piyasasındaki rekabet koşullarını bozmayı amaçlayan eylemleri gerçekleştirdiği"

anlaşıldığından, idarî para cezası uygulanmamasına ilişkin Rekabet Kurulu kararında hukuka aykırılık bulunmadığı, iptali istemiyle açılan davanın reddi hakkında.

Davacı : ... Otobüs ve Terminal İşletmeleri A.Ş.

Vekili : Av. ...

Davalı : Rekabet Kurumu

Davanın Özeti : ... Otobüs ve Terminal İşletmeleri A.Ş. (...)’nin 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’un 6. maddesi uyarınca hâkim durumunu kötüye kullandığı belirtilerek tesis edilen Rekabet Kurulu’nun 11.01.2007 tarih ve 07-01/1-1 sayılı kararının; önceki karar yargı kararıyla iptal edildiğinden, yeniden bir soruşturma açılarak bir karar alınması gerektiği, şehirlerarası otobüs ücretlerine müdahale edilmediği, kaldı ki müdahale edilmesinde şirketin bir menfaatinin bulunmadığı ileri sürülerek iptali istenilmektedir.

Savunmanın Özeti : Davacı şirketin, 4054 sayılı Kanun’un 6. maddesini ihlâl ettiğinin yapılan soruşturma sonucunda saptandığı, davacının sözleşme hükmünden ve hâkim durumundan aldığı güçle rekabeti ortadan kaldırdığı, davacı şirketin yönetim kurulunda görev alanların aynı zamanda otobüs şirketlerinin yöneticileri olduğu, fiyatın belirlenmesinde bir menfaatlerinin bulunmadığı iddiasının gerçeği yansıtmadığı belirtilerek davanın reddi gerektiği savunulmaktadır.

Danıştay Tetkik Hâkimi Ahmet EĞERCİ’nin Düşüncesi : Dava dosyasında mevcut bilgi ve belgelerin, mevzuat hükümleriyle birlikte incelenmesinden; ... şehirlerarası otobüs terminali işletmeciliği pazarında hâkim durumda bulunan davacı şirketin, bu hâkim durumundan yararlanarak, kiracılık sözleşmelerine 8.16. maddesindeki hükmü koymak, sözleşmelerindeki bu hükümden yararlanarak, karayolu ile şehirlerarası yolcu taşımacılığı pazarında faaliyet gösteren teşebbüsleri, aralarındaki fiyat rekabetini ortadan kaldırır mahiyette anlaşmalar yapmaya zorlamak, terminal bünyesinde kurduğu denetim sistemiyle, bu anlaşmalara uyulup uyulmadığını denetlemek ve seyahat firmalarına anlaşmalara uyulmaması durumunda yaptırım uygulamak suretiyle, 4054 sayılı Kanun’un 6. maddesini ihlâl ettiği anlaşılmaktadır.

Bu durumda, açıkça 4054 sayılı Kanun’un 6. maddesini ihlâl eden davacıya, dava konusu Rekabet Kurulu kararıyla, 4054 sayılı Kanun’un 16. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca idarî para cezası verilmesinde hukuka aykırılık bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenle, davanın reddine karar verilmesi gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı Birgül KURT’un Düşüncesi : Dava, 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’un 6. maddesinin ihlâl edildiği belirtilerek verilen Rekabet Kurulu’nun 11.01.2007 tarih ve 07-01/1-1 sayılı kararının iptali istemiyle açılmıştır.

4054 sayılı Yasanın 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 kullanması hukuka aykırı ve yasaktır.

Kötüye kullanma halleri özellikle şunlardır:

a) Ticari faaliyet alanına başka bir teşebbüsün girmesine doğrudan veya dolaylı olarak engel olunması ya da rakiplerin piyasadaki faaliyetlerinin zorlaştırılmasını amaçlayan eylemler,

b) Eşit durumdaki alıcılara aynı ve eşit hak, yükümlülük ve edimler için farklı şartlar ileri sürerek, doğrudan veya dolaylı olarak ayrımcılık yapılması,

c) Bir mal veya hizmetle birlikte, diğer mal veya hizmetin satın alınmasını veya aracı teşebbüsler durumundaki alıcıların talep ettiği bir malın veya hizmetin, diğer bir mal veya hizmetin de alıcı tarafından teşhiri şartına bağlanması ya da satın alınan bir malın belirli bir

fiyatın altında satılmaması gibi tekrar satış halinde alım satım şartlarına ilişkin sınırlamalar getirilmesi,

d) Belirli bir piyasadaki hakimiyetin yaratmış olduğu finansal, teknolojik ve ticari avantajlardan yararlanarak başka bir mal veya hizmet piyasasındaki rekabet koşullarını bozmayı amaçlayan eylemler,

e) Tüketicinin zararına olarak üretimin, pazarlamanın ya da teknik gelişmenin kısıtlanması." hükmü yer almıştır.

Dosyanın incelenmesinden, ..."nin ... ili şehirlerarası otobüs terminali işletmeciliği pazarında hakim durumda bulunduğu, pazardaki hakim durumundan yararlanarak; Otobüs Terminali Kiracılık Sözleşmeleri'nin 8.16. maddesine; "Kiracı, ... ve ...'ın otobüs işletmeciliği ve taşımalara ilişkin olarak belirleyeceği esaslara ve ücret tarifelerine kesinlikle uymayı kabul, beyan ve taahhüt eder " şeklindeki hükmü koyup, Kiracılık Sözleşmelerinin yukarıda yer verilen hükmünden yararlanarak, karayolu ile şehirlerarası yolcu taşımacılığı pazarında faaliyet gösteren teşebbüsleri, aralarındaki fiyat rekabetini ortadan kaldırır mahiyette anlaşmalar yapmaya zorladığı, terminal bünyesinde kurduğu denetim sistemiyle bu anlaşmalara uyulup uyulmadığını denetlemek ve seyahat firmalarına anlaşmalara uyulmaması durumunda cezai müeyyideler uygulamak suretiyle, 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesinin ikinci fıkrasının (d) bendinde örneklendirilen kötüye kullanma hallerinden "Belirli bir piyasadaki hakimiyetin yaratmış olduğu finansal, teknolojik ve ticari avantajlardan yararlanarak başka bir mal veya hizmet piyasasındaki rekabet koşullarını bozmayı amaçlayan eylemleri" gerçekleştirdiği ve 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesinin birinci fıkrası hükmünü ihlal ettiği, 4054 sayılı Kanun'un 16. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca para cezası ile cezalandırılmasına ilişkin dava konusu kararın hukuka uygun olduğu sonucuna ulaşılmıştır.

Açıklanan nedenlerle davanın reddi gerektiği sonucuna varılmıştır.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Karar veren Danıştay Onüçüncü Dairesi'nce, Tetkik Hâkiminin açıklamaları dinlendikten ve dosyadaki belgeler incelendikten sonra işin gereği görüşüldü;

Dava, davacı ...'ın 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesi uyarınca hâkim durumunu kötüye kullandığı belirtilerek tesis edilen Rekabet Kurulu'nun 11.01.2007 tarih ve 07-01/1-1 sayılı kararının iptali istemiyle açılmıştır.

4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 3. maddesinde hâkim durum, belirli bir piyasadaki bir veya birden fazla teşebbüsün, rakipleri ve müşterilerinden bağımsız hareket ederek fiyat, arz, üretim ve dağıtım miktarı gibi ekonomik parametreleri belirleyebilme gücü olarak tanımlanmış, ve Kanun'un hâkim durumun kötüye kullanılmasını yasaklayan 6. maddesinde de bir veya birden fazla teşebbüsün ülkenin bütününde ya da bir bölümünde bir mal veya hizmet piyasasındaki hâkim durumunu tek başına yahut başkaları ile yapacağı anlaşmalar ya da birlikte davranışlar ile kötüye kullanması halinin hukuka aykırı ve yasak olduğu belirtilmiş 6. maddede kötüye kullanmanın tanımı yapılmamış uygulamada sık rastlanılan kötüye kullanma halleri örneklemek suretiyle sayılmıştır. Bunlar; "a) Ticari faaliyet alanına başka bir teşebbüsün girmesine doğrudan veya dolaylı olarak engel olunması ya da rakiplerin piyasadaki faaliyetlerinin zorlaştırılmasını amaçlayan eylemler,

b) Eşit durumdaki alıcılara aynı ve eşit hak, yükümlülük ve edimler için farklı şartlar ileri sürerek, doğrudan veya dolaylı olarak ayrımcılık yapılması,

c) Bir mal veya hizmetle birlikte, diğer mal veya hizmetin satın alınmasını veya aracı teşebbüsler durumundaki alıcıların talep ettiği bir malın veya hizmetin, diğer bir mal veya hizmetin de alıcı tarafından teşhiri şartına bağlanması ya da satın alınan bir malın belirli bir fiyatın altında satılmaması gibi tekrar satış halinde alım satım şartlarına ilişkin sınırlamalar getirilmesi,

d) Belirli bir piyasadaki hâkimiyetin yaratmış olduğu finansal, teknolojik ve ticari avantajlardan yararlanarak başka bir mal veya hizmet piyasasındaki rekabet koşullarını bozmayı amaçlayan eylemler,

e) Tüketicinin zararına olarak üretimin, pazarlamanın ya da teknik gelişmenin kısıtlanması" olarak sıralanmıştır.

Diğer yandan, davaya konu eylem ve işlem tarihinde yürürlükte bulunan Kanun'un "Para Cezaları" başlıklı 16. maddesinin ikinci fıkrasında; bu Kanun'un 4. ve 6. maddesinde yasaklanmış olan davranışları gerçekleştirdiği Kurul kararı ile sabit olanlara, ikiyüz milyon liradan aşağı olmamak üzere, ceza verilecek teşebbüs niteliğindeki gerçek ve tüzel kişiler ile teşebbüs birlikleri ve/veya bu birliklerin üyelerinin bir yıl önceki malî yıl sonunda oluşan ve Kurul tarafından saptanacak olan gayri safi gelirinin yüzde onuna kadar para cezası verileceği öngörülmüştür.

Dava dosyasındaki bilgi ve belgelerin işlem dosyasıyla birlikte incelenmesinden; davacı şirketin, rekabeti engelleyici kararlar alarak şehirlerarası otobüs seyahat ücretlerine güzergahlara göre alt sınırlar belirlemek ve denetlenmesinde öncü olmak suretiyle, 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesini ihlâli iddiasıyla ilgili olarak Kanun'un 41. maddesi çerçevesinde yürütülen soruşturma sonucunda dava konusu Rekabet Kurulu kararının alındığı, ... ilinde faaliyet gösteren terminalin, Büyükşehir belediyesi ile Ege Bölgesi Otobüsçüleri Derneği arasındaki özel hukuka dayalı "Yap-İşlet-Devret Sözleşmesi" uyarınca dernek üyeleri tarafından yaptırıldığı, terminalin işletilmesi hususunda ise dernek statüsünün yeterli olmaması nedeniyle, davacı şirketin kurulduğu, ... ilinde Belediye'den izin alarak faaliyette bulunan bir başka terminalin olmadığı, davacı şirketin ... şehirlerarası otobüs terminali işletmeciliği pazarında gerçek anlamda tek terminal işletmecisi olduğu, ...'de faaliyet gösteren özel terminallerin kendisine alternatif teşkil etmediği, ilgili ürün pazarında hukukî ve fiili tekel niteliği ile hâkim konumda bulunduğu, davacı şirket ile otobüs şirketleri arasında imzalanan "Yeni ... Şehirlerarası Otobüs Terminali Kiracılık Sözleşmesi"nin 8.16. maddesinde, "Kiracı ...'ın otobüs işletmeciliği ve taşımaları ilişkin olarak belirleyeceği esaslara ve ücret tarifelerine kesinlikle uymayı kabul, beyan ve taahhüt eder" hükmünün bulunduğu, Kurum tarafından davacının yolcu taşıma fiyatlarını kontrol ettiğini gösteren belge ve ifadelerin elde edildiği, söz konusu belgelerde, seyahat firmalarının ... terminalinden gidecekleri mesafeye uygulanacak fiyat tarifelerinin yönetmelik ve Sözleşmeler gereği ...'la birlikte belirleneceğinin, bu fiyatlar üzerinden yalnızca firmaların abone kartı sahibi olan müşterilerine %15 özel indirim uygulanabileceğinin ifade edildiği, davacı şirket nezdinde yürütülen fiyat belirleme toplantılarında her seyahat firmasından bir temsilcinin bulunduğu, her hat için uygun fiyat belirlendiği, bu toplantıların başkanlığını ... otogar müdür yardımcısının yaptığı, bilet ücretlerinin terminal çıkışında ... görevlileri tarafından denetlenmekte ve belirlenen bilet ücretlerini uygulamayanların önce elektriği ve suyunun kesilmekte, daha sonra para cezası uygulanmakta olduğu, düşük fiyatla bilet kesen firmaların davacı şirket tarafından cezalandırıldığına ilişkin belgelerin Kurum raportörlerince elde edildiği, davacının fiyat anlaşmalarının akdedilmesinde, denetlenmesinde ve uygulanmasında asli bir rol oynadığı, ...'ın bunu gerçekleştirirken hem ... şehirlerarası otobüs terminali işletmeciliği pazarındaki hâkim durumundan yararlanmakta, hem de kiracılık sözleşmesinin hükümlerinden güç almakta olduğu, dolayısıyla bu pazarda hâkim durumda bulunan davacının, bu hâkim durumundan yararlanarak, kiracılık sözleşmelerine 8.16. maddesindeki hükmü koymak, sözleşmelerindeki bu hükümden yararlanarak, karayolu ile şehirlerarası yolcu taşımacılığı pazarında faaliyet gösteren teşebbüsleri, aralarındaki fiyat rekabetini ortadan kaldırır mahiyette anlaşmalar yapmaya zorlamak, terminal bünyesinde kurduğu denetim sistemiyle, bu anlaşmalara uyulup uyulmadığını denetlemek ve seyahat firmalarına anlaşmalara uyulmaması durumunda yaptırım uygulamak suretiyle, 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesinin ikinci fıkrasının (d) bendinde örneklendirilen kötüye kullanma hallerinden "Belirli bir piyasadaki hâkimiyetin yaratmış olduğu finansal, teknolojik ve ticari avantajlardan

yararlanarak başka bir mal veya hizmet piyasasındaki rekabet koşullarını bozmayı amaçlayan eylemleri" gerçekleştirdiği anlaşılmaktadır.

Bu durumda; 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesini açıkça ihlâl eden davacı şirkete, dava konusu Rekabet Kurulu kararıyla 4054 sayılı Kanun'un 16. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca, 1999 yılı net satışlarının %2'si oranında olmak üzere 39.359,84-TL idarî para cezası uygulanmasında hukuka aykırılık bulunmamaktadır.

Davacının iddiaları da, dava konusu işlemi sakatlayıcı nitelikte görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle; davanın reddine, aşağıda dökümü yapılan 94,40-TL yargılama giderlerinin davacı üzerinde bırakılmasına, artan posta ücretinin istemi halinde davacıya iadesine, 20.05.2009 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

DÜZENLEYİCİ – GENEL İŞLEMLER

T.C.
DANIŞTAY
Onüçüncü Daire
Esas No : 2007/7931
Karar No : 2009/4977

Özeti : Sağlık Bakanlığı Strateji Geliştirme Başkanlığı'nın 28.02.2007 tarih ve 2007/13 sayılı Genelgesinin 2. maddesi ile 2003/70 sayılı Genelgeye eklenen (j) bendinde yer alan "Tıbbi cihaz hizmet alımı yoluyla kiralanarak kuruma kurdurulacak olan cihazın/cihazların bakımı, onarımı, her türlü destek ve hizmete hazır halde tutulması, ayrıca kaliteli ve verimli hizmet verilebilmesini temin için gerekli personel bulundurulması istenebilir." hükmünün iptali istemiyle açılan davada; tıbbi tetkik ve tanı hizmetlerinin, hasta ile özel sağlık kuruluşu arasında herhangi bir maddî ilişki oluşturulmaksızın bizzat hastane idaresince satın alınmasının ve yine aynı hastane bünyesinde konuşlandırılan merkezlerde zaman ve kaynak israfına yol açılmaksızın idarenin denetim ve gözetimi altında sunulmasına, hizmet bedellerinin döner sermaye işletmesi gelirlerinden karşılandığı da gözönüne alındığında, kamu yararına ve hizmet gereklerine uygun olduğu sonucuna ulaşıldığından, dava konusu genelgenin iptali istemiyle açılan davanın reddi hakkında.

Davacı : Türk Sağlık Sen (Türkiye Sağlık ve Sosyal Hizmetler Kolu Kamu Görevlileri Sendikası)

Vekili : Av. ...

Davalı : Sağlık Bakanlığı

İstemin Özeti : Sağlık Bakanlığı Strateji Geliştirme Başkanlığı'nın 28.02.2007 tarih ve 2007/13 sayılı Genelgesinin 2. maddesi ile 2003/70 sayılı Genelgeye eklenen (j) bendinde yer alan "Tıbbi cihaz hizmet alımı yoluyla kiralanarak kuruma kurdurulacak olan cihazın/cihazların bakımı, onarımı, her türlü destek ve hizmete hazır halde tutulması, ayrıca

kaliteli ve verimli hizmet verilebilmesini temin için gerekli personel bulundurulması istenebilir." hükmünün ;idarenin doğrudan genel idare esaslarına göre yürüttüğü sağlık hizmetinin gerektirdiği aslı ve sürekli görevlerin, hizmet satın alınması yoluyla gördürülmesi şeklinde, Yasada öngörülmeleyen bir yöntem benimsendiğinden iptali istenilmektedir.

Savunmanın Özeti : Dava konusu Genelgenin,Danıştay 5.Dairesinin kararı ile yürürlüğü durdurulan "Sağlık ve Yardımcı Sağlık Personeli Tarafından Yerine Getirilmesi Gereken Hizmetlerin Satın Alma Yoluyla Gördürülmesine İlişkin Esas ve Usullerle "bir ilgisinin bulunmadığı,anılan Esas ve Usullerin doğrudan doğruya personel istihdamına yönelik düzenlemelere yer vermekte iken,dava konusu hizmet alımı işlerinin personel istihdamına dayalı olmaksızın bazı tıbbi cihazların işletilmesinden ortaya çıkan tetkik ve tanı hizmetlerinin satın alınmasından ibaret olduğu, tetkik ve tanı hizmetlerinin hasta ile özel sağlık kuruluşu arasında herhangi bir maddi ilişki oluşturmaksızın, bizzat Hastane idaresince satın alınmasının ve yine aynı Hastane bünyesinde konuşlandırılan merkezlerde, vatandaş ve idare bakımından zaman ve kaynak israfına yol açılmaksızın, idarenin denetim ve gözetimi altında vatandaşların kullanımına sunulmasında hukuka aykırılık bulunmadığı belirtilerek, davanın reddi gerektiği savunulmaktadır.

Danıştay Tetkik Hâkimi Erkan DEMİRTAŞ'ın Düşüncesi : Tıbbi tetkik ve tanı hizmetlerinin, hasta ile özel sağlık kuruluşu arasında herhangi bir maddi ilişki oluşturmaksızın bizzat hastane idaresince satın alınmasının ve yine aynı hastane bünyesinde konuşlandırılan merkezlerde zaman ve kaynak israfına yol açılmaksızın idarenin denetim ve gözetimi altında sunulmasının, hizmet bedellerinin döner sermaye işletmesi gelirlerinden karşılandığı da gözönüne alındığında, kamu yararına ve hizmet gereklerine uygun olduğu sonucuna ulaşıldığından, dava konusu Genelgede mevzuata aykırılık görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle,davanın reddi gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı Gülen AYDINOĞLU'nun Düşüncesi : Dava, Sağlık Bakanlığı Strateji Geliştirme Başkanlığı'nın 2003/70 sayılı Genelgesinin (j) bendine eklenen "Tıbbi cihaz hizmet alımı yoluyla kiralanarak kuruma kurdurulacak olan cihazın/cihazların bakımı, onarımı, her türlü destek ve hizmete hazır halde tutulması, ayrıca kaliteli ve verimli hizmet verilebilmesini temin için gerekli personel bulundurulması istenebilir" hükmünün iptali istemiyle açılmıştır.

181 sayılı Sağlık Bakanlığı'nın Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin 1.maddesinde, bu Kamu Hükmünde Kararname'nin amacının, herkesin yaşamının beden ve ruh sağlığı içinde devamını sağlamak, ülkenin sağlık koşullarını düzeltmek, bireylerin ve toplumun sağlığına zarar veren nedenlere karşı savaşını vermek ve halka sağlık hizmetlerini ulaştırmak, sağlık kuruluşlarını tek elden planlayıp, hizmet vermelerini sağlamak için Sağlık Bakanlığının kurulmasına, örgüt ve görevlerine ilişkin esasları düzenlemek olduğu hükme bağlanmış, 2.maddesinde de Sağlık Bakanlığı'nın görevlerine yer verilerek, bakanlığın üstlendiği bu hizmetlerin Devletin sosyal devlet vasfına uygun olarak devlet tarafından yürütülmesi gerekli kamu hizmeti niteliğine vurgu yapılmıştır.

Bakılan davada, dava konusu düzenleme, yürütme organınca asli görev olarak kamu görevlileri eliyle yerine getirilmesi gerekli kamu hizmetinin, hizmet satın alınması yoluyla ifa edilmesini öngörmekte, bu haliyle düzenleme ile amaçlanan sağlık personeli istihdam yöntemi hukuka uygun bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle, dava konusu Genelgenin (J) bendine eklenen kısmın iptaline karar verilmesinin uygun olacağı düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Karar veren Danıştay Onüçüncü Dairesi'nce Tetkik Hâkiminin açıklamaları dinlendikten ve dosyadaki belgeler incelendikten sonra işin gereği görüldü:

Dava, Sağlık Bakanlığı Strateji Geliştirme Başkanlığı'nın 28.02.2007 tarih ve 2007/13 sayılı Genelgesinin 2. maddesi ile 2003/70 sayılı Genelgeye eklenen (j) bendinde yer alan "Tıbbi cihaz hizmet alımı yoluyla kiralanarak kuruma kurdurulacak olan cihazın/cihazların bakımı, onarımı, her türlü destek ve hizmete hazır halde tutulması, ayrıca kaliteli ve verimli hizmet verilebilmesini temin için gerekli personel bulundurulması istenebilir." hükmünün iptali istemiyle açılmıştır.

4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 4. maddesinde; "... taşınır ve taşınmaz mal ve hakların kiralanması ve benzeri diğer hizmetler" hizmet tanımı içinde yer almış, anılan Kanunun 62. maddesinin (c) bendinde, "idarelerce kanun, tüzük ve yönetmeliklere göre istihdam edilen personelin yeterli nitelik veya sayıda olmaması halinde, ihale yetkilisinin onayı alınmak kaydıyla bu Kanunda belirtilen hizmetler için ihaleye çıkılabilir." hükmü getirilmiştir.

4734 sayılı Kamu İhale Kanununun 4. maddesi ile 62. maddesinin (e) bendine dayanılarak yürürlüğe konulan Sağlık Bakanlığının 2003/70 sayılı Genelgesi; Bakanlığa bağlı sağlık kurumlarının artan hasta potansiyeli, hastalık profillerinin değişmesi, bir çok hastalığın tanı ve tedavisinin yüksek teknoloji ürünü tıbbi cihazlarla sağlanabilir hale gelmesi sonucu bazı kurumların bu cihazları satın alma yoluyla temin etmesi, buna karşılık bir çok sağlık kurumunun yeterli sayıda ve özellikte tıbbi cihaza sahip olmaması, bu cihazlarla sunulması gereken hizmetlerin sunumunda yetersizlik ve aksamalarla karşılaşılması, tıbbi cihazların yüksek fiyatları nedeniyle yeterli sayıda temin edilememeleri, teknolojilerinin hızla değişmesi, bu cihazların alımına yönelik ödenek tahsisi yapılamaması, bakım ve destek hizmetlerinin kurumlarca sağlanamaması, bu cihazları işletecek eğitimli personel konusunda sıkıntı yaşanması, sayıca az olan bu cihazlarla sunulan tetkik ve tedavi hizmetlerinde uzun sıralar oluşması gibi nedenlerle tetkik ve tedavi amacıyla kullanılan tıbbi cihazların hizmet satın alımı yoluyla teminini öngörmüş ve tıbbi cihazların hizmet alımı yoluyla temininde dikkate alınacak usul ve esasları belirlemiştir.

Tıbbi tetkik ve tanı hizmetlerinin, hasta ile özel sağlık kuruluşu arasında herhangi bir maddi ilişki oluşturulmaksızın bizzat hastane idaresince satın alınmasının ve yine aynı hastane bünyesinde konuşlandırılan merkezlerde zaman ve kaynak israfına yol açılmaksızın idarenin denetim ve gözetimi altında sunulmasının, hizmet bedellerinin döner sermaye işletmesi gelirlerinden karşılandığı da gözönüne alındığında, kamu yararına ve hizmet gereklerine uygun olduğu sonucuna ulaşıldığından, dava konusu Genelgede mevzuata aykırılık görülmemiştir.

Öte yandan, her ne kadar dava konusu Genelgenin dayanağını oluşturmaya da, sağlık hizmetlerinin satın alınma yoluyla gördürülmesi amacıyla yayımlanan ve Dairemizde daha önce dava konusu yapılan aynı Genelgenin (g) bendinin iptali istemiyle açılan davada dikkate alınan, 657 sayılı Yasanın 36. maddesinin "III-SAĞLIK HİZMETLERİ VE YARDIMCI HİZMETLER SINIFI" başlıklı bendine 24.07.2003 tarih ve 25172 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan 4924 sayılı Yasa'nın 11. maddesiyle eklenen hükme dayanılarak yürürlüğe konulan ve 05.05.2004 tarih ve 25453 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan "Sağlık ve Yardımcı Sağlık Personeli Tarafından Yerine Getirilmesi Gereken Hizmetlerin Satın Alınması Yoluyla Gördürülmesine İlişkin Esas ve Usuller" in 1. maddesinde, düzenlemenin amacı; lüzumu halinde, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu kapsamında alımı yapılacak olan sağlık hizmetlerinin, 4924 sayılı Kanunla 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 36. maddesine eklenen hüküm uyarınca, Bakanlığa tanınan takdir yetkisi çerçevesinde, bedeli döner sermaye gelirlerinden ödenmek kaydıyla satın alınma yoluyla gördürülmesine dair esas ve usulleri belirlemek olarak açıklanmış olup; anılan "Sağlık ve Yardımcı Sağlık Personeli Tarafından Yerine Getirilmesi Gereken Hizmetlerin Satın Alınması Yoluyla Gördürülmesine İlişkin Esas ve Usuller" in iptali istemiyle açılan davada; Danıştay 5. Dairesinin 22.11.2004 tarih ve E:2004/4439 sayılı kararıyla; 4924 sayılı Yasa'nın 11. maddesiyle 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 36. maddesine eklenen hükmün Anayasa'nın 2. ve 128/1. maddelerine aykırılığı savı ciddi

bulunarak iptali için Anayasa Mahkemesine başvurulmuş ise de; Anayasa Mahkemesinin 22.11.2007 tarih ve E.2004/114,K:2007/85 sayılı kararı ile düzenlemenin Anayasaya aykırı olmadığından bahisle itirazın reddine karar verildiği anlaşılmaktadır.

Açıklanan nedenlerle, yasal dayanağı bulunmayan davanın reddine, aşağıda dökümü yapılan 105,40.-TL yargılama giderlerinin davacı üzerinde bırakılmasına, artan 13,00 TL posta ücretinin istemi halinde davacıya iadesine 06.05.2009 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

YARGILAMA USULÜ

T.C.
DANIŞTAY
Onüçüncü Daire
Esas No : 2007/140
Karar No : 2009/5325

Özeti : Davanın, davacının kamu ihalelerine girmesini bir yıl süre ile yasaklayan işlemin iptali istemine ilişkin kısmı doğrudan idare mahkemelerinin incelemesine tabi olmasına karşın, sözleşme imzalanmamasına, geçici teminatın gelir kaydedilmesine ve işin ekonomik açıdan en avantajlı teklifi veren firmaya ihale edilmesine ilişkin işlemlerin iptali istemine yönelik kısımlarının 4734 sayılı Kanunda öngörülen şikâyet ve itirazın şikâyet yoluna tabi olması nedeniyle bu istemler arasında tek dilekçe ile dava açılacak nitelikte maddî ve hukukî bağıllık bulunmadığından dilekçenin reddine karar verilmesi gerekirken, esasa girilerek verilen temyize konu mahkeme kararının bozulması hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunanlar : 1-(Davalı)Akdeniz Üniversitesi Rektörlüğü

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

2-(Davacı) Ltd. Şti.

Vekili : Av. ...

Karşı Taraf

: 1-(Davacı) ... Ltd.Şti.

2- (Davalı) Akdeniz Üniversitesi Rektörlüğü

İstem Özet

: Antalya 2. İdare Mahkemesi'nin 21.06.2006 tarih ve

E:2005/1338 K:2006/1107 sayılı kararının; davacı tarafından, teminatın irat kaydedilmesine ilişkin işlemin Kanuna ve Kamu İhale Genel Tebliğine aykırı olduğu, davalı idare tarafından ise, yasaklı olduğunu bildirmediğinden iyi niyetli olmadığı, idarece verilen yasaklama kararının yerinde olduğu ileri sürülerek bozulması istenilmektedir.

Savunmaların Özeti: Savunma verilmemiştir.

Danıştay Tetkik Hâkimi Erkan DEMİRTAŞ'ın Düşüncesi: 2577 sayılı Kanun'un 5. maddesine uygun olmayan dava dilekçesinin reddi gerekirken, davanın esası hakkında karar veren İdare Mahkemesi kararında hukuka uyarlık bulunmadığından 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 görüldü:

Dava; 11.7.2005 tarihinde onaylanan iase malzemesi alımı ihalesinde davacı şirketin ihale yasaklısı olduğu nedeniyle kendisi ile sözleşme imzalanmamasına, geçici teminatın Döner Sermaye İşletmesine gelir kaydedilmesine ve işin, ekonomik açıdan en avantajlı teklifi veren firmaya ihale edilmesine ilişkin 11.08.2005 tarih ve 51325-1315 sayılı işlem ile kamu ihalelerine girmesini 1 yıl süre ile yasaklayan 31.8.2005 tarihli davalı idare işleminin iptali istemiyle açılmış; İdare Mahkemesi'nce, davacı şirketin Akdeniz Üniversitesi'nin merkez mutfağı süt ve süt ürünleri ihtiyacını tedarik etmek için 17.3.2005 tarihinde üniversite ile imzaladığı ihale sözleşmesinde yer alan hükümlere uygun olmayan mal teslimi yapması nedeniyle hakkında 4734 sayılı Yasa hükümleri doğrultusunda tüm kamu kurum ve kuruluşlarının ihalelerine 1 yıl süre ile katılmaktan yasaklanması kararı alındığı, kararın 13.7.2005 tarihinde Resmî Gazete'de yayımlanması sonrasında süt ve süt mamülleri ile ilgili 07.06.2005 tarihinde yapılan ve 11.7.2005 tarihinde ihale yetkilisince onaylanarak davacı şirket üzerinde kalan ve 11.7.2005 tarih ve 1040 sayılı ihale sonuç bildirimi 15.7.2005 tarihinde şirkete tebliği yapılan ihalenin, sözleşmeye davet yazısının yazıldığı 25.7.2005 tarihinde şirketin ihale yasaklı olması nedeniyle sözleşme imzalanmayarak ekonomik açıdan en avantajlı teklifi veren firmaya ihale edilmesine ilişkin 11.8.2005 tarih ve 51325-1315 sayılı işlem ile kamu ihalelerine girmesini 1 yıl süre ile yasaklayan 31.8.2005 tarihli davalı idare işleminin tesis edildiğinin anlaşıldığı, olayda, davacı şirketin, davalı idare tarafından yapılan ikinci iase işi ihalesine girdiği 07.06.2005 tarihinde ihale yasaklı olduğuna dair karar bulunmadığı gibi, en uygun teklifi verdiğinden bahisle ihale üzerinde kalarak ihalenin onaylanması yönünde alınan 11.7.2005 tarihli işlem sırasında da hakkında ihaleden yasaklama kararı bulunmadığı, ihale yasaklama kararının 13.7.2005 tarihinde alınarak bu kararın 15.7.2005 tarihinde Resmî Gazete'de yayımlandığı sabit bulunduğu, ihale onaylandıktan ve ihale sonuç bildirimi davacı şirkete gönderildikten sonra aynı Kanunun; sözleşme yapılmasında isteklinin (davacı şirketin) görev ve sorumluluğunu düzenleyen 44. maddesi hükmü gereğince şirketin, ihale yasaklı olarak sözleşme imzalayamadığı, bu suretle aynı madde hükmü gereğince geçici teminatın irat kaydedilmesinde ve ekonomik açıdan en avantajlı ikinci teklif fiyatının ihale yetkilisince uygun görülmesi kaydıyla, bu teklif sahibi istekli ile de Kanunda belirtilen esas ve usullere göre sözleşmenin en uygun ikinci fiyata yapılması yönünde karar alınmasında mevzuat hükümlerine aykırılık bulunmadığı, ancak, davacı şirketin ikinci ihaleye katıldığı ve ihalenin onaylandığı tarih itibarıyla hakkında alınmış ve Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiş, ihale yasaklama kararı bulunmadığından, anılan Kanunun 58. maddesi hükmü gereğince şirket hakkında ikinci kez ihale yasaklama kararı alınmasında hukuka aykırılık bulunmadığı gerekçesiyle, ihalelerden 1 yıl süre ile yasaklama kararının iptaline, 11.08.2005 tarih ve 1315 sayılı işlemin iptali isteminin ise reddine karar verilmiş, bu karar taraflarca temyiz edilmiştir.

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 5. maddesinin 1 fıkrasında, her idarî işlem aleyhine ayrı ayrı dava açılacağı, ancak aralarında maddî veya hukukî yönden bağıllık ya da sebep sonuç ilişkisi bulunan birden fazla işleme karşı bir dilekçe ile dava açılabileceği kurala bağlanmıştır.

Aynı Yasa'nın 14. maddesi 3. fıkrası "g" bendinde, dilekçelerin 3. ve 5. maddelere uygun olup olmadıkları yönlerinden inceleneceği, 15. maddesinin 1. fıkrasının "d" bendinde

ise, 3/g bendinde yazılı halde otuz gün içinde 3. ve 5. maddelere uygun şekilde yeniden düzenlenmek veya noksanları tamamlanmak üzere dilekçelerin reddine karar verileceği hükmüne yer verilmiştir.

4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun üçüncü kısmının ikinci bölümü "İnceleme Talebinde Bulunulması ve Şikâyetlerin İncelenmesi" başlığını taşımakta ve idarelerin ihale işlemleri nedeniyle bir hak kaybına veya zarara uğradığını iddia eden, yapım müteahhidi, tedarikçi veya hizmet sunucusunun hangi aşamaları takip etmesi gerektiği 54, 55, 56 ve 57. maddelerde hüküm altına alınmış bulunmaktadır. Anılan maddelerde yapım müteahhidi, tedarikçi veya hizmet sunucusunun, öncelikle idareye şikâyetle bulunması, daha sonra Kamu İhale Kurumuna itirazın şikâyet başvurusunda bulunması gerektiği belirtilirken, şikâyetler ile ilgili olarak, Kurum tarafından verilen nihaî kararlara karşı dava açılabilceği de hükme bağlanmıştır.

Dava dilekçesinde, davacı şirketin ihale yasaklı olması nedeniyle kendisi ile sözleşme imzalanmamasına, geçici teminatın Döner Sermaye İşletmesine gelir kaydedilmesine ve işin, ekonomik açıdan en avantajlı teklifi veren firmaya ihale edilmesine ilişkin 11.08.2005 tarih ve 51325-1315 sayılı işlem ile kamu ihalelerine girmesini 1 yıl süre ile yasaklayan 31.08.2005 tarihli davalı idare işleminin iptaline karar verilmesi isteminde bulunulmuştur. Davanın, davacının kamu ihalelerine girmesini 1 yıl süre ile yasaklayan 31.08.2005 tarihli davalı idare işleminin iptaline ilişkin kısmı, doğrudan İdare Mahkemelerinin incelemesine tâbi olmasına karşın, sözleşme imzalanmamasına, geçici teminatın Döner Sermaye İşletmesine gelir kaydedilmesine ve işin, ekonomik açıdan en avantajlı teklifi veren firmaya ihale edilmesine ilişkin 11.8.2005 tarih ve 51325-1315 sayılı işleminin iptali istemi, 4734 sayılı Kanunda öngörülen şikâyet ve itirazın şikâyet yoluna tâbi olduğundan, bu istemler arasında tek dilekçe ile dava açılacak nitelikte maddî ve hukukî bağıllık bulunmamaktadır.

Bu itibarla, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 15/1-d maddesi uyarınca dava dilekçesinin, 30 gün içerisinde sözleşme imzalanmamasına, geçici teminatın Döner Sermaye İşletmesine gelir kaydedilmesine ve işin, ekonomik açıdan en avantajlı teklifi veren firmaya ihale edilmesine ilişkin 11.08.2005 tarih ve 51325-1315 sayılı işleminin iptali için ayrı, davacının kamu ihalelerine girmesini 1 yıl süre ile yasaklayan 31.08.2005 tarihli davalı idare işleminin iptali istemi için ayrı dilekçe ile dava açılmak üzere reddine karar verilmesi gerekirken, davanın esası hakkında karar veren İdare Mahkemesi kararında hukuka uyarlık bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 49/1-c maddesi uyarınca, Antalya 2. İdare Mahkemesi'nin 21.06.2006 tarih ve E:2005/1338 K:2006/1107 sayılı kararının bozulmasına, yeniden bir karar verilmek üzere dosyanın adı geçen Mahkemeye gönderilmesine, 14.05.2009 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.